

**Міністерство освіти і науки України
МІЖНАРОДНИЙ ГУМАНІТАРНИЙ УНІВЕРСИТЕТ**

На правах рукопису

Манько Денис Григорович

**ЛЕГАЛІЗАЦІЯ
В МЕХАНІЗМІ ДІЇ ПРАВА**

Спеціальність: 12.00.01

МОНОГРАФІЯ

2014

УДК 340.13
ББК 67.0
М 247

*Копіювання, сканування, запис на електронні
носії і тому подібне, книжки в цілому,
або будь-якої її частини заборонено*

*Рекомендовано до друку Рішенням вченої ради
Міжнародного гуманітарного університету
Протокол № 6 від 3 липня 2014 року.*

Рецензенти:

Х. Н. Бехруз, доктор юридичних наук, професор, кафедри
права ЄС та порівняльного правознавства НУ ОЮА

С. В. Кравцов, кандидат юридичних наук, доцент, завідуючий
кафедрою конституційного та адміністративного права МГУ.

Манько Д.Г.

М 247 Легалізація в механізмі дії права: монографія / Д.Г. Манько. –
Херсон: Грінь Д.С., 2014. – 232 с.

ISBN

Монографія присвячена дослідженню сутності легалізації як особливої правової процедури у механізмі дії права. Були виявлені та проаналізовані принципи, ознаки, види та форми легалізації. Встановлено порядок співвідношення між легалізацією та формалізацією права, механізмом дії права, процедурно-процесуальним механізмом права та іншими категоріями.

Значну увагу приділено питанням підвищення ефективності легалізаційної діяльності та характеристиці окремих традиційних видів легалізаційних процедур, зокрема: визнанню (легалізації) державної влади, підтвердженню чинності документів та підписів що їх скріплюють, визнанню окремих суб'єктів права та видачі дозволів на здійснення певної діяльності, узаконенню грошових коштів та іншого майна.

Розрахована на науковців, юристів-практиків, працівників органів державної влади, усіх, хто цікавиться питаннями возведення певних об'єктів у стан що відповідає чинному законодавству.

ББК 67.0

ISBN

©Манько Д.Г., 2014

Зміст

ВСТУП	4
Розділ 1. ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ	8
1.1. Генеза легалізації як поняття та соціального явища	8
1.2. Теоретичні та емпіричні джерела легалізації	18
1.3. Категоріальні засади легалізації	37
1.4. Легалізація в аспекті формалізації права	53
1.5. Легалізація як вид типової дії права	64
Розділ 2. ЛЕГАЛІЗАЦІЯ В ПРОЦЕДУРНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ МЕХАНІЗМІ ПРАВА	82
2.1. Особливості легалізації як правової процедури	82
2.2. Процедурно-процесуальний механізм права як сфера здійснення легалізації	96
2.3. Легалізаційна діяльність: зміст, форми, види	113
2.4. Аксиоми ефективності легалізаційної діяльності	122
Розділ 3. ТРАДИЦІЙНІ ВИДИ ЛЕГАЛІЗАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ..	143
3.1. Легітимність, легальність та легалізація державної влади	143
3.2. Підтвердження чинності документів і підписів, що їх скріплюють, як вид легалізації	155
3.3. Легалізаційна процедура офіційного визнання окремих суб'єктів права та видача дозволів на виконання певних видів діяльності	172
3.4. Узаконення грошових коштів та іншого майна	202
ВИСНОВКИ	222
ТЕЗАУРУС	226

ВСТУП

«Легальність – не є істинність, це лише відповідність закону»

Д.Г. Манько

Світові процеси глобалізації та інтеграції, зближуючи різні держави, є передумовами щодо встановлення певних вимог до гармонізації законодавства, вироблення уніфікованих правових розпоряджень.

Україна розвивається на принципах демократії, ринкових економічних відносин і інтеграції в цивілізоване світове співтовариство розвинених країн. Утворення ефективних процедур визнання державної влади, підтвердження дійсності іноземних документів, видача дозволів на зайняття певним видом діяльності, запобігання введенню в законний оборот «тіньових грошей» і заохочення узаконення коштів, що тимчасово перебувають за межами офіційної економіки, належать до пріоритетних завдань сучасної держави.

Здійснення зазначених завдань пов'язано з процедурою легалізації. У цілому, підвищення впливу недержавних інститутів на здійснення державної діяльності, «пов'язування» державної влади правом, знаходження можливості реальної реалізації наявних прав індивідуумами визначають трансформацію низки понять у державно-правовій сфері. Здійснення цих перетворень має провадитися в інтересах забезпеченого, стабільного й захищеного життя (громадянина, суспільства й держави) та вимагає утворення ефективної нормативно-правової і загальнотеоретичної бази, спрямованих на регламентацію й затвердження відносин, виникаючих у правовій сфері. У цьому контексті значна роль належить використанню у вітчизняній науці й практиці такої особливої правової процедури, якою є легалізація.

Значення легалізації істотно зростає на сучасному етапі

формування транснаціонального світу, коли правові системи сучасних держав повинні мати необхідні механізми визнання, надання юридичної сили, дозволу й узаконення певних об'єктів, як на внутрішньодержавному, так і на міжнародному рівнях. Тут необхідно утворення ефективних процедур співробітництва держав у сфері легалізаційної діяльності за допомогою вироблення уніфікованого підходу до визначення поняття легалізації, видів і форм її здійснення.

Загальнотеоретичну основу дослідження склали праці С. С. Алексєєва, Д. М. Бахраха, Х. Н. Бехруза, М. М. Богуславського, О. К. Вишнякова, А. М. Васильєва, В. І. Гоймана, В. М. Горшеньова, Г. К. Дмитрієвої, В. В. Дудченко, Л. М. Завадської, Н. А. Зелінської, Т. В. Кашаніной, П. А. Кенсовського, С. В. Ківалова, М. І. Козюбри, Т. М. Нешатаєвої, Ю. М. Оборотова, О. П. Подцерковного, Ж. А. Попової, В. М. Протасова, П. М. Рабіновича, А. І. Римарука, Н. Г. Саліщевої, Н. О. Саніахметової, М. Ю. Тихомирова, Ю. А. Тихомирова, Г. А. Тосуняна, М. К. Треушнікова, Р. О. Халфіної, Є. О. Харитонова, Н. А. Чечиної, Д. М. Чечота, В. Є. Чиркіна, І. Б. Шахова, О. В. Яковенко, М. Л. Якуби.

Використовувалися праці зарубіжних учених, серед них Х. Х. Кернер, К. Коттке та ін.

Але попри все, слід зазначити на відсутність цілісного наукового уявлення про легалізацію як про феномен правової реальності. Як уявляється, з цим пов'язані проблеми й колізії впровадження легалізаційних алгоритмів в юридичну практику.

Недостатній загальнотеоретичний рівень розробки правової природи легалізації пов'язаний із тим, що до даного моменту вивченню підлягали лише деякі види легалізації: дозвіл на зайняття певною діяльністю, узаконення коштів, визнання дійсності документів, виданих на території іноземної держави, та ін. Тим часом існує об'єктивна необхідність теоретичного обґрунтування легалізації з урахуванням усіх її видів, вироблення універсального визначення поняття легалізації. Так, для того щоб з'ясувати сутність «цілого» потрібно проаналізувати та синтезувати досліджуване поняття, а не намагатися вивести таку

сутність лише досліджуючи «окреме» з цього цілого.

Основною метою монографії є вдосконалення й розвиток наукових уявлень щодо поняття легалізації, включаючи історію її існування, визначення ролі поняття «легалізація» в системі юридичної науки, дослідження взаємозв'язку легалізації та правової процедури, встановлення місця легалізації в механізмі дії права, аналіз зв'язку між легалізацією та процедурно-процесуальним механізмом права, а також розробка практичних рекомендацій із питань утворення ефективної процедури легалізації, виключення колізій пов'язаних із практикою застосування таких процедур у правовому житті України.

Робоча гіпотеза дослідження пов'язана з обґрунтуванням правової процедури легалізації як формалізованої системи (юридичного алгоритму) юридичних дій щодо возведення певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству.

Відповідно до визначеної мети, об'єктом дослідження стало різноманіття правових процедур, пов'язаних із механізмом дії права. У свою чергу, предметом дослідження є роль і місце правової процедури легалізації в механізмі дії права.

У рамках цієї монографії вперше здійснено комплексне загальнотеоретичне дослідження легалізації як правової процедури та проведено її ідентифікацію у механізмі дії права. Проаналізовано види та форму легалізаційної діяльності, запропоновано визначення поняття «легалізація», що становить собою правову процедуру, яку здійснює уповноважений суб'єкт щодо возведення (визнання, дозволу, підтвердження, узаконення та ін..) певних об'єктів (благ, цінностей, суб'єктів, дій) на відповідне чинному закону становище.

Практичне значення отриманих результатів пов'язано з формуванням цілісної картини легалізації як правової процедури в контексті її функціонування. Отримані результати можуть бути використані по таких напрямках: у законодавчій діяльності – Верховною Радою України при розробці та прийнятті законів, внесення в них змін, зокрема щодо формально-юридичного закріплення уніфікованого поняття легалізації; у практичній

діяльності – у системі правозастосовних органів у процесі здійснення ними діяльності, пов'язаної з легалізацією як правовою процедурою; у науково-дослідній роботі – для подальшого вивчення й аналізу проблем, пов'язаних із правозастосовною діяльністю, роллю правових процедур у механізмі дії права, обґрунтуванням необхідності більш широкого використання легалізації як різновиду правозастосовної діяльності; у навчальному процесі – при вивченні понять «застосування права», «юридичний процес» і «правова процедура» в курсі теорії держави і права, з метою підготовки фахівців-юристів для роботи у сфері легалізаційної діяльності, при підготовці підручників, практикумів із теорії держави й права по зазначених темах.

Автор щиро вдячний науковому консультанту доктору юридичних наук, професору, заслуженому юристу України Дудченко Валентині Віталіївні, та всім науковцям які ознайомилися із рукописом монографії та висловили свої зауваження.

Автор вважає, що запропоноване розуміння легалізації буде цікавим як для науковців, так і для практикуючих юристів, в контексті наближення до досягнення сутності права та його ролі у сучасному суспільстві.

Розділ 1.

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ ЯК ЯВИЩЕ ПРАВОВОЇ РЕАЛЬНОСТІ

1.1. Генеза легалізації як поняття та соціального явища

Усвідомлення аспектів виникнення, розвитку та функціонування легалізації, як особливого соціального явища, вбачається необхідним елементом у формуванні цілісного уявлення щодо цієї правової процедури, та її ролі у правовій реальності. Вирішення цього завдання, зумовлено використанням потенціалу не тільки теорії держави і права, а й історичної науки, і, перш за все, історії держави і права.

Актуальність дослідження особливостей історичного розвитку легалізації обґрунтовується значенням легалізації на сучасному етапі формування транснаціонального світу, коли правові системи сучасних держав повинні мати необхідні механізми визнання, надання юридичної сили, дозволу й узаконення певних об'єктів, як на внутрішньодержавному, так і на міжнародному рівнях. Необхідністю створення ефективних процедур співробітництва держав у сфері легалізаційної діяльності за допомогою вироблення уніфікованого підходу до визначення поняття легалізації, видів і форм її здійснення.

Періодизацію існування легалізації, як соціального явища, можна поділити на шість основних етапів (відповідно до виникнення вихідних (традиційних) видів легалізаційної діяльності):

1. *Період родового устрою* – вияв спільних інтересів, як втілення єдиної соціальної волі, як відбиття потреби спільноти у збереженні своєї цілісності. Воля індивіда, щоб бути «легальною» має відповідати волі колективу владі освячених звичаїв, традицій, табу, ритуалів.

2. *Період неолітичної революції* – а) виникнення

політичної влади і найдавнішої держави, виникнення процедур фактичного визнання влади суспільством (легітимації) та фіксація основ державної влади у праві (легалізація завдяки – визнанню); б) виникнення процедур визнання чинності доказів («легальні двобої», «клятви»).

3. *Період домінування римського права* – а) виникнення організацій, спілок (юридичних осіб), та реакція з боку держави на ці явища, їх статус та правосуб'єктність (легалізація завдяки – дозволу); б) розвиток процедур визнання чинності документів, доказів (легалізація завдяки – визнанню).

4. *Період Ренесансу* – формування ідеї і сутності легальності, обґрунтування вихідних положень свободи і необхідності як ключових критеріїв мотивації поведінки людини.

5. *Перша половина XX ст.. (Період «Великої депресії» 30-х років XX ст.)* - виникнення потреб введення коштів отриманих злочинним шляхом у офіційну економіку (легалізація завдяки – узаконенню («відмиванню»));

6. *Сучасний період «транснаціонального світу»* - формування та загальнотеоретичне обґрунтування уніфікованих уявлень щодо поняття та сутності легалізації, активне використання легалізаційних процедур у багатьох сферах правової реальності.

У кожному із названих періодів, легалізаційна діяльність набувала певного сутнісного наповнення, яке відповідало стану потреб особи у впорядкуванні своєї поведінки із зовнішнім, встановленим порядком. Ці відносини, ґрунтуючись на відповідності етичним, внутрішнім, індивідуальним критеріям людини, мали бути зведеними до об'єктивних, зовнішніх нормативів. У зв'язку з цим, говорячи про легалізацію, треба обертати увагу не тільки на її кінцевий результат – формально-юридичну фіксацію відповідності, але й на момент усвідомлення суб'єктом, того, що те, що він має здійснити, відповідає духу права, принципам, ідеям, правам людини.

Термін «легальність» виник як одне з основних понять філософської етики І. Канта в його концепції автономії моралі.

Спочатку він означав відповідність поведінки зовнішньому закону, на противагу моралі – поведінки, що відповідає внутрішньому закону (моральності).¹

Основою його теоретичної конструкції є ідеї про свободу особи та людську гідність. Ці ідеї Кант прагне об'єднати з розумінням того, що об'єктивною реальністю керує загальна закономірність (природна необхідність). Кант прагне узгодити обидва моменти: свободу і людську гідність, закономірність і необхідність. Питання про зв'язок свободи і необхідності у поведінці людини – одне з базових питань, вирішення якого складає основу етики Канта, яка творить, у свою чергу, морально-філософську базу кантівського вчення про право і державу.

І. Кант зазначав, що категоричний імператив – це моральний закон, закладений у природі всіх розумних істот. Відповідність їх дій цьому законові може бути внутрішня і зовнішня. Внутрішня буде тоді, коли мотивом слідування моральному законові виступає саме повага до цього закону, свідомість обов'язку чинити так, а не інакше. Зовнішня ж буде тоді, коли мотивом підпорядкування моральному законові є інші фактори – страх покарання, розрахунок на певні вигоди і т.д.²

Відповідність вчинку законові, безвідносно до його мотиву, Кант називав легальністю. Відповідність, яку забезпечував мотив, що базувався на ідеї обов'язку – моральністю. Ця відмінність між легальністю і моральністю має суттєве значення для побудови всієї кантівської теорії держави і права. Важливо підкреслити, що Кант не протиставляє право і мораль, а розмежовує ці два поняття. За допомогою такого розмежування Кант окреслює сферу права, як область вчинків людей, що виконують моральний закон у силу зовнішньої згоди з ним, іншими словами, – це зовнішня поведінка індивідів. В цій сфері призначення категоричного імперативу полягає в гарантуванні свободи в людському співжитті, тобто він повинен поставити свавілля, власну вільну поведінку кожної особи у певні рамки, з тим щоб

¹ Кант И. Основы метафизики морали. 1784 / И. Кант // Краткая философская энциклопедия. – М., 1994. – С. 97.

² Асмус В. Ф. Иммануил Кант. – М.: Высшая школа, 2005. – С.49.

ніхто не міг порушувати свободу інших і щоб вона охоронялася однаково для всіх.

В історичному ракурсі джерела виникнення деяких видів легалізації можливо знайти вже в найдавнішому періоді існування людства. Безумовно, поняття «легалізація» тоді ще не існувало, однак сутність здійснюваних дій адекватно відповідала призначенню легалізаційної процедури (у тому контексті, в якому її розуміють у сучасний період).

Так, у часи родового суспільства не було центральної влади, уповноваженої перевіряти докази і встановлювати, які саме факти повинні бути прийняті за основу примирення. З огляду на взаємозв'язок релігії і права, у процесі регулювання суспільних відносин того періоду служителям культу зверталися до божественних сил, що нібито вирішували, яка зі сторін була права у своєму твердженні про конкретний факт. Це можна було з'ясувати, наприклад, за допомогою призначення легального двобою, результат якого сприймався як божественна вказівка на того, хто каже неправду, і вважався вироком.³

Надалі легальні двобої і «божі суди» поступово замінювалися більш досконалим способом, відповідно до якого одній зі сторін надавалася можливість клятвено підтвердити правдивість своїх доводів і справедливість дій. Така клятва бралася з відповідача за відсутності фактів, що явно свідчили проти нього. Сила доказів оцінювалася і підкріплювалася клятвою, яку давали інші особи. Надійність доказів залежала від того, наскільки людина вірила в те, що, давши помилкові показання, вона виявиться у владі злих сил.⁴

Пізніше, у період імператорського правління (4 ст.д.н.е.), з'явилося безліч різноманітних правових норм для оцінки доказів, які значною мірою обмежували свободу дії суддів. Таке положення, якщо аналізувати представлені у елінських літописних джерелах приклади, призвело до того, що судді, при

³ Кенсовский П. А. Международное частное право: легализация иностранных документов / П. А. Кенсовский. – Краснодар, 1998. – С. 28-29.

⁴ Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс. – М., 1994. – С. 18-22.

оцінки доказів, біль ретельно звертали увагу на письмові документи, чим на усні заяви свідків. Допит свідків та дослідження письмових та інших свідоцтв являли собою єдину можливу процедуру отримання доказів по цивільним справам, а судовий розгляд завдяки «легального двобою» або «божого суду» за такими справами був скасований.

Велике значення для осмислення сутності легалізації, мають прийняті римським імператором Августом (63 р. до н.е. – 14 р. н.е.) рішення, які надавали найбільш авторитетним юристам право на проведення судових експертиз. Фактично, це обґрунтовувало, що висновки, та письмові докази, лише цих юристів мали законну силу та представлялися на суді.⁵

Таким чином «визнання» чинності доказів, певних документів, виникає як частина «примірильного» права. Надалі цей інститут розвивається когнитивно, походячи від статутів та рішень судів, які виражали волю законодавця (держави) як вищого джерела права, доки не отримав статус транснаціонального правового інституту.

В процесі дослідження історичної генези легалізації, дуже важливим є аналіз становлення юридичної особи, бо саме завдяки цьому інституту, свого вираження набув такий складовий елемент легалізації як дозвіл на виконання певної діяльності. Історія розвитку юридичної особи, як особливого суб'єкта права, визнання таких осіб з боку держави, допуск до виконання певних функцій, складається з багатьох етапів і своїм корінням ухоче у період розквіту римського права. Процедури легалізації тісно пов'язані із юридичними особами, як у аспектах створення останніх, так і надання дозволу на виконання певної діяльності. Безумовно сучасні процедури легалізації діяльності юридичних осіб суттєво відрізняються від того, як ця діяльність проводилася у минулому. Але, для формування цілісної картини необхідно проаналізувати історичні умови виникнення та існування юридичних осіб.

⁵ Иоффе О. С. Из истории цивилистической мысли / Избранные труды по гражданскому праву.- М.: Статут, 2000. – С. 34.

В I-II ст.ст. до. н.е. римські юристи намагались пояснити ідею існування організацій (союзів), вододіючих нероздільним, відособленим майном, виступаючих в цивільному обороті від власного імені, існування яких не залежить від змін в складі їх учасників, тобто в даному випадку мова іде про освітянські союзи, які володіють цивільною правоздатністю нарівні з фізичними особами. Проте, саме поняття „юридична особа” було невідоме римському праву. Римські юристи лише зробили спробу розширити коло суб'єктів приватного права за рахунок особливих об'єднань, союзів громадян, не вникаючи в сутність цього правового явища.⁶

Теорія римського права не виробила категорії колективного суб'єкта, хоча на практиці вони, звичайно, існували. Не виробила його і середньовічна юриспруденція, що не заважало процвітанню міських комун.

І тільки в XIX столітті питання про правосуб'єктність спілок зазнало серйозної наукової розробки в німецькому правознавстві. Вельми популярна в той час теорія фікцій (Савіньї, Бірлінг, Пухта), а також теорії цільового майна (Беккер, Демеліус), безсуб'єктних прав (Віндшейд, Кеппен) та інтересів (Ієрінга) сходилися в тому, що юридичні особи, на відміну від фізичних, не існують в дійсності, а являють собою абстрактні законодавчі конструкції.⁷

Перші фундаментальні теоретичні розробки, присвячені проблемі сутності юридичної особи, були зроблені в епоху феодалізму, на межі XII-XIII ст.ст. В той час юридична особа розглядалась як породження правопорядку, тобто як деяка юридична фікція, штучно сконструйована і придумана законодавцем.

Початок історії поняття юридичної особи слід віднести до раннього середньовіччя. Як відзначається в літературі, стародавні римляни мали добре розвинену систему уявлень про юридичної

⁶ Кенсовский П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2003. – С. 176.

⁷ Коркунов Н. М. Лекції загальної теорії права. СПб., 1914. – С. 32.

особи стосовно до окремої людини. Поняття ж союзу було вироблено в публічному праві стосовно до держави, і, таким чином, поняття союзу (корпорації) існувало у римлян тільки в публічному, а поняття особи - тільки владному праві. Оскільки союзи мали майнові інтереси і брали участь у майновому обороті (тобто виступали об'єктами приватного права), римське право прирівнювати їх правове положення до осіб, а категорія юридичної особи не використовувалася зовсім.

У той час як «весь лад римського цивільного побуту істотним чином визначається початком особистості і разом з тим особливості правовідносин кожного громадянина..., картини середньовічного побуту дають нам абсолютно протилежні риси». Тут не окрема людина є правоздатним, а союз (корпорація). Весь цей побут, писав Н.Л. Дювернуа, можна охарактеризувати рисою, протилежної римському, рисою безособовості, де відомий і постійний характер правовідносин визначається приналежністю людини до союзу, спадкоємного з покоління в покоління. У цих умовах завдання юриспруденції і законодавства полягають у тому, щоб визначити швидше права спілок і ставлення до них прав окремих, що входять до них осіб, чим права окремих осіб як самотійних одиниць в гуртожитку.⁸

Середньовічні глоссатори розробляли поняття корпорації (*universitas*) як союзу, визнаного державою в якості суб'єкта права, а їх наступники, каноністами, розрізняли у зв'язку з цим поняття «особа» і «людина» і починали міркувати про природу цієї особи. Одне з перших тлумачень поняття юридичної особи дав папа Інокентій IV. Він писав у 1245 р., що юридична особа існує лише в понятті і завдяки фікції, вона не обдарована тілом, а значить, не володіє волею. Діяти можуть лише члени, але не сама корпорація, тому корпорація не може ні зробити злочину, ані бути відлучений від церкви (*impossibile est, quod universitas delinquat*).⁹

⁸ Дювернуа Н. Л. Читання з цивільного права. СПб., 1902. – С. 74.

⁹ Герваген Л. Л. Розвиток вчення про юридичну особу. СПб., 1888. – С. 42.

Французька буржуазна революція 1789 р., борючись з станово-цеховим пристроєм феодального суспільства і бажаючи забезпечити торжество принципу індивідуальної свободи, заборонила будь-які корпорації, утворені за професійною ознакою, і зберегла дозвільний порядок утворення корпорацій, що переслідують мету отримання прибутку. При цьому було суттєво обмежено кількість організаційно-правових форм останніх. Таким чином, ці категорія юридичної особи на кілька десятиків років випала з наукового обороту і не застосовувалася в законодавстві.¹⁰

Всю першу половину XIX ст. корпорації у Франції і в значній мірі в решті Європи створювалися виключно в дозвільному порядку (реєстраційний порядок створення акціонерних товариств був введений у Франції Законом від 24 липня 1867 р.). Остання ж третину століття, як зазначав Л. Дюгі, була відзначена в Європі, і зокрема у Франції, асоціоністським рухом надзвичайної інтенсивності, що поширився на всі прояви людської діяльності.¹¹

Відповідно кінець XIX ст. і перші десятиліття XX ст. характеризувалися активним науковим осмисленням феномена юридичної особи і необхідності її легалізації з боку держави, визнання її відповідності позитивному закону.

Поряд із цим посилення на легалізацію як підставу влади і належну поведінку вже в IV–III століттях до н. е. використовувала школа китайських легістів у суперечці з конфуціанцями, котрі вимагали такої поведінки, що відповідала б всесвітній гармонії. Елементи своєрідної легалізації були присутні в протистборстві світської і духовної влади в Західній Європі в середні століття, на неї посилювалися в новий час прихильники «легітимної монархії» Бурбонів, виступаючи проти «узурпатора» Наполеона.¹²

¹⁰ Французький цивільний кодекс (Кодекс Наполеона), що діє й донині, не вживає поняття юридичної особи.

¹¹ Дюгі Л. Конституційне право. Загальна теорія держави. М., 1908. – С. 476.

¹² Чиркин В. Е. Основы государственной власти : учеб. пособие / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 1996. – С. 10.

Політична влада в її сучасній державно-публічній формі зародилася близько п'яти тисячоліть тому. До цього ж існувала влада з додержавними структурами управління і самоорганізації, які виникли близько 40 тис років тому, в епоху пізнього (або верхнього) палеоліту, з появою кроманьйонської людини (*Homo Sapiens*). На цьому етапі історії людства інтереси окремої людини та інтереси всього племені чи роду ще не розрізнялися, будь-які прояви індивідуального були винятком і поставали як рудименти тваринного егоїзму. Початкове здійснення спільних справ і управління ними було спільною турботою всіх і не виокремлювалось в якусь самостійну галузь суспільної практики, відповідальність за спільну справу відчували й несли всі члени спільноти.¹³

Влада як суспільне явище зароджувалася саме як концентрований вияв спільних інтересів, як втілення єдиної соціальної волі, як відбиття потреби спільноти у збереженні своєї цілісності. Первісна влада, підпорядкування волі індивіда, волі колективу, суспільства – це влада освячених звичаїв, традицій, це регулювання людських взаємин, заборон (табу), ритуалів тощо.

Відносини влади в рамках кровно-родинних зв'язків засновувалися на статевовіковому поділі праці. Значна частина управлінських функцій здійснювалася ще самим сімейно-родинним колективом, який великою мірою був і суб'єктом, і об'єктом управління. Проте матеріальний прогрес спричинився до соціальної, етнічної і релігійної диференціації соціуму. Почалося поступове відособлення владно-управлінських функцій усередині споконвічно егалітарного співтовариства на користь певних груп людей. Але таке відособлення мало бути підтвердженим, визнаним, таким, що відповідає та закріплене в законі.

Таким чином, історично, розглянуті види легалізації, виникали як елементи казуїстичного права, тобто на основі вирішення конфлікту по різних правових домаганнях

¹³ Глиняний В. П. Історія держави і права зарубіжних країн (6-е вид.). Видавництво: Істина - М, 2010 г. – С. 22.

установлення відповідності зроблених діянь зовнішньому, «об'єктивному» закону.

Поняття «легалізація» завжди зв'язувалося з необхідністю здійснення окремих упорядкованих дій при реалізації інтересів зацікавлених осіб у контексті приведення будь-кого (будь-чого) у відповідність закону. Визнання правової дієвості, узаконення будь-яких процесів і явищ, надання юридичного статусу заняттю певним видом діяльності – уявлялися окремими ланками, не зв'язаними в єдину систему відносин. Кожна з ланок могла бути випадково затребуваною або взагалі не використаною в державно-правовому формуванні. Уявляється, що причинами такого ставлення до перерахованих видів легалізації виступали: по-перше, відсутність об'єктивних умов затребуваності, що залежать від рівня розвитку і ступеня зрілості суспільства, а по-друге, відсутність розуміння легалізації як комплексної правової процедури.

У сучасних умовах розвитку правових відносин у суспільстві й міжнародних інтеграційних процесів держава не може бути індиферентна до проблеми гармонізації законодавчих основ. Вітчизняне законодавче поле повинне мати певні засоби, необхідні для формування сучасної держави. Причому ці засоби повинні бути всебічно обґрунтовані як у теоретичному, так і в практичному аспектах.¹⁴

Україна розвивається на принципах демократії, ринкових економічних відносин і інтеграції в цивілізоване світове співтовариство розвинених країн. Створення ефективних процедур визнання державної влади, підтвердження дійсності іноземних документів, видача дозволів на заняття певним видом діяльності, запобігання введенню в законний оборот «тіньових грошей» і заохочення узаконення коштів, що тимчасово перебувають за межами офіційної економіки, належать до пріоритетних завдань сучасної держави.

Здійснення зазначених завдань пов'язано з процедурою

¹⁴ Кенсовский П. А. Нострификация. Апостилляция. Легализация документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – Краснодар, 1998. – С. 65.

легалізації. У цілому, підвищення впливу недержавних інститутів на здійснення державної діяльності, «зв'язування» державної влади правом, знаходження можливості реальної реалізації наявних прав індивідуумами визначають трансформацію ряду понять у державно-правовій сфері. Здійснення цих перетворень повинне провадитися в інтересах забезпеченого, стабільного і захищеного життя (громадянина, суспільства і держави) і вимагає створення ефективної нормативно-правової і загальнотеоретичної бази досліджень, спрямованих на регламентацію і затвердження відносин, виникаючих, в тому числі, і у сфері легалізаційної діяльності.

1.2. Теоретичні та емпіричні джерела легалізації

Сучасна юридична наука оперує з багатьма різноманітними поняттями. Деякі з цих понять є достатньо збалансованими й усебічно обґрунтованими, тому при їх використанні в процесі правового впливу на суспільні відносини не виникає будь-яких колізій. Але у вітчизняній правовій системі використовуються в тому числі й такі поняття, що не отримали всебічного загальнотеоретичного обґрунтування. Це пов'язано й з процесами адаптації та гармонізації нашої правової системи до міжнародних систем. Така адаптація зумовлює збагачення юридичного інструментарію, але таке збагачення повинно провадитися з обов'язковим усебічним визначенням сутності та правової природи цих понять. Інакше може скластися ситуація, коли в рамках національної правової системи одне поняття в різних галузях права наповнюється протилежним змістом. Подібну ситуацію можна констатувати і щодо такого явища правової реальності, як легалізація.

З'ясування правової природи легалізації передбачає дослідження основних принципів її побудови, виділення відмітних ознак серед інших категорій теорії держави й права, вичленовування притаманних їй властивостей. Подібний підхід надає можливість визначити поняття легалізації як самостійної та соціально затребуваної правової категорії, що має специфічну

логіко-структурну побудову.

Загальнотеоретичне визначення легалізації доцільно почати з вивчення інформації, яка міститься в енциклопедичній літературі, потім перейти до аналізу наявних теоретичних розробок і нормативних актів. Так, зіставляючи дані різних джерел, можна виявити спектр уявлень про легалізацію.

Легалізація (від лат. *legalis* – законний) – це дозвіл діяльності будь-якої організації, її узаконення; надання юридичної сили будь-якому акту, дії; підтвердження дійсності підписів, що є на будь-якому документі.

Легалізації, як правило, підлягають документи, складені за кордоном чи призначені для подання за кордоном.¹⁵

Легалізація – це «узаконення, надання юридичної сили, дозвіл діяльності організації; підтвердження дійсності й юридичної сили документа, виданого в іншій державі у формі засвідченого напису».¹⁶

Легалізація – це «нотаріальне засвідчення будь-якого документа».¹⁷

«Легалізувати (-зую, -зуєш, -ований); док. і недок., кого-що (книжн.) – означає: перевести (-водити) на легальне становище».¹⁸

«Легалізація, лат. – це узаконення, визнання законним».¹⁹

Як частина мови, легалізація є віддієслівним іменником, а отже, містить у собі не тільки дію, але й визначення предмета. «Легалізація» похідна від дієслова «легалізувати», і в цьому контексті вона вторинна стосовно дієслова, що, у свою чергу, виникло як мовна характеристика (присвоєння найменування) для певної, систематично повторюваної дії.

Беручи за основу історичний, логічний і функціональний критерії, можна скласти парадигму виникнення слова

¹⁵ Современная энциклопедия [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://dic.academic.ru/searchall.php>

¹⁶ Большой экономический словарь / сост. А. Н. Азрилян. – М. : Ин-т новой экономики, 2004. – С. 850.

¹⁷ Финансовый словарь / сост. А. А. Благодатин [и др.]. – М. : ИНФРА-М, 2003. – С. 115с.

¹⁸ Толковый словарь современного русского языка / сост. Д. Н. Ушаков. – М. : Альфа-пресс, 2005. – С. 370.

¹⁹ Энциклопедический словарь. Иллюстрированная энциклопедия реальных знаний / сост. А. Е. Яновский. – М. : Тип. Т-ва Сытина И. Д., 1907. – С. 80.

«легалізація», а саме: часто повторювані процедури (дії) – присвоєння їм назви (виникнення дієслова) – пояснення сутності дії (виникнення віддієслівного іменника).

Доцільно припустити, що саме слово «легалізація» несе в собі відбиток певної дії. Дії, очікуваним результатом якої буде переведення певних об'єктів у стан відповідності встановленому «зовнішнім» законом порядку. Причому дане явище виникло не «раптово», а як результат сформованих і затребуваних суспільством процедур.

У спеціальній юридичній літературі деякі автори під легалізацією розуміють «відмивання» коштів і іншого майна, отриманого злочинним шляхом. Наприклад, у книзі «Відмивання брудних грошей» за редакцією А. І. Римарука зазначається: «...легалізація (відмивання) доходів, отриманих незаконним шляхом; легалізація – це надання правомірного вигляду володінню, користуванню й розпорядженню коштами чи іншим майном, придбаним свідомо незаконним шляхом».²⁰

Подібної позиції дотримуються Г. А. Тосунян і А. Ю. Вікулін, досліджуючи механізми протидії легалізації («відмивання») коштів у фінансово-кредитній системі.²¹

Л. М. Борщ і С. В. Герасимова у статті «Проблеми легалізації тіньового капіталу в Україні», В. Ф. Піхотський у статті «Вдосконалення податкової системи як передумова легалізації тіньових доходів», О. Л. Копиленко й М. П. Федорин у статті «Законодавче забезпечення боротьби з відмиванням брудних грошей» також ототожнюють легалізацію з процесом «відмивання» брудних грошей.

Поряд із «відмиванням» коштів не меншої актуальності набувають питання, пов'язані з визнанням і дозволом державою певної діяльності. Ж. А. Іонова у статті «Правові проблеми легітимації підприємництва» зазначає необхідність державного

²⁰ Рымарук А. И. Отмывание грязных денег: международные и национальные системы противодействия / А. И. Рымарук, Ю. М. Лысенков, В. В. Капустин, С. А. Синяевский. – К. : Юстиниан, 2003. – С. 75-76.

²¹ Тосунян Г. А. Противодействие легализации (отмыванию) денежных средств в финансово-кредитной системе: Опыт, проблемы, перспективы : учеб.-практ. пособие / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулін. – М. : Дело, 2001. – С. 17.

підтвердження законності входження суб'єктів у господарський оборот (хоча використання терміну «легітимація» у данному випадку є не досить коректним, на що буде звернено увагу у подальших підрозділах).²² Розглядаючи господарсько-правову сферу, необхідно звернути увагу на необхідність державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, видачу спеціальних дозволів – ліцензій. Дана діяльність полягає у визнанні державою учасників господарського обороту, видачі дозволів на здійснення певної діяльності.

На відміну від вищезгаданих авторів, П. А. Кенсовський у своїй праці «Легалізація й визнання документів іноземних держав» зазначає, що «парадигма терміна “легалізація” означає правомірну діяльність уповноважених органів публічної влади держави, спрямовану на встановлення, засвідчення, підтвердження дійсності наявних на документах печаток і підписів компетентних посадових осіб і їх відповідність вимогам закону країни їх походження».²³

М. Ю. Тихомиров у своїй праці «Юридична енциклопедія» ототожнює легалізацію лише з процесом легалізації юридичних документів.²⁴

В. П. Звеков зазначає, що послідовна низка засвідчень дійсності підпису посадової особи, якою виступає посадова особа, дійсності печатки, підпису, яким скріплений документ, носить найменування – легалізація.²⁵

Т. М. Нешатаєва розуміє під легалізацією встановлення й засвідчення дійсності підписів на документах і їх відповідності законам держави перебування дипломата (консула).²⁶

В. Є. Чиркін у статті «Легалізація й легітимація державної влади» зазначає, що легальність влади – це юридичне поняття,

²² Ионова Ж. А. Правовые проблемы легитимации предпринимательства / Ж. А. Ионова // Гос. и право. – 1997. – № 5. – С. 46.

²³ Кенсовский П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2003. – С. 53.

²⁴ Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / М. Ю. Тихомиров. – М., 1995. – С. 89.

²⁵ Звеков В. П. Международное частное право / В. П. Звеков. – М., 1999. – С. 68.

²⁶ Нешатаева Т. Н. Международный гражданский процесс / Т. Н. Нешатаева. – М., 2001. – С. 39.

яке означає відповідність влади чинному позитивному праву.²⁷

А. М. Конєв зазначає, що «легалізація» походить від «легальності». «Легальність (лат. *legalis*) – законність, відповідність закону. Використовується в декількох значеннях. По-перше, як дія законодавчих органів, які завдяки прийняттю закону надають тим або іншим суспільним відносинам законний (легальний вид). По-друге, як юридична дія державних органів або посадових осіб із закріплення певних правових учинків, наслідків та взаємозв'язків громадян (нотаріальна фіксація правочинів, зміна цивільного стану органами РАЦС). По-третє, як офіційне тлумачення (роз'яснення) законів або інших нормативних правових актів, яке здійснює орган, що має повноваження на таку діяльність. По-четверте, як термін, що визначає відкрити, публічну дію, яка виходить часом із загальних правових переконань, або цінностей».²⁸

Автори російської юридичної енциклопедії надають таке визначення легалізації: «1) дозвіл діяльності будь-якої організації, її узаконення, надання юридичної сили будь-якому акту, дії; 2) підтвердження дійсності підписів певних документів. Легалізації, як правило, підлягають документи, які складені за кордоном або такі, що призначені для дії в іншій державі. Проводиться у формі засвідчувального напису консула».²⁹

Відомий фахівець у сфері теорії державного управління, теорії держави й права, конституційного та адміністративного права, порівняльного правознавства Ю. А. Тихоміров розглядає легалізацію як важливий правовий режим: «В умовах ринкових відносин, що складаються вільно, та їх відомої хаотичності легалізація суб'єктів права й діяльності, яку вони здійснюють, є вкрай необхідною. Власне кажучи, державна реєстрація юридичних і фізичних осіб є легальним, офіційним визнанням їх правоздатності та засобом засвідчення законності їхніх дій, сприяє обліку повної та достовірної інформації щодо учасників

²⁷ Чиркин В. Е. Легализация и легитимация государственной власти / В. Е. Чиркин // Гос. и право. – 1995. – № 8. – С. 76.

²⁸ Государственное и муниципальное управление : справочник. – М., 1998. – С. 236. 600с.

²⁹ Российская юридическая энциклопедия. – М., 1999. – С. 484. 930 с.

економічної чи іншої діяльності, їх динаміці».³⁰

Слід зазначити, що поряд із різними трактуваннями поняття легалізації в науковому середовищі чинне законодавство України також містить декілька визначень легалізації, що відрізняються один від одного.

Закон України «Про нотаріат» передбачає, що легалізація – це визнання дійсності печаток і штампів³¹, у Консульському статуті України легалізацією іменується надання юридичної сили документам, що були видані на території іноземної держави³².

Визначення легалізації міститься в більшості нормативних актів, пов'язаних із міжнародною фінансовою діяльністю України. Так, Положення № 61 «Про депозитарну діяльність в Україні», яке розробила Державна комісія з цінних паперів і фондового ринку України (1998 р.), передбачає, що під легалізацією слід розуміти надання юридичної сили документам, що були видані на території іноземної держави. Ці документи повинні бути нотаріально засвідчені за місцем їх видачі, перекладені українською мовою й легалізовані в консульстві України, якщо міжнародними договорами, в яких бере участь Україна, не передбачено інше.³³

Варто помітити, що якщо йдеться про документи іноземних фінансових організацій, то, крім зазначених дій, передбачена вимога їх реєстрації в українській депозитарній системі. У результаті легалізація розглядається як обмеження діяльності іноземних фінансових інвесторів в Україні. Це означає, що можливості міжнародних фінансових відносин звужуються, розтягуються в часі й, по зрозумілих причинах, не одержують належного розвитку.

У практиці дії вітчизняного фінансового ринку, в одному з

³⁰ Тихомиров Ю. А. Курс административного права и процесса / Ю. А. Тихомиров. – М., 1998. – С. 419. 730 с.

³¹ О нотариате : Закон Украины от 2 сентября 1993 г. // ВВР України. – 1993. – № 9. – С. 24-103.

³² О порядке консульской легализации официальных документов в Украине и за рубежом : инструкция, утв. Приказом МИД Украины от 15 июля 1997 г. № 98-од // ВВР Украины. – 1997. – № 7. – С. 17-36.

³³ О депозитарной деятельности : Положение, утв. решением ГКПЦБФР Украины от 26 мая 1998 г. № 61 // Собр. постановлений Правительства Украины. – 1998. – № 5. – С. 130-143.

його секторів – фондовому ринку, при ліцензуванні діяльності професійних учасників (реєстраторів, хоронителів, торговців цінними паперами, депозитаріїв) використовується термін «легалізація» в більш широкому розумінні слова.

Так, у Положенні № 60 Державної комісії з цінних паперів і фондового ринку «Про порядок ведення реєстрів власників іменних цінних паперів» зазначається, що легалізація – це надання юридичної сили документам, які були видані на території іноземної держави. Ці документи, якщо міжнародними договорами не передбачено інше, повинні бути нотаріально засвідчені за місцем їх видачі, перекладені українською мовою й легалізовані в консульстві України, що має право легалізації документів, виданих на території цієї держави. Зазначені документи можуть бути також засвідчені в посольстві відповідної держави в Україні й легалізовані в Міністерстві закордонних справ України.³⁴

У даному разі йдеться про процес надання юридичної сили документу, що свідчить про наявність власності на іменний цінний папір нерезидента. Природно, що легалізація таких відносин вимагає послідовних і чітко прописаних дій, актуальність здійснення яких обернено пропорційна необхідному для цього часу.

Кримінальний кодекс України (ст.ст. 209, 209¹) передбачає під легалізацією здійснення фінансових операцій і інших угод із коштами чи іншим майном, придбаним свідомо незаконним шляхом, а так само використання зазначених коштів або іншого майна для здійснення підприємницької чи іншої економічної діяльності.³⁵

У ст. 4 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму» зазначається, що «до легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, належать

³⁴ О порядке ведения реестров собственников именных ценных бумаг : Положение, утв. решением ГКПЦБФР Украины от 26 мая 1998 г. № 60 // Собр. постановлений Правительства Украины. – 1998. – № 5. – С. 143-160.

³⁵ Кримінальний кодекс України : офіц. вид. – К. : Вид. Дім «Ін Юре», 2004. – 240 с.

будь-які дії, пов'язані з коштами (власністю), одержаними (здобутими) внаслідок вчинення злочину, спрямовані на приховування джерел походження зазначених коштів (власності) чи сприяння особі, яка є співучасником у вчиненні злочину, що є джерелом походження зазначених коштів (власності)».³⁶

У даному разі поняття легалізації ототожнюється з процесом «відмивання» грошей, отриманих злочинним шляхом. Використання терміна «легалізація» як тотожного терміну «відмивання» грошей, отриманих злочинним шляхом, нав'язано світовою фінансовою практикою в боротьбі з «відмиванням» коштів. Іншими словами, «відмити брудні гроші» відповідає терміну «легалізувати», але це не так і у наступних підрозділах буде обґрунтована така позиція.

Відповідно до Конвенції Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності (від 15 листопада 2000 р.), у ст. 7 «Заходи для боротьби з відмиванням коштів» передбачається, що кожна держава-учасниця даної Конвенції встановлює національний режим регулювання й нагляду у фінансовій сфері з ведення моніторингу підозрілих угод, через які можуть легалізуватися злочинні гроші (Україна ратифікувала зазначену Конвенцію).³⁷

Подібний виклад поняття легалізації міститься також у «Директивах про протидію використанню фінансової системи для відмивання грошей», які прийняла 19 червня 1991 року Рада Європейських Співтовариств. Її члени стурбовані тим, що «відмивання» грошей із метою забезпечення кримінальних справ, тобто їх легалізація, можливо при вільному переміщенні капіталів і наданні фінансових послуг, що характерно відкритій фінансовій сфері. У цьому зв'язку Співтовариство починає певні

³⁶ Закон України від 28.11.2002 «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансування тероризму» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=249-15>

³⁷ Против транснациональной организованной преступности : Конвенция Организации Объединенных Наций от 15 ноября 2000 г. // Бюл. междунар. договоров. – 2000. – № 6.

координаційні дії із захисту своїх членів.³⁸

Наведені дані свідчать, що протидія «відмиванню» коштів і іншого майна вимагає колективних зусиль. «Відмивання» тіньового капіталу й пов'язані з цим проблеми в економіці перехідного періоду перетворилися на серйозну загрозу національним інтересам України.

У цьому зв'язку становить інтерес аналіз деяких фактів, що були отримані за матеріалами ЗМІ в електронному вигляді, а також матеріалів Департаменту інвестування й моніторингу банків України.

Так, у США утворена правооборонна мережа з боротьби з фінансовими злочинами – Fin CEN (указ Міністерства фінансів США від 25 квітня 1990 р. № 105-80).

У Франції (9 травня 1990 р.) утворений спеціалізований підрозділ, що контролює утворення незаконних фінансових мереж, – Transfin.

У Нідерландах прийнятий спеціальний закон (1 лютого 1994 р.) відповідно до Директиви Європейського Співтовариства (1991 р.) про «відмивання» грошей, згідно з яким утворений адміністративний орган MOT з контролю за підозрілими операціями.

Шведський парламент утворив слідчу комісію з питання «відмивання» грошей – NEIS (березень 1993 р.). В Іспанії утворена подібна комісія – SEPBLAC (28 лютого 1993 р.). У Словенії (1 вересня 1995 р.) утворено Управління з питань протидії відмиванню грошей – MF-UPPD. У Фінляндії введена кримінальна відповідальність за «відмивання» грошей (1 березня 1994 р.).

У Норвегії утворений незалежний орган нагляду (1989 р.). У Бельгії утворений адміністративний орган STIFKFI (1 лютого 1993 р.)

Україна, взявши курс на гармонізацію національного законодавства з Європейським законодавством, також вжила, по

³⁸ Директива о противодействии использованию финансовой системы для отмыывания денег [Електронний ресурс] : рекомендации Совета Европейских Сообществ, приняты 19 июня 1991 г. – Режим доступа: <http://www.faft-gafi.org>

можливості, необхідних заходів для протидії відмиванню грошей. До них належать: Указ Президента України «Про заходи щодо запобігання легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 10 грудня 2001 року № 1199; Постанова КМУ і НБУ «Про затвердження Програми протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, на 2002 рік» від 15 травня 2002 року, Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом» від 28 жовтня 2002 року.

Як свідчать факти, низкою держав вжито заходів щодо боротьби з «відмиванням» коштів, а легалізація «потрапила» в кримінальну термінологію. Однією з причин такого явища може бути той факт, що у фінансовій сфері, зокрема на фондовому ринку, гроші вважаються відмитими, коли проти їх вкладення інвестор одержує легальний платіж від емітента.

Фінансовий ринок України не є винятком, оскільки має нижченаведені властивості: можливість «відмивання» грошей, отриманих злочинним шляхом (у т.ч. з-за кордону), що впливають в акції й облігації українських емітентів; прискорена легалізацією злочинних грошей у результаті обороту капіталу й одержання легального платежу від емітента інвестора у вигляді дивідендів, відсотків і погашення вартості облігацій; неготовність до своєчасного відстеження й відсікання інвестиційних ресурсів злочинного походження при їх залученні в легальне підприємство.³⁹

Зазначені властивості національного фінансового ринку свідчать про недостатність заходів протидії. У цьому зв'язку в українському законодавстві термін «легалізація» теж пов'язаний з «відмиванням» грошей, отриманих злочинним шляхом. Однак тут спостерігається тверде – кримінальне – розуміння легалізації. Це означає, що до моменту легалізації повинний обов'язково бути присутнім злочин, у результаті якого отримані доходи, які необхідно легалізувати. Але одержання доходів не завжди

³⁹ Алиев В. М. Проблема борьбы с (отмыванием) доходов / В. М. Алиев // Преступность: стратегия борьбы. – М., 1997. – С. 13.

результат злочинів. Легалізувати кошти означає здійснити певні формальності для їх введення в законний оборот.⁴⁰

Поряд із наведеними проявами легалізації у фінансовій сфері не менш гострими є проблеми, що виникли у сфері легалізації «нетрадиційних» об'єктів. Так, у постійних публічних обговореннях порушуються питання щодо легалізації проституції, штучного переривання вагітності, наркотиків та ін.

Відповідно не складно дійти висновку про багатогранність і велику поширеність відносин, пов'язаних із легалізацією. Однак така поширеність має й несприятливі прояви, оскільки випускається з уваги правова природа даного поняття, що визначає вплив на поведінку суб'єктів права.

Аналізуючи існуючі визначення легалізації, можна виявити різні дефініції, що містяться як у нормативних актах, так і в науковій літературі. Цікавим уявляється той факт, що деякі з визначень кардинально протилежні й суперечать один одному.

Фактично напрошується висновок про закріплену в нормативній базі суперечність і відсутність єдиного теоретичного обґрунтування поняття «легалізація». Це пов'язано із тим, що дослідженню підлягали лише окремі види легалізаційної діяльності. Образно кажучи, обґрунтування одержали лише частини, а не система в цілому. І що закономірно, подібні процеси призвели до емерджентності – неможливості виведення властивостей системи з властивостей її частини. Багато авторів розглядають легалізацію в тому чи іншому аспекті, не приділяючи належної уваги первинній сутності поняття «легалізація».

Враховуючи вищезазначене, можна затверджувати, що в поняття легалізації вкладається таке:

- «переведення» будь-чого (будь-кого) на легальне (відповідаюче чинному закону) становище;
- дозвіл діяльності будь-якої організації, її узаконення, надання юридичної сили будь-якому акту, дії;

⁴⁰ Борщ Л. М. Проблеми легалізації тіньового капіталу в Україні / Л. М. Борщ, С. В. Герасимова // Шляхи та механізми протидії відмиванню коштів злочинного походження : матеріали наук.-практ. конф., 27 листоп. 2002 р., Київ. – К., 2003. – С. 27.

- підтвердження дійсності наявних на документах підписів;
- «відмивання» коштів чи іншого майна, придбаних незаконним шляхом (необхідно відзначити, що ототожнення понять «легалізація» й «відмивання» коштів не міститься в жодному з енциклопедичних словників);
- визнання (формально-юридичне) державної влади.

Таке розмаїття визначень стосовно одного терміна «легалізація», безумовно, не супроводжує розвиток і підвищення ефективності чинного законодавства. Недостатнє вивчення власне поняття «легалізація» буде й надалі провокувати колізії й інші небажані наслідки.

Більш того, не можна забувати про значимість і затребуваність легалізації в суспільстві. Не підлягає сумніву й те, що подібні процеси можливі лише в тих державах, де державна влада має як фактичне, так і формально-юридичне визнання. З огляду на це, всебічне загальнотеоретичне дослідження легалізації є не тільки актуальним, але й необхідним.

У зв'язку з цим доцільно виявити й проаналізувати основні принципи й ознаки легалізації. Причому слід відзначити, що легалізація є правовим явищем, вона регламентована законом, а норми, в яких закріплені положення щодо алгоритму легалізації, є частиною права держави.

Легалізації як правовому явищу властиві загальноправові принципи, серед них слід виділити такі: принцип законності, принцип справедливості, принцип рівноправності, принцип єдності прав і обов'язків, принцип гуманізму, принцип поєднання переконання й примусу.

Під принципом законності варто розуміти обумовлену закономірностями суспільного розвитку систему ідей і поглядів, що набувають якості вихідного начала у формуванні мотивів правомірної поведінки й внутрішнього переконання щодо необхідності дотримання законів і інших нормативних актів.

Законність забезпечує переведення бажаного, зафіксованого в нормах порядку суспільних відносин у фактичний порядок, тим

самим утворюючи необхідні умови для нормального функціонування суспільства, забезпечення порядку, організованості й дисципліни.

Для забезпечення законності управляючі суб'єкти мають у своєму розпорядженні арсенал юридичних засобів, що включають: правові розпорядження, юридичну техніку, органи примусу, професійно підготовлені кадри.⁴¹

Аналізуючи прояв даного принципу в легалізаційній діяльності, можливо встановити, що процедура легалізації здійснюється за умови суворого, точного й неухильного дотримання всіма учасниками вимог юридичних норм.

Принцип справедливості. Поняття права і справедливості мають один етимологічний корінь: «праве» й «праведне». Із цих позицій правове регулювання – це регулювання суспільних відносин на основі справедливості. Справедливість як багатогранна, багатокомпонентна категорія знаходить свій прояв у всіх сферах громадського життя. Особливість справедливості в даному разі полягає в тому, що вона в правовій сфері має найбільш чіткий, формально-визначений характер, найчастіше пов'язаний із державним примусом. Уся правова система стоїть на варті справедливості, служить засобом її відображення й закріплення, охорони й захисту.

Принцип справедливості має нормативно-оцінний характер, що закладений у самому змісті права, і знаходить своє втілення в правах і обов'язках, мірах заохочення й покарання. Усі галузі законодавства: цивільне, трудове, житлове, підприємницьке, природоохоронне, кримінальне – покликані впроваджувати справедливість у регульовані суспільні відносини.⁴²

Принцип справедливості виражає прагнення до пошуку компромісу між учасниками правових зв'язків, вимагає відповідності їхніх дій певним соціальним наслідкам. Стосовно легалізації даний принцип розглядається в масштабі відповідності, пропорційності, збалансованості й певної

⁴¹ Теория государства и права / под ред. Г. Н. Манова. – М. : БЕК, 1996. – С. 230.

⁴² Теория государства и права : учебник / под ред. А. Б. Венгерова. – М. : Новый Юрист, 1998. – С. 112.

гармонійності між здійснюваними зусиллями, витратами, учинками людей та відповідною реакцією на це держави, вираженою у вигляді певних заохочень чи осудів.

Принцип рівноправності. Рівноправність громадян є розвитком принципу справедливості й однією з характерних рис демократії. Рівноправність як політико-правовий принцип і юридичну категорію необхідно відрізнити від поняття рівності. Остання є матеріальною основою рівноправності. Рівність – більш широке поняття, ніж рівноправність, оскільки не всі елементи соціальної рівності одержують закріплення в праві. Однак має забезпечуватися не фактична рівність (це утопія в умовах сучасного суспільства), а рівність усіх перед законом.⁴³

Це положення закріплено у ст. 24 Конституції України, де йдеться про наявність рівних загальногромадянських прав і обов'язків, рівного захисту судом незалежно від національної, релігійної належності, посадового становища й інших обставин.⁴⁴

Стосовно даного принципу можна дійти висновку про те, що будь-яка зацікавлена в результатах легалізаційної діяльності особа має рівні права на їх реалізацію.

Принцип єдності прав і обов'язків виражається в тому, що надані громадянину права й свободи поєднуються з його обов'язками перед суспільством. Будь-яке право може бути реалізовано тільки через чийсь обов'язок.⁴⁵ Відображення цього принципу в легалізаційній діяльності виявляється в обов'язках суб'єктів легалізації сприяти реалізації прав осіб, зацікавлених у результатах легалізації.

Принцип гуманізму в широкому розумінні означає історично мінливу систему поглядів на суспільство й людину, перейнятих повагою до особистості, її гідності та прав. Ідея гуманізму пронизує всю правову систему демократичного суспільства. Розглянутий принцип відображає взаємовідносини

⁴³ Теория государства и права / под ред. А. Ф. Черданцева. – М. : Юрайт, 1999. – С. 220.

⁴⁴ Конституція України : прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>

⁴⁵ Хропанюк В. Н. Теория государства и права / В. Н. Хропанюк ; под ред. В. Г. Стрекозова. – М. : Интерстиль, 2000. – С. 78.

суспільства й особистості, це невід’ємна якість законності, правосуддя, кримінальної і виправно-трудової політики держави. В основі даного принципу лежить повага честі й гідності людини, захист від втручання у сферу особистого життя. У руслі даної проблеми це утворення умов для нормального функціонування особистості.

Реальним і діючим виявляється лише той гуманізм, який вміє себе захистити. Право, охороняючи суспільні відносини, прагне саме до цього. Невипадково символом правосуддя виступають щит і меч: щит захищає добро, а меч карає зло.⁴⁶

У сфері легалізації даний принцип виявляє себе у вигляді встановлення мір розумної, гуманної відповідальності за порушення норм, що регулюють відносини, пов’язані з легалізацією й захистом прав зацікавлених у легалізації осіб.

Принцип поєднання переконання й примусу становить собою найважливішу форму прояву демократизму, гуманізму й справедливості. Переконання й примус – методи державного управління суспільством. Головне завдання демократичної правової держави полягає у встановленні розумного їх поєднання.

Основним, головним методом керівництва суспільства має бути переконання, здійснюване в різних формах. Його безпосереднім відображенням виступають самі норми. Знайомлячись зі змістом норми, громадяни мають переконуватися в їх доцільності.⁴⁷

У сфері легалізації даний принцип пов’язується з належною виховною роботою, обговоренням законопроектів. У цьому розумінні велике значення має обґрунтування в преамбулах нормативних актів цілей, основ сутності та соціального призначення їх прийняття.

Однак для визначення правової природи легалізації як деякого феномена, специфічного правового явища не досить указівки на ті загальні правила та принципи, відповідно до яких

⁴⁶ Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. – М. : Юрист, 1997. – С. 20.

⁴⁷ Теорія держави і права / М. В. Кравчук. – К. : Атіка, 2003. – С. 132.

вибудовується як легалізація, так і будь-який інший правовий інститут (хоча вони виступають як деякі правила, відповідно до яких вибудовується специфічна конструкція легалізації). Повинні бути врахованими й особливі, властиві лише легалізації принципи.

Серед сутнісних принципів, що передають значення й мету легалізації, виділяються такі: возведення у стан що відповідає вимогам чинного законодавства; здійснення законних інтересів учасників легалізації; регламентованість процедури легалізації; поєднання міжнародних і внутрішньодержавних інтересів; поєднання публічно-правової і приватноправової сфер діяльності.

Принцип возведення у стан що відповідає вимогам чинного законодавства відображає сутність легалізаційних процедур, які передбачають здійснення чітко регламентованих дій компетентного суб'єкту щодо возведення певних об'єктів у відповідність із законом, надання їм певного правового статусу та юридичного значення.

Принцип здійснення законних інтересів учасників легалізації обумовлений значимістю легалізації в процесі реалізації особистого, групового й суспільного інтересу. Тут за основу береться ідея захисту індивіда й необхідності забезпечення пріоритету загальногуманітарних цінностей. Сутність даної характеристики полягає в тому, щоб знайти розумне поєднання інтересів людини, суспільства, громадянина й держави та визначити межі їх правового регулювання, а також можливості здійснення законного інтересу у сфері переведення будь-кого/чого на відповідне закону становище.

Принцип регламентованості процедури легалізації вказує на те, що це дія, в котрій присутні як процеси, що відбуваються всередині держави, так і операції, що виходять на відносини з іншими державами (міждержавні відносини). Зазначені дії стосуються найважливішої частини життєдіяльності суспільства й держави. Тому ці відносини вимагають чіткості, раціональності й гарантованості легалізаційної процедури, що визначає необхідність правового врегулювання й визначення

процедури легалізації шляхом прийняття відповідних нормативних актів. Більш того, і це є відмінною рисою легалізації, її регламентація здійснюється як на рівні закону, так і у сфері локальних норм.

Принцип поєднання міжнародних і внутрішньодержавних інтересів надзвичайно важливий у процесі утворення нових норм, регулюючих відносини у сфері легалізації. Оскільки легалізація пов'язана з відносинами, що складаються в тому числі й у міжнародній сфері, то формування нормативної бази, яка регламентує процедуру легалізації, має враховувати не тільки внутрішньодержавні інтереси, але й міжнародну практику, а також звичаї, що склалися на світовому ринку.

Принцип поєднання публічно-правової і приватноправової сфер діяльності. Фактично легалізаційна діяльність здійснюється як у сфері державних інтересів, так і в приватноправовій сфері. Даний принцип означає здійснення певних дій як в інтересах усього суспільства й держави, так і в інтересах окремих індивідуумів. Ключовим моментом, що розкриває сутність даного принципу, є суб'єкт легалізації. На відміну від державно-владної діяльності, що здійснюється тільки в публічно-правовій сфері, легалізація існує, як ми переконалися, й у сфері застосування приватного права.

Названі принципи тісно пов'язані між собою, взаємодоповнюють і проникають один в одного. Однак для більш повного визначення правової природи легалізації необхідно розглянути її ознаки.

Ознаки легалізації:

1. Це завжди активно-вольова дія (процедура).
2. Це дія уповноваженого суб'єкта (наділеного публічно-правовими або приватноправовими повноваженнями).
3. Це дія, пов'язана з переведенням (возведенням) будь-кого (будь-чого) на визнане й відповідне чинному законодавству становище.
4. Ця дія пов'язана тільки з правовідношенням, у якому здійснюється нормальна, позитивна поведінка учасників.

5. Це дія, що може здійснюватися як у внутрішньодержавній, так і в міждержавній сферах.

Легалізація не може реалізовуватися у формі бездіяльності. Це певний юридичний алгоритм (процедура) вчинків конкретних суб'єктів, завдяки яким зацікавлені особи можуть реалізувати свій інтерес. У легалізації виявляється й державна воля (регламентація процедури легалізації), і воля її учасників (суб'єктів і зацікавлених осіб). Ключову роль у цій процедурі відіграють суб'єкти – уповноважені особи, наділені чи публічно-правовими, чи приватноправовими повноваженнями.

Процедура легалізації, пов'язана з переведенням об'єктів на визнане й відповідне закону становище, – це ключова ознака. Наявність подібної процедури практично на сто відсотків гарантовано вказує на те, що ця дія – легалізація. Фактично до легалізації варто відносити процедури, пов'язані з: дозволом, узаконенням, підтвердженням, визнанням певних суб'єктів, об'єктів, діяльності.⁴⁸

По своїй суті процедура легалізації може бути пов'язана тільки з правовідношенням в якому здійснюється нормальна, позитивна поведінка учасників. Це є обов'язковою умовою віднесення того чи іншого явища до легалізації. Йдеться про неприпустимість введення в законний оборот об'єктів, що мають кримінальне, протиправне минуле. Як у разі з амністуванням коштів, що були отримані злочинним шляхом.⁴⁹

Не менш важливою відмітною ознакою є можливість здійснення легалізації як у міждержавній, так і у внутрішньодержавній сферах. Наприклад: апостиляція – як різновид міждержавної форми, або нотаріальне засвідчення повноважень особи, котра підписала установчі документи утвореного підприємства – як різновид внутрішньодержавної

⁴⁸ Манько Д. Г. Роль легалізації у сфері правового регулювання / Д. Г. Манько // Матеріали 6-ї (58-ї) звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу, присв. третій річниці присвоєння ОНЮА статусу національної. – О. : Юрид. літ., 2003. – С. 58.

⁴⁹ Манько Д. Г. Сравнительный анализ зарубежного законодательства в сфере легализации доходов, полученных преступным путем / Д. Г. Манько // Шляхи та механізми протидії відмиванню коштів злочинного походження : зб. матеріалів наук.-практ. конф., 27 листоп. 2002 р., Київ. – К., 2003. – С. 93.

форми.⁵⁰

Варто враховувати, що поняття, досліджувані теорією держави й права, найчастіше розглядаються не тільки в теоретичному, але й у практичному аспекті.⁵¹ Отже, вивчаючи легалізацію, необхідно спиратися на її вихідні характеристики з урахуванням як науково-теоретичного, так і конкретно-практичного рівнів.

На теоретичному рівні, так само як і на конкретно-практичному, легалізація подана як самодостатня й взаємопогоджувана система елементів, об'єднаних єдиною певною метою. На даному рівні виявлення вихідних характеристик органічно взаємозалежно з виведенням функціональних особливостей легалізації.

На науковому рівні можна виявити такі особливості: 1) виникає необхідність у розробці теоретичного обґрунтування для врегулювання процедури реалізації інтересу; 2) власне теоретичні розробки та формування сбалансованої характеристики розуміння та порядку використання аналізованої процедури; 3) зміна інтересу зацікавленої особи та, як наслідок, необхідність нових теоретичних досліджень. Відповідно завжди буде існувати необхідність у легалізації певних об'єктів, але чого саме – залежить від інтересу зацікавленої особи на конкретний період часу.

На практичному рівні трохи інакше: 1) бажання задоволення інтересу в зацікавленої особи; 2) вибір норми й процедури реалізації інтересу; 3) власне реалізація інтересу.

Аналізуючи наведені стани, можна скласти уявлення про існування легалізації на науковому рівні у вигляді спіралі, яка розвивається та сходження по якій обумовлюється інтересом зацікавленої особи. У рамках практичного рівня процедура легалізації здійснюється з моменту виникнення інтересу до моменту його втілення у життя. Схематично це можна уявити у

⁵⁰ Манько Д. Г. Легализация и легитимация государственной власти / Д. Г. Манько // Право і суспільство: актуальні проблеми взаємодії : матеріали другої міжнар. наук.-практ. конф. – Вінниця, 2001. – С. 27.

⁵¹ Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. – М. : Юристъ, 2001. – С. 13.

вигляді відрізка з відзначеними на ньому поділками (стадіями, процедурами) й заданим напрямком. Отже, існування легалізації можна уявити у вигляді взаємодії теорії і практики у сфері теоретичного обґрунтування й практичного врегулювання дозволу, надання юридичної сили, визнання й узаконення певних об'єктів, а, фактично, возведення їх у стан що відповідає чинному закону.

1.3. Категоріальні засади легалізації

В основу методології дослідження покладена структура у вигляді комплексу загальнотеоретичних і спеціальних методів, що знайшли визнання у вітчизняній і зарубіжній юриспруденції.

Так, системний метод використовувався при розробці гносеологічних, понятійних і методологічних проблем здійснення легалізаційної діяльності в правовій сфері; герменевтичний метод розкриває нові можливості з'ясування й роз'яснення сутності й умов формування норм, регламентуючих легалізаційну діяльність; використання історичного методу дозволило розглянути теоретичні погляди щодо зародження й трансформації уявлень про легалізацію протягом певного періоду; антропологічний метод використаний для аналізу процесів формування бажання здійснення інтересів і волевиявлення осіб у процесі легалізаційної діяльності; логіко-семантичний метод знадобився при вивченні питань співвідношення правозастосування й легалізації; порівняльно-правовий метод використовувався для дослідження загальних і особливих характеристик легалізації в діяльності різних держав; формально-юридичний метод використовувався для аналізу й з'ясування змісту законодавчих актів щодо визначення поняття легалізації.

Формування уявлення про сутність легалізації було б не повним без аналізу співвідношення цього правового явища з певними юридичними конструкціями і найвищою формою узагальнення – правовою категорією. Та встановлення взаємозв'язків між легалізацією й теорією права.

Термін «юридична конструкція» часто вживане поняття в

юридичній літературі й практиці, що має, однак, зовсім неоднозначне тлумачення. Одні автори ототожнюють юридичну конструкцію з логічною дедукцією⁵², інші – з теоретичними положеннями⁵³, треті – зі способом регулювання суспільних відносин⁵⁴. Найчастіше юридичні конструкції розглядаються як засіб юридичної техніки.⁵⁵

У контексті даного дослідження термін «юридична конструкція» використовується в широкому розумінні, за якого він розглядається з позицій і методів пізнання права й побудови нормативного матеріалу. Теоретичним обґрунтуванням подібного підходу є дослідження, які здійснив А. Ф. Черданцев ще в 70-х роках минулого століття. Однак, незважаючи на це, подібний напрям не втратив своєї актуальності й у наші дні.⁵⁶

Більш того, за допомогою використання широкого підходу при тлумаченні поняття юридичної конструкції стає можливим максимально повно і якісно встановити сутність досліджуваного поняття легалізації.

Особливістю побудови юридичних конструкцій є можливість використання методу моделювання, за допомогою якого вибудовується юридична конструкція, що імітує складний структурний стан урегульованих правом суспільних відносин, юридичних фактів чи їхніх елементів.

Наступним методом побудови юридичної конструкції є метод абстрагування. Абстрагування вимагає відвернень від різноманіття видів і властивостей суспільних відносин, їх зв'язків з іншими соціальними факторами. Використовуючи метод абстракції в юридичній конструкції, знаходять висвітлення лише ті сторони, елементи й властивості суспільних відносин, що врегульовані правом.

⁵² Алексеев С. С. Общая теория права. В 2 т. Т. 2. – М. : Юрид. лит., 1982. – С. 56.

⁵³ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства : учебник / В. С. Нерсесянц. – М. : НОРМА, 2000. – С. 212.

⁵⁴ Вейнгольд Ю. Ю. Право как социологическая категория / Ю. Ю. Вейнгольд. – Фрунзе : Б.и., 1962. – С. 154.

⁵⁵ Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2008. – С. 87.

⁵⁶ Пономарев Д. Е. Качество закона и юридические конструкции / Д. Е. Пономарев // Совершенствование законодательства и правоприменения на современном этапе. – Минск, 2002. – С. 19-20

Юридична конструкція охоплює права й обов'язки суб'єктів, їхні дії, психічне ставлення до дій. Як і суб'єкти, вони розглядаються як самостійні елементи правових конструкцій. Використання спрощеної моделі юридичної конструкції сприяє детальному вивченню реальних правовідносин. Зв'язок змодельованої юридичної конструкції з її елементами має характер відповідності, аналогії, тобто подібності на рівні істотних ознак урегульованих правом власних відносин.⁵⁷

Це положення не виключає того, що поряд з конструкціями загального характеру можуть утворюватися й відносно більш конкретні конструкції. У цьому розумінні можна казати про легалізацію як про юридичну конструкцію з властивими їй елементами: узаконення, визнання, підтвердження, дозвіл.

Легалізація, як юридична конструкція, складається з певних частин, включаючи в себе вищезазначені елементи. Іншими словами, формулюється не просте поняття легалізації, а шляхом аналізу виділяються структурні складові частини (елементи) й з них конструється ідеальна модель (юридична конструкція). Легалізація – це не просто поняття, а модель, що відображає складний структурний стан. Відношення між легалізацією та її складом є відношення між явищем і його ідеальною моделлю.

Теоретичне допущення, що легалізація як система, що складається з певних елементів, уявляється у вигляді юридичної конструкції, дає можливість її подальшого дослідження з гносеологічних позицій.

Досі в правовій науці не були розроблені ні наукова доктрина, тобто вчення про легалізацію, ані її концепція – як головна ідея легалізації, ані конкретна програма дій із розробки питань легалізації.

Вперше термін «легалізація» був використаний в українському законодавстві у зв'язку з «відмиванням» злочинних грошей. У правовій науці було недостатньо розроблено загальне вчення про легалізацію. Модель легалізації може бути засобом до

⁵⁷ Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 166.

інтерпретації всіх видів легалізації.

Пояснення побудови легалізації носило певною мірою гіпотетичний характер. Але внаслідок накопичення й уточнення знань про легалізацію нарешті вдалося утворити загальну модель (конструкцію) легалізації, що дозволяє частково пояснити побудову всіх видів легалізації.

Фактично легалізація містить у собі дії, пов'язані з визнанням, узаконенням, дозволом, підтвердженням певних суб'єктів, об'єктів, дій. Дані дії здійснює в конкретному, регламентованому порядку особливий уповноважений суб'єкт. Ключовою метою даної діяльності є реалізація індивідуальних, групових і суспільних інтересів у сфері переведення будь-кого/будь-чого на відповідне закону становище. І саме в цьому виявляється сутність легалізації.

Лише після з'ясування законодавцем абстрактного образу побудови легалізації має здійснюватися фактично нормативне закріплення її видів у конкретних нормах. Слід зазначити, що види легалізації найчастіше фіксуються в сукупності норм.

У цьому контексті доцільно припустити, що легалізація наділена своєю власною юридичною конструкцією. Очевидно, що для дослідження її теоретичних основ доцільно користатися методами моделювання й абстрагування. Причому значимої ролі в дослідженні легалізації набуває метод юридичної герменевтики.

Відповідно, юридична конструкція легалізації є наступною: 1) виникнення потреби, або інтересу; 2) застосування відповідної норми; 3) піднесення об'єкту у стан, що відповідає чинному законодавству.

Проаналізувавши легалізацію з позицій юридичної конструкції, уявляється доцільним проведення дослідження легалізації у співвідношенні до правових категорій, що розглядаються теорією держави й права.

А. М. Васильєв у своїй праці «Правові категорії, методологічні аспекти розробки системи категорій теорії права» зазначив: «Теорія права, удавана до подальшого пізнання, і є методом, а її категоріальний апарат – необхідним інструментом

правового пізнання, набуваючи в абстрактно-теоретичному мисленні значення специфічної ланки методу правової теорії. Така діалектика єдності та взаємопереходів методу й теорії права».⁵⁸

Вирішення питання про визначення місця легалізації в системі правових категорій є особливо важливим. З'ясування поняття легалізації в категоріальному апараті правознавства можливо здійснити, спираючись на відому класифікацію юридичних понять. По формально логічних ознаках юридичні поняття підрозділяються: у залежності від змісту – на конкретні й абстрактні; у залежності від обсягу нормативної інформації – на одиничні й загальні; у залежності від глибини пізнання – на правові категорії як межі узагальнень.

Досліджуючи своєрідність правових категорій, необхідно звернути увагу на один важливий момент. Річ у тім, що саме право, з його нормативного боку, виступає як прояв певної діяльності людини. При розгляді правових категорій це не може не враховуватися. У зв'язку з цим варто розрізняти правові категорії і поняття права.

Правові категорії – це наукові поняття, що виступають як інструмент наукового мислення й служать для відображення об'єктивної суті правових явищ.⁵⁹

Поняття права – компоненти правової нормативної структури, інструмент правового регулювання.

Особливість правових категорій, у порівнянні з категоріями інших суспільних наук, полягає саме в тому, що деякі з них одержують своє закріплення в законі. Це належить до більшості понять, що виробляють спеціальні юридичні науки.

Необхідно враховувати ці розбіжності в підходах до вивчення при проведенні дослідження легалізації. Так, якщо розглядати закріплені правом визначення, отримані на основі теоретичного вивчення легалізації, то це буде вивченням понять

⁵⁸ Васильев А. М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права / А. М. Васильев. – М. : Юрид. лит., 1976. – С. 137.

⁵⁹ Вейнгольд Ю. Ю. Право как социологическая категория / Ю. Ю. Вейнгольд. – Фрунзе : Б.и., 1962. – С.213.

права. Як приклад, можна навести процедуру державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, що чітко визначена в нормативних актах (ЦК України, Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15 травня 2003 р. та ін.).⁶⁰

При цьому, об'єктивуючи в праві, поняття державної реєстрації, що входить до складу структурних елементів юридичної конструкції легалізації, виходить за межі чисто наукових уявлень, одержуючи більш широку юридичну значимість. Така об'єктивізація виступає як момент переходу правових категорій у поняття права, і це є підставою для проведення сепарації між ними.

Однак якщо легалізація розглядається на загальнотеоретичному, науковому рівні, то тут необхідно досліджувати це поняття з погляду його інструментально-правової цінності, тобто в рамках категоріального апарату теорії права.

Для такого дослідження уявляється можливим використання методу абстрагування. При цьому сутність правових категорій розглядається з того погляду, що вони є результатом абстрагування, а подальше порівняння отриманих даних із власними характеристиками легалізації виконується з метою виявлення загальних і відмітних рис.

Як відзначає Ю. Ю. Вейнгольд, «поняття і категорії – результат узагальнення й абстрагування. Узагальнення в даному разі не може трактуватися як формально-логічний прийом. Категоріальне узагальнення є насамперед діалектична обробка матеріалу, за якого виявляються внутрішньо необхідні й важливі властивості правових явищ і процесів, загальне розкривається в особливому, окремому, частковому, багатство окремого включається в загальне. Формуючи юридичні знання, правові категорії відтворюють сторони й моменти правової дійсності в “чистому” від випадкових проявів вигляді. Завдяки цьому вони

⁶⁰ Закон України від 15.05.2003 «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, N 31-32, ст.263

відображають об'єктивно необхідне й важливе в праві – його сутність, якість, структуру, форму».⁶¹

Однак узагальнення й відстороненість передбачають не тільки абстрагування від несуттєвих властивостей, але й певну схематизацію, системність відтвореного в понятті правового явища чи процесу.

Правова категорія становить собою сукупність абстрактних понять, пов'язаних між собою загальною логічною системою. Відповідно, правовій категорії притаманні такі властивості: узагальнені правові явища і якість системності.

При розгляді легалізації досить чітко простежується наявність узагальненої сукупності дій і певної логічної системи їх побудови. Наслідком такого підходу є обґрунтування багатогранності властивостей легалізації.

Легалізація, як поняття, це комплексна юридична конструкція, що складається із системи інститутів пов'язаних із возведенням певних об'єктів у стан, що відповідає чинному законодавству.

Легалізація поєднує в собі сукупність явищ, пов'язаних завдяки подібним якостям у логічну систему. Якість системності легалізації відображається в її структурі, що визначена на основі принципів, ознак і відособлених властивостей.

Вивчення правової категорії легалізації передбачає послідовне з'ясування основних елементів легалізації і прояв різних сторін і напрямів взаємозв'язків між ними. Використання системного підходу дає можливість з'ясування й визначення місця легалізації серед правових категорій як однієї з відособлених категорій.

Легалізацію слід розглядати як послідовне виконання правової процедури, що здійснюють уповноважені органи, з метою досягнення певних результатів.

Використовуючи наукове поняття «юридична конструкція» як засіб пізнання правової природи легалізації, можна логічно

⁶¹ Вейнгольд Ю. Ю. Право как социологическая категория / Ю. Ю. Вейнгольд. – Фрунзе : Б.и., 1962. – С. 117.

встановити, що сутність легалізації виявляється через розробку її правової конструкції – системи взаємопогоджуваних елементів. У цьому розумінні логіко-структурний зміст легалізації набуває характеру природнонаукової аксіології. У свою чергу, структурні елементи легалізації можна розглядати як поняття права, а саме як компоненти правової системи й особливого роду інструменти правового регулювання.

У цьому ракурсі легалізація набуває соціально-інструментальної цінності, підтверджуючи тим самим юридично-практичну значимість своїх складових структурних елементів.

Елементами, що складають юридичну конструкцію легалізації, є: дозвіл, підтвердження, визнання, узаконення. За допомогою аналізу етимології зазначених елементів стане можливо визначити сутність легалізації як комплексної правової категорії.

Так, у міжнародному праві, під «визнанням» розуміють – міжнародний, дипломатичний акт, яким існуючі держави заявляють про визнання нової держави чи нового уряду. Основні форми: визнання де-юре й визнання де-факто.⁶²

«Визнання – визнання (множина) (дія за дієсловами: визнати –визнавати). Визнання будь-чисї правоти. Визнання доводів правильними. Визнання де-факто, де-юре».⁶³

«Узаконити – надати будь-чому сили, ввести, утвердити на законній підставі. Узаконити відносини, що ввійшли в побут. Узаконити фактичне одруження».⁶⁴

«Дозволити, дозволю, дозволиш, доконаний вид (дозволяти) – дозволити будь-що чи дозволити будь-що зробити, надати право на будь-що. Дати дозвіл на будь-що».⁶⁵

«Підтвердити – підтверджу, підтверджуєш, доконаний вид (до підтверджувати). 1. Визнати правильність раніше зробленої

⁶² Большая Советская энциклопедия. – М. : Сов. энцикл., 1969 – 1978. – С. 458.

⁶³ Толковый словарь современного русского языка / сост. Д. Н. Ушаков. – М. : Альта-пресс, 2005. – С. 38.

⁶⁴ Толковый словарь современного русского языка / сост. Д. Н. Ушаков. – М. : Альта-пресс, 2005. – С. 420.

⁶⁵ Философский энциклопедический словарь / ред. кол. С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-оглы [и др.]. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 40.

заяви, сказаних слів. Підтвердити наказ. 2. Засвідчити, повідомити про правильність, наявність, здійснення будь-чого».⁶⁶

Слід зазначити, що подані елементи розкривають змістовний аспект поняття легалізації, більш того, вони формують сутнісну картину, що дозволяє відрізнити легалізацію від інших правових конструкцій.

«Дозвіл», «підтвердження», «визнання», «узаконення» тісно пов'язані із самою етимологією слова «легалізація» – «приведення у відповідність закону», тобто дії, за допомогою яких або відновлюється, або встановлюється, або підтверджується законність чи відповідність правилам поведінки, встановленим у суспільстві. У цьому зв'язку цікавим бачиться сам момент виявлення властивостей, бо найчастіше вони асоціюються з деяким первісним, єдиним, неподільним субстратом, однак стосовно легалізації це виглядає інакше. Тут на науково-теоретичному рівні основою побудови системи є єдність чотирьох зазначених властивостей легалізації.

Трохи інакше подана ситуація на конкретно-практичному рівні. Тут перерахованим властивостям надається нормативне оформлення, закріплення в чинному законодавстві. На цьому рівні наукові визначення перетворюються на категорії права, покликані врегулювати суспільні відносини. По своїй сутності види легалізаційної діяльності, що закріплюються в праві, установлюють порядок і процедури реалізації інтересів зацікавленої особи. У даному зв'язку на перше місце тут виходить інтерес особи (як фізичної, так і юридичної). Причому цей інтерес виявляється в конкретних діях і очікуваних наслідках. Отже, можна дійти висновку, що вихідною характеристикою легалізації на конкретно-практичному рівні є інтерес особи в дозволі, наданні юридичної сили, визнанні й узаконенні.

Хоча зазначені структурні елементи розрізняються між собою за низкою основ, вони мають такі властивості, завдяки яким абстрактні поняття взаємно погоджуються й поєднуються в

⁶⁶ Философский энциклопедический словарь / ред. кол. С. С. Аверинцев, Э. А. Араб-оглы [и др.]. – 2-е изд. – М. : Сов. энцикл., 1989. – С. 370.

конкретну правову категорію – легалізацію.

Відповідно, легалізація (як правова категорія) – це правова процедура, яка здійснюється вповноваженим суб'єктом, результатом якої є возведення певних об'єктів у стан, що відповідає чинному закону.

Отже, діяльність, яку здійснює відповідно до закону певний суб'єкт у сферах возведення у відповідність із законом (визнання, узаконення, підтвердження, дозволу) певних об'єктів, є легалізаційною діяльністю (різновидом юридичної діяльності).

Необхідно відзначити, що вивчення легалізації має важливий методологічний і практичний характер, бо дозволяє уникнути колізій у розумінні легалізації представниками різних галузей права.

Використання терміна «легалізація» як основного уявляється доцільним з позицій: загальнофілософської – як результат вирішення співвідношення між загальним і часткою; структурної – що передбачає наявність материнського поняття і його складових; змістовної – відповідно до якої важливим є те, яким чином була розкрита сутність досліджуваного поняття; конкретної – тому що було встановлено визначення легалізації як активно-вольової діяльності уповноваженого суб'єкта, щодо возведення у відповідність із чинним законодавством (визнанням, узаконенням, дозволом, підтвердженням юридичної сили) певних об'єктів, яка здійснюється в різних нормативно передбачених формах.

Таким чином, легалізація поєднує в собі абстрактні поняття, які у своїй сукупності формують категоріальну цінність легалізації. Легалізація у своїй сфері фіксує й об'єктивує знання про правову дійсність, розкриваючи практичні можливості використання пізнання закономірностей правових явищ. Безумовно, завдання правових категорій – розробка найбільш типових і детальних конструкцій для кожної галузі науки, правової зокрема, що збагатить інструментарій не тільки кожної галузевої науки, але також правотворчої, правозастосовної та інтерпретаційної практики. У цьому зв'язку всебічне дослідження

легалізації має не тільки практичне значення, але й пов'язано з розвитком правової науки в цілому.

Усебічне вивчення тих або інших правових інститутів, що опосередковують своє існування в правовій реальності, з одного боку, розвивають систему узагальнених знань, а з іншого – удосконалюють дію права, є необхідною умовою розвитку науки.

Крім цього, маючи певне знання, можливо спрогнозувати розвиток, а головне, майбутню ефективність досліджуваного правового інституту як у межах національного правового поля, так і в міжнародних відносинах.

У зв'язку з цим, установлюючи місце легалізації в системі понять права, необхідно з'ясувати, чи підпадає досліджуване поняття під спектр предмета теорії держави й права (основної, загальнотеоретичної юридичної науки), а так само виділити такі аспекти: по-перше, існування «легалізації» як певного терміна та, по-друге, існування легалізації як поняття, що стосується питань, досліджуваних у юриспруденції.

Подібний поділ дозволяє сформувати уявлення про реальний «образ» легалізації в Україні. Причому в поняття «образ» входять не тільки відображення уявлення індивідів (як на буденному так і науковому рівні) про таке явище, як легалізація, але й фактична позиція держави (відображена в нормативній сфері).

За даними соціологічного опитування населення було виявлено, що переважне число тих, кого інтерв'юють (80%), ототожнюють легалізацію з (процедурою) діями, пов'язаними з «відмиванням» коштів, отриманих злочинним шляхом. Менша частина (близько 17%) – з нотаріальною діяльністю й визнанням державної влади, і лише одиниці (3%) – з комплексною правовою категорією.⁶⁷

Більш того, якщо розглянути нормотворчу сферу, то близько 70% прийнятих правових актів (пов'язаних із

⁶⁷ Манько Д. Г. Роль легалізації у сфері правового регулювання / Д. Г. Манько // Матеріали 6-ї (58-ї) звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу, присв. третій річниці присвоєння ОНЮА статусу національної. – О. : Юрид. літ., 2003. – С. 47.

проблематикою легалізації) присвячені саме «відмиванню» (у контексті боротьби з «відмиванням») коштів і лише 30% висвітлюють питання, пов'язані з іншими елементами, що складають логічну структуру легалізації.

Отже, є всі підстави вважати, що як соціальне явище легалізація найчастіше використовується в контексті «відмивання» коштів. Причому, у всіх випадках, термін легалізація пов'язується з процедурами возведення на відповідне чинному закону становище.

Якщо аналізувати легалізацію як поняття, можна виділити таке. Легалізації властиві системний характер і логіко-структурний зміст. Дане твердження є практично доцільним і теоретично виправданим, бо спирається на аналіз і синтез різнобічних даних про принципи, ознаки, правову природу легалізації. Всі елементи поняття легалізації тісно взаємозалежні, мають єдину для всіх своєрідну конструкцію. Розходження полягають лише в наповненні цієї конструкції обумовленим власним змістом. Це пояснюється тим, що будь-який із елементів легалізації не мислимий без наявності хоча б однієї з розглянутих ознак, сформованих на основі її принципів.

Власне легалізація подана в декількох галузях права. Так, визнання державної влади – основи конституційного права, дозвіл на зайняття певним видом діяльності – цивільне й адміністративне, надання юридичної сили документам і визнання дійсності підписів і печаток, якими скріплений документ, – міжнародне право, узаконення коштів – кримінальне й адміністративне право.

Виходячи з перерахованих видів легалізації, можна простежити, що це відносини, пов'язані із забезпеченням нормального функціонування держави й права. Більш того, всебічне дослідження легалізації надає змогу наблизитися до з'ясування сутності права, бо вона показує механізм його формалізації (виразу в письмовому акті), а отже, належить до вивчення теорією держави й права.

Легалізація відображає одну з найважливіших правових

процедур – возведення у відповідність із діючим законом. Фактично, легалізація вказує на те, як суспільство дозволяє надати певним об'єктам юридичного значення, відкрити їм шлях до законного обігу, визнати їх правовими цінностями. А відтак і потребує ретельного дослідження у рамках фундаментальних дисциплін юридичної науки і перш за все теорією держави і права.

Але поряд із цим, глибина розуміння цього явища правової реальності була би не повною без досліджень у рамках певних галузевих юридичних наук (кримінальне право, конституційне право, цивільне право та ін.).

Становлення новаційного науково-правового мислення вимагає конструктивно критичного аналізу державно-правової дійсності. Більш того, критичному аналізу потрібно виступати функцією юридичної науки, бо без названої функції юридична наука як форма соціального пізнання – немислима.

Не менш важливою в розвитку юридичної науки є можливість прогнозування державно-правових явищ, їх зміни. Перспективи розвитку прогностичного методу правознавства повинні ґрунтуватися не на загальних розуміннях, а на комплексних дослідженнях закономірностей і тенденцій розвитку державно-правових феноменів, широкому використанні даних практики й відповідній методикі їх обробки.⁶⁸

Немає потреби доводити, що підвищення рівня прогностичної «віддачі» правознавства багато в чому залежить від заглиблених розробок теоретико-методологічних питань науково-правового передбачення.

Креативна функція юридичної науки дозволяє дослідникові виходити на нові рівні пізнавальної діяльності. Вона зобов'язує суб'єкта, що пізнає, мислити не традиційно, спонукає до пошуку нових шляхів досягнення мети. Однак це не означає, що наявну інформацію знання щодо об'єкта дослідження необхідно відкинути. Ні, завдання вченого саме й полягає в тому, щоб,

⁶⁸ Общая теория государства и права : в 2 т. / под ред. М. Н. Марченко. – М. : Зерцало, 1998. – Т. 2 : Теория права. – С. 65.

використовуючи знання й досвід минулих років, прийти до нового, обґрунтованого, доказового розуміння змісту об'єкта.

Відповідно становлення новаційного правового мислення обумовлено як використанням існуючої методології юридичної науки, так і формуванням нових способів дослідження.

Так, Ю. М. Оборотов у своїй статті «Прогрес у праві» зазначає, що «питання вдосконалення правових цінностей і їх використання навряд чи можна розглядати через призму закономірностей, оскільки підвищення рівня нормативних узагальнень в одних правових системах супроводжується широким використанням індивідуальних рішень в інших, удосконалення процесуальних механізмів в одних державах сусідить зі спрощенням юридичних процедур в інших».⁶⁹

Рух науки є «встигання ступати в крок» з потребами суспільства, а відповідно, й таке, що постійно позиціонує рух, який задовольняє соціум, з одного боку, і розвиває науку – з іншого. (У даний період перед наукою стоїть особливе завдання, що полягає у вирішенні глобальних проблем сучасності – екологічної, проблеми ресурсів, продовольства, проблеми війни та миру й т.д.).⁷⁰

Теорія держави й права пов'язана з практикою не тільки через галузеві й спеціальні дисципліни, але й безпосередньо. Разом з тим якщо галузеві науки роблять упор на сучасній державній практиці, на діючому праві, то теорія держави й права аж ніяк не обмежена в просторі й у часі у своїх дослідженнях. Тому інтеграція даних усіх юридичних наук приводить до їх взаємного збагачення.

Необхідно звернути увагу на те, що у вітчизняній правовій науці інститут легалізації неповно й недостатньо розроблений, відомий дуже вузькому колу фахівців, а комплексні науково-дослідні праці практично відсутні. Дотепер учені використовували чинні норми як описовий матеріал для

⁶⁹ Оборотов Ю. Н. Современное государство: Основы теории / Ю. Н. Оборотов. – О. : Астропринт, 1998. – С. 17.

⁷⁰ Сурилов О. В. Основы общей теории государства и права / О. В. Сурилов. – О. : Одес. ун-т, 1995. – С. 6.

викладення більш загальних тем (наприклад, правових питань прийняття документів судами, органами нотаріату й т.д.). А якщо визначення й формувалися, то носили в собі вже закладені колізії (як у разі з «відмиванням» коштів, де (згідно з існуючим визначенням) у законний оборот вводяться кошти, отримані в результаті протиправних дій).

Іншими словами, починалися спроби наділити неіснуючими властивостями досліджувані поняття, бажання уявляти елемент системи як саму систему. Вирішення цієї проблеми на категоріально-методологічному, науковому рівні є запорукою позитивного, поступального руху – розвитком науки й удосконаленням правозастосування.

Слід зазначити, що комплексне дослідження легалізації, обґрунтування її впливу на суспільні відносини вирішує одне зі значимих завдань загальнотеоретичної юриспруденції – введення й обґрунтування в правовій реальності новаційних понять права.

Легалізація це складна система відносин, яку здійснює особливий суб'єкт в інтересах певних осіб. За допомогою легалізації стає можливою реалізація окремих законних інтересів як усередині держави, так і на міждержавному рівні.

Отже, місце легалізації в системі понять права можливо визначити з урахуванням таких аспектів:

- по-перше, легалізація є новаційним поняттям, вхідним до складу питань стосовно предмета вивчення теорії держави й права зокрема та юриспруденції в цілому;
- по-друге, процедури легалізації є дуже затребуваними в суспільстві й постійно використовуються;
- по-третє, на основі даних поняття легалізації, отриманих у процесі загальнотеоретичного дослідження, стає можливим наблизитися до встановлення природи права, його формалізації.

Найбільш перспективним напрямом розвитку у сфері легалізації в Україні бачиться створення якісних і ефективних законодавчих актів, що, з одного боку, установлять коло питань стосовно легалізації, а з іншого – регламентуватимуть «зручну» процедуру їх здійснення.

Так, у сфері кримінального права доцільним бачиться вирішення проблеми використання терміна «легалізація» в контексті «відмивання» коштів, отриманих злочинним шляхом. Для того щоб залучити кошти, які перебувають поза офіційним оборотом (за умови, що вони отримані незлочинним шляхом), необхідно прийняти нормативний акт про «узаконення» коштів, у якому визначити порядок і умови амністування капіталу та введення в законний оборот коштів, що перебувають поза офіційним оборотом.

У сферах адміністративного й цивільного права доцільно вдосконалити процедури «дозволу» на зайняття певними видами діяльності (реєстраційні процедури) й підтвердження дійсності печаток, штампів і підписів, якими скріплений документ, «надання» юридичної сили документам.

У межах конституційного права, з урахуванням становлення соціально-правової державності в Україні, однозначно необхідно виробити більш удосконалений порядок формально-юридичного визнання державної влади. Причому доцільним бачиться використання світової практики з цього питання. Формально-юридичне визнання державної влади в Україні найтіснішим чином пов'язано з подальшим існуванням України як сучасної соціально-правової держави. Більш того, політична криза останніх років зазначає необхідність утворення чіткого, однозначного й налагодженого механізму знаходження формально-юридичного визнання державної влади.

Так само для розвитку сучасної державності в Україні немаловажне значення має процедура офіційного визнання документів, причому як виданих на території нашої держави, так і за її межами. Процедури консульського узаконення, апостиляції чи використання потенціалу міжнародних угод із питань визнання документів повинні бути систематизовані й адаптовані до сучасних умов геополітичного буття України.

Видання нових і вдосконалення існуючих нормативних актів, які б регламентували поняття, сутність, сфери застосування й межі використання легалізації, не тільки б «вирішили» існуючі,

але й запобігли б можливим колізіям у сфері легалізації. Більш того, за допомогою цих регламентацій визначається роль легалізації в механізмі дії права.

З огляду на вищевикладене, можна дійти висновку, що легалізація це – правова процедура, яка здійснюється вповноваженим суб'єктом, результатом якої є возведення певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству.

1.4. Легалізація в аспекті формалізації права

Право є невід'ємною частиною побудови гармонійного співіснування сучасного суспільства. Воно не тільки формулює межі зовнішньої свободи (свободи діяти в суспільстві), але й виступає відображенням внутрішньої свободи індивіда (свободи бажати та вибирати бажане). Право є основоположною, особливою соціальною нормою. Цей статус воно набуває завдяки в тому числі й формалізації. Результатами формалізації права є утворення певної чіткої ієрархічної системи. Системи, завдяки втілення в життя якої людство отримує впорядкованість суспільних відносин, установлення правопорядку й законності. У зв'язку з цим питання, що пов'язані з формалізацією права, з процедурами піднесення певних відносин у статус, відповідний зовнішньому, об'єктивному закону, є вельми актуальними для сучасної загальнотеоретичної юриспруденції.

Як підкреслює Ю. А. Тихомиров, «у наш час приходить усвідомлення соціально-корисної діяльності держави. Йдеться про гнучкий баланс установчих, легалізаційних, регулюючих, розпорядчих і контрольних функцій у різних сферах життя суспільства».⁷¹

Згідно з енциклопедичними даними, під формалізацією слід розуміти використання певних знаків і символів для відображення й пояснення закономірностей будь-яких процесів, явищ. Вона є інструментом моделювання й засобом

⁷¹ Тихомиров Ю.А. О модернизации государства // Журнал российского права. – 2004. – № 4. – С. 7.

упорядкування знань. Дає змогу встановлювати й фіксувати структуру системи управління, порядок її функціонування й елементів, що її утворюють.⁷²

Оскільки лінгвістична структура природної мови не збігається з логічною структурою форм і законів мислення, які втілюються в цій мові, логіка вимушена утворювати спеціальні засоби, які б дали можливість вилучити з природної мови форми мислення, їхні логічні властивості, суттєві відносини між ними, визначити принципи логічної дедукції, критерії розрізнення правильних і неправильних способів міркування.

Тут треба зауважити, що утворення логікою спеціальної мови, поряд із існуючою природною мовою, є особливий процес, який передбачає, що утворена штучна знакова система є засобом фіксації логічної структури думки, з одного боку, і засобом дослідження логічних властивостей та відношень думки – з іншого. Тобто мова логіки – це насамперед її метод. Заведено казати не «штучна мова логіки», а «формалізована мова логіки». З легкої руки І. Канта, логіці приписали прикметник «формальна», тому логіку стали називати формальною, а її метод – формалізацією.

Формалізація як вид людської діяльності застосовується не лише в логіці. З формалізацією ми зустрічаємося як у гуманітарних, так і в технічних науках. Якщо розглядати формалізацію як загальнонауковий феномен, то її можна визначити як вид знакового моделювання, у результаті якого дослідження певних об'єктів зводиться до вивчення їх форми. Тобто йдеться не про те, що в результаті формалізації ми абстрагуємося від змісту досліджуваних об'єктів, а про те, щоб за допомогою символів суттєві сторони змісту отримують можливість виразу через форму й тоді дослідження змісту здійснюється на основі знакової моделі згідно з формальними правилами.⁷³

⁷² Економічна енциклопедія. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ukrslov.com/Ekonomichna_entsyklopediya/page/formalizatsiya.8535

⁷³ Логіка: Підруч. для студ. вищ. навч. закл. / А.Є. Конверський. – К.: Укр. Центр духов. культури, 1999. – С. 97.

«Формалізація – ж. (лат., складений за формою), у математичній логіці – метод, що полягає в заміні всіх змістових термінів символами, а всіх змістових тверджень – відповідними їм послідовностями символів або формулами»⁷⁴.

«Формалізувати (-ую, -уєш, недок. і док., перех.) – робити формальним, надавати чому-небудь встановленої, прийнятої форми».⁷⁵

«Формалізована мова – будь яка сукупність спеціалізованих мовних засобів із суворо фіксованими правилами утворення різноманітних виразів і правил приписування цим виразам певних значень».⁷⁶

Формалізація також визначається у філософському енциклопедичному словнику як «сукупність пізнавальних операцій, що забезпечують відволікання від значення понять і сенсу виразів наукової теорії з метою дослідження її логічних особливостей. При цьому результати мислення відображаються в точних поняттях і твердженнях».⁷⁷

При формалізації судження про об'єкти переносяться в площину оперування символами й знаками. Фактично потреба у формалізації постає перед суспільством на досить високому рівні його розвитку, коли завдання логічної систематизації та організації знання, певних правил урегулювання бажаних моделей поведінки набуває першорядного значення.

Для побудови будь-якої формальної системи необхідно: а) надання алфавіту, тобто певного набору знаків; б) надання правил, за якими з вихідних знаків цього алфавіту можуть бути отримані «слова», «формули»; в) надання правил, за якими від одних слів, формул даної системи можна переходити до інших словами й формулами.

Я. С. Карпов виділяє такі етапи формалізації: запис вихідних даних загальновизначеною мовою, що виключає різні

74 Українські словники [Електронний ресурс]: режим доступу - <http://ukrslov.com/>

75 Академічний тлумачний словник [Електронний ресурс]: режим доступу - <http://sum.in.ua/s/formalizuvaty>

76 Логіка традиційна та сучасна: підручник / А.Є. Конверський; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. – К., 2008. – С. 36.

77 Філософський енциклопедичний словник. – Київ: «Абрис», 2002. – С.720.

тлумачення; переробка вихідного запису на основі деяких точних правил; порівняння отриманого рішення з реальністю; оцінка ефективності формалізації.⁷⁸

У результаті утворюється формальна знакова система у вигляді певної штучної мови. Особливою перевагою цієї системи є можливість проведення в її рамках дослідження будь-якого об'єкта чисто формальним шляхом (оперування знаками) без безпосереднього звернення до цього об'єкта. Інша позитивна якість формалізації полягає в забезпеченні стислості й чіткості запису інформації, що відкриває великі можливості для оперування нею.

У цьому й розкривається сутність метода формалізації – утворення особливої штучної (формалізованої) мови, або мови знаків і символів, та зображення цією мовою абстрактних об'єктів науки й наукового знання як результатів пізнавального процесу. Використання особливих знаково-символічних засобів формалізованої мови дає можливість більш точно, однозначно й стисло зображати абстрактні об'єкти науки й наукове знання.

Виділяють такі види наукової формалізації: дескриптивна, математична, логічна. Дескриптивна, або описова, формалізація означає зображення абстрактних об'єктів науки за допомогою особливих термінів. Дескриптивна формалізація використовується, по-перше, у гуманітарних науках, у тому числі юридичних науках. Наприклад, такі терміни, як «право», «норма права», «закон» та ін., виконують функцію дескриптивної формалізації об'єктів, які вивчають юридичні науки.

Математична формалізація означає зображення абстрактних об'єктів науки й наукового знання за допомогою спеціальних (математичних) термінів, штучних знаків і символів-цифр, формул, знаків математичних операцій і т.д. Використання формалізованої мови математики в природничих і гуманітарних науках називається процесом математизації наук.

Логічна, або дедуктивна, формалізація означає зображення

78 Карпов Я.С., Кисельник О.В., Кремень В.Г. Концепції сучасного природознавства: підручник для студентів вищих навчальних закладів - Київ: Професіонал, 2004. - С. 249.

форм мислення – понять, висловлювань, умовиводів, взаємозв'язків між формами мислення, між структурними елементами теорії за допомогою спеціальних (логічних) знаків і символів, які утворюють певну систему.⁷⁹

Практичне використання здобутків теоретичної логіки в різних галузях діяльності людей має таку послідовність: постановка мети діяльності; розробка практичного методу мислення (методології логічного мислення або системи правил логічного мислення); розробка методики використання логічних методів при вирішенні конкретних завдань (логічного аналізу текстів, аналізу мови, побудови моделей діяльності й т.д.); здійснення конкретних інтелектуальних дій (операцій) над поняттями й висловлюваннями на підставі принципів, законів і правил науки логіки.⁸⁰

Переносячи ці дані у сферу юриспруденції, можна припустити, що формалізація є процедурою наділення права певною формою, вираження ідеї та бажаної моделі в конкретній, загальнообов'язковій конструкції.

М. М. Марченко зазначає: «Кожна форма права має свій філософський аспект (як спосіб існування та вираження змісту), крім того, соціологічний аспект (відображає реалії, що склалися в даному суспільстві), також формально-юридичний та філологічний аспекти (зовнішнє вираження тієї чи іншої форми права)».⁸¹

Саме формалізація права зумовлює й надає праву такі ознаки, як: зовнішня вираженість, системність, ієрархічний характер.

Як відзначає Д. А. Керімов, системний підхід до дослідження складної динамічної цілісності, до якої можливо віднести також загальну систему форм і джерел національного права, «дозволяє виявити внутрішній механізм не тільки дії

79 Логіка для юристів: Лекції / Правничий коледж ЛНУ ім. І.Франка [Електронний ресурс]: режим доступу -<http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/83/23/>

80 Хоменко І.В. Логіка для юристів: Підручник. - К.: Юрінком Інтер, 2001. – С. 15.

81 Источники права: учеб. Пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. –С. 31

окремих його компонентів, але і їх взаємодії на різних рівнях».⁸²

Причому слід підкреслити, що фінальна стадія правоутворення, його формалізація здійснюється не задля «сліпої» фіксації певного правила, а для забезпечення їхньої дії, реального впливу на суспільні відносини.

У зв'язку з цим «юридичною передумовою дії джерел права (в юридичному значенні. – Авт.) є їх чинність, яка означає наявність у них юридичної сили, нормативності та загальнообов'язкового значення для виконання».⁸³

Формалізація права отримує вираження у зведенні легітимного соціального явища (порядку вирішення спору, наприклад) у чітку об'єктивну форму. Формалізація права – це вираження нормативних фактів у особливих юридичних документах, вона є однією із завершальних фаз правоутворення та виражається в набутті правом загальнообов'язкової форми й зобов'язуючої сили.

Формалізація права – це заснована на високому рівні правової культури професійна інтелектуальна діяльність компетентного суб'єкта, пов'язана з використанням технологій творіння, впорядкування, тлумачення та обслуговування письмових правових актів за допомогою певних юридично-технічних засобів.

Як вважає В. В. Дудченко, право є особливо складним соціальним феноменом і саме в понятті «нормативного факту» його складність знаходить свій кульмінаційний пункт, а сам феномен права стає доступним для розуміння. Складність феномена права зумовлена його антиномічною структурою. Елементами антиномічності у структурі права є духовне, або ідеальне, і чуттєве. Протиставлення автономії і гетерономії, належного (нормативного) й суцього (фактичного), або духовно-заданого й фактично-даного, індивідуального й типового, динамічного й статичного, «права» й «сили», заздалегідь

82 Керимов Д. А. Методология права. Предмет, функции, проблемы философии права. М., 2000. – С. 243.

83 Дія права: інтегративний аспект: Монографія / Кол. Авторів; Відп. Ред.. Н. М. Оніщенко. – К.: Видавництво «Юридична думка», 2010. – С. 177.

фіксованого права й живого права, норм і «нормативних фактів», метафізики й позитивізму, права як необхідної передумови чи форми суспільного життя та права як наслідку цього самого суспільного життя – всі подібні протиставлення у сфері права мають суттєве значення й, не подолавши такі протилежності, неможливо досягти адекватного бачення феномена права в цілому.⁸⁴

У цілому, процес виникнення суспільного відношення, його розвитку в нормативному факті й втілення у формалізованому акті заведено іменувати правоутворенням.

На думку Н. М. Крестовської, правоутворення – це соціальний процес, який включає виникнення потреб суспільства в урегулюванні певних відносин і актів поведінки, її усвідомлення, формулювання та юридичне оформлення у вигляді правових норм. Процес правоутворення відбувається безперервно, оскільки постійно виникають нові види суспільних відносин, нові суб'єкти потребують визнання свого права, а старі – розширення чи зміни своїх правових можливостей.⁸⁵

Як відзначає Ю. А. Ведерніков, правоутворення – це відносно тривалий процес формування юридичних норм, що починається з визнання державою певних суспільних відносин, усвідомлення необхідності їх правового регулювання, формального закріплення й державного захисту юридичних приписів.⁸⁶

Формування права – це складний, багатоаспектний соціальний процес, зумовлений взаємодією об'єктивних умов і суб'єктивних чинників, що визначають і забезпечують утворення нових норм права.

Цей процес складається з кількох етапів. На першому етапі цього процесу відбувається формування певних суспільних відносин, які в результаті багаторазового повторення набувають

⁸⁴ Дудченко В.В. Традиція правового розвитку: плюралізм правових вчень. – Одеса: Юридична література, 2006. – С.270.

⁸⁵ Крестовская Н. Н., Оборотов Ю. Н., Крыжановский Ф. Ф., Матвеева Л. Г. Теория государства и права. Государственный экзамен. Издание шестое. – Х.: «Одиссей», 2011. – С. 158.

⁸⁶ Ведерніков Ю. А. Теорія держави і права: Навч. посіб. / Ю.А. Ведерніков, В. С. Грегул. – 4-те вид., доп. і переробл. — К.: Центр навчальної літератури, 2005. – С.120.

нормативного характеру. На другому етапі (правозакріплення) відбувається державне санкціонування суспільної та державної (в історичному аспекті передусім судової) практики, її розгорнуте законодавче закріплення. Шляхом правозакріплення складаються основи правового регулювання суспільних відносин. На третьому етапі держава з метою конкретизації та деталізації основ правового регулювання самостійно утворює широке коло правових приписів. Саме цей етап і називається правотворчістю. Отже, правоутворення не зводиться до правотворчості, яка є лише останнім етапом цього процесу.⁸⁷

Вельми очевидні два висновки: по-перше, виникнення права – це тривалий історичний процес; по-друге, потреба в праві посилилася в процесі становлення державності, для закріплення статусу жерців, воєвод, чиновників, для забезпечення функціонування державної влади.⁸⁸

З позиції континентальної правової сім'ї право стає «правом» лише після його формалізації. До цього часу це лише нормативний факт. Однак без розуміння нормативного факту неможливо інтеграційне розуміння права. У свою чергу формалізація права – це процедури піднесення на відповідне позитивному закону становище певних суб'єктів, об'єктів, дій. Причому дані процедури здійснюються в суворій відповідності до встановленого законом порядку.

Відповідно парадигма правоутворення складається з таких елементів: 1) суспільні відносини (конфлікт або бажання втілення в життя інтересу індивіда); 2) нормативний факт; 3) формалізація алгоритму поведінки. Причому розвивається ця парадигма саме у встановленій послідовності. Фактично від «ідеї», «певного бажаного» шлях пролягає до визнання (легітимації) «прийнятного» варіанта досягнення бажаного, а звідти до фіксації «належного» (саме на цьому етапі вже появляється право як система норм).

⁸⁷ Ведерніков Ю. А. Теорія держави і права: Навч. посіб. / Ю.А. Ведерніков, В. С. Грегул. – 4-те вид., доп. і переробл. — К.: Центр навчальної літератури, 2005. – С.120.

⁸⁸ Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова. – О.: Феникс, 2011. – С.192.

Можна констатувати, що формалізація права класифікується на два види (критерієм класифікації є характер здійснення): первісна – така, що здійснюється на підставі духу й принципів права, ідеї формальної рівності й свободи; похідна – така, що здійснюється на підставі вже існуючих, нормативно закріплених у позитивних актах правил.

Розкриття сутності формалізації права пов'язано з дослідженням не тільки процесу його утворення, але й з розкриттям змістовних характеристик права. Так, враховуючи аспекти правоутворення, а також призначення права (регулювання й охорона), стає можливим твердження, що сутність права виявляється в особливій сукупності та співвідношенні трьох основоположних категорій: бажане – належне – здійснюване.

Етимологічний аналіз зазначених понять дозволяє виявити їх сутність так: бажане – те, що хотілось би мати; належне – те, що необхідно виконати; здійснюване – те, що втілюється в життя.⁸⁹

Перехід від однієї до іншої категорії передбачає вирішення виниклого конфлікту та утворення засад для вирішення подібних ситуацій у майбутньому.

Відповідно до традиції континентальної правової сім'ї, парадигма права складається в такій послідовності: бажане – належне – здійснюване (суспільні відносини (конфлікт або потреба), формалізація права, втілення права в життя). У сім'ї загального права, відповідно, послідовність інша: бажане – здійснюване – належне (виникнення конфлікту (суспільного відношення), вирішення конфлікту, формалізація прецеденту). У свою чергу, у релігійній правовій сім'ї ця парадигма складається таким чином: належне – здійснюване – бажане (встановлені на основі «одкровення» чи інших надприродних сил правила вирішення конфлікту, отримання бажаного результату).

Фактично ми можемо констатувати, що незалежно від

⁸⁹ Тлумачний український словник. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lingvo.ua/uk/Interpret/uk>

правової сім'ї право розкриває свою сутність у «бажаному – належному – здійснюваному». Причому від зміни послідовності цих категорій не змінюється їх значення, вони залишаються кваліфікуючими характеристиками сутності права.

Наближення до запропонованого варіанта праворозуміння можливо лише при застосуванні широкого підходу до розуміння права, комплементарно-цілісної теорії права та теорії ейдосів. Саме в такому розумінні соціальний аспект розкривається в конфлікті, його вирішенні, компромісі; нормативізм у обов'язковій формалізації як рішення, так і волевиявлення; аксіологічний у необхідності відповідності всіх, як формалізаційних, так і соціологічних, процесів ідеям свободи, рівноправності та справедливості, загальнолюдським цінностям, ідеям і бажанням.

Відповідно в цій більш «широкій» парадигмі – «бажане – належне – здійснюване» – формалізація права перебуває на стику понять (при переході від бажаного до належного).

Первісна й похідна формалізація права є близькими, але не тотожними категоріями. Головною їх відмінністю є етапи виникнення цих явищ. Так, «первісна» формалізація права виникає на основі духу права, уявлень суспільства щодо прийнятності використання певного алгоритму вирішення конфлікту («ще до закону»). У свою чергу «похідна» формалізація права можлива лише тоді, коли вже «існує закон» (вона заснована на ньому, йому має відповідати процедура її проведення) та виражені в юридичних документах результати.

Первісна формалізація права – «зряча», вона здійснюється у відповідності до нормативних фактів, духу й принципів правоутворення. Похідна формалізація права – «сліпа», вона здійснюється лише відповідно до встановленого позитивним законом порядку.

Одним із видів похідної формалізації права є легалізація. Легалізація – це правова процедура, яку здійснює уповноважений компетентний суб'єкт з метою піднесення у відповідність до чинного закону певних об'єктів.

У сучасній юриспруденції вже починає складатися певний категоріальний апарат. Так, А. Н. Конєв відзначає, що «юридична легалізація – це акт волевиявлення уповноваженого суб'єкта в правотворчій, правозастосовній або інтерпретаційній формі, що закріплює результат проведеної процедури визнання правомірності окремих дій або алгоритмів юридично значущої поведінки учасників правовідносин. Об'єктом юридичної легалізації виступає правомірна поведінка учасників правовідносин і (або) правомірність їх юридичного статусу».⁹⁰

Треба зазначити, що таке бачення легалізації є певною мірою спірним, бо автор обмежує легалізацію лише визнанням результатів юридично значущої поведінки учасників правовідносин, залишаючи без розгляду об'єкти (матеріальні, нематеріальні), дії, статус, хоча кожен із названих елементів може бути «об'єктом» легалізації.

Важливо зазначити, що між легалізацією та формалізацією існує тісний зв'язок. Так, використовуючи прийоми логіки, можна дати визначення характеру їх співвідношення: кожна легалізація є суть формалізація, але не кожна формалізація є легалізацією.

Наведене підтверджується, наприклад, при порівняльному аналізі формалізації права та легалізації. Так, враховуючи класифікацію на первісну та похідну формалізацію права, можна встановити, що легалізація, яка здійснюється лише у відповідності й на основі закону, має місце при похідній формалізації права (на межі «бажаного й належного»). Але це не єдине місце, де ми можемо ідентифікувати легалізацію, бо поряд із названими в праві є правозастосовні процедури, які пов'язані з піднесенням на таке становище окремих суб'єктів, об'єктів, дій (на межі належного та здійснюваного), що відповідає об'єктивному закону.

Для наочності звернемося до окремих видів легалізаційної діяльності. Так, наприклад, правотворча – піднесення на відповідне об'єктивному закону становище, яке здійснюється

⁹⁰ Конєв А. Н. Юридическая легализация (теория, практика, техника) // Автореферат диссертации 2012. – С.12.

завдяки прийняттю закону (наприклад, Закон про амністування грошових коштів та ін.); у свою чергу правозастосовна – піднесення на відповідне об'єктивному закону становище, яке здійснюється завдяки прийняттю акта застосування права (процедура державної реєстрації юридичних осіб).

Сутність категорії «легалізація» розкривається при аналізі її співвідношення з механізмом дії права. Найчастіше, легалізація проявляє себе при застосуванні права, але поряд із цим, ми можемо ідентифікувати її при утворенні законів, що легалізують ті чи інші відносини (наприклад, Закон про амністію грошових коштів). Це, безумовно, зазначає, що легалізація є певною дією, результат якої виражається в юридичному документі, а призначення полягає в піднесенні певних об'єктів у становище, що відповідає зовнішньому, об'єктивному (чинному) закону.

Легалізація, як явище, невіддільна від організованого суспільства. Підносити ті чи інші відносини на відповідне зовнішньому (на противагу моралі – внутрішньому) об'єктивному порядку становище є закономірним у житті суспільства. Так, наприклад, інститут шлюбу. До його укладення (формальної фіксації) володіння (сексуальний контакт) не заохочується й засуджується (заборона моралі), а після, навпаки, – стає важливим обов'язком подружжя (формально – правом).

Формалізація права та легалізація права дозволяють наблизитися до відповіді на питання про сутність права, вказуючи на те, як воно формується. Розуміння права можливо лише при широкому підході, де логічно поєднуються як природно-правові ідеї та принципи, так і їх формалізація, як виникнення конфлікту, так і порядок його вирішення, що стає обов'язковим для використання в подальшому, як виникнення та генезис права, так і його перспективи.

1.5. Легалізація як вид типової дії права

Статика й динаміка дії права є елементами сутнісного складу правової реальності. Правова реальність є відносно новою категорією в правознавстві. За своїм змістом вона близька до

таких суміжних категорій, як «правова дійсність», «правове життя» та «правова система», але не тотожна з ними, бо характеризує не тільки правові явища, а й процеси їх взаємодії та впливу на суспільні відносини.

Реальність – це сукупність усього існуючого. Вона відображає матеріальну субстанцію, яка є джерелом виникнення нових форм існування.⁹¹

Правова реальність характеризується як сукупність усіх без винятку феноменів права, що перебувають у соціальному просторі цивілізації.⁹²

В юридичній літературі зазначається, що правова реальність як категорія філософії права сформувалася на основі методу філософської рефлексії. Даний факт зумовлюється тим, що правова реальність – це світ права, в якому вона функціонує, один із способів її буття. Дане твердження надало можливість підкреслити, що структурними елементами правової реальності є не правові інститути, а правові феномени (світ значень).

Правову реальність слід аналізувати саме через правові феномени (значення) та виділити методологічні підходи, способи осмислення правової реальності, які характеризують її різнобічно, а саме: правовий позитивізм, який характеризує зовнішній аспект правової реальності через сукупність правових норм, забезпечений примусовою силою держави; правовий об'єктивізм акцентує увагу на соціальній зумовленості права, його укоріненості в житті; правовий суб'єктивізм, у основі якого покладено класичні концепції природного права, характеризує ідейно-моральний аспект права, акцентує увагу на ідеї права, що розкривається у свідомості суб'єкта; правова інтерсуб'єктність, або некласичні концепції природного права, які виявляються в процесі взаємодії суб'єктів, їх комунікації та інтерпретації інших підходів або позицій.⁹³

⁹¹ Оль П.А. Правовая реальность: формально-содержательный анализ: Монография / Под ред. В.П. Сальникова, Р.А. Ромашова. – С.68.

⁹² Бачинин В.А. Сальников В.П. Философия права : Краткий словарь. – СПб., 2000. – С.256.

⁹³ Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. – Х., 2008. – Т.1: Теоретичні та історійко-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / За заг. Ред.. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. – С. 42.

Для встановлення місця легалізації у статичній й динамічній дії права перш за все необхідно дати визначення самого поняття «дія права» та проаналізувати його систему.

Однією з найбільш ґрунтовних праць у сучасній вітчизняній юриспруденції, яка присвячена загальнотеоретичному дослідженню категорії «дія права», є монографія «Дія права, інтегративний аспект», яку підготував колектив авторів за редакцією Н. М. Оніщенко. У зазначеній праці була розглянута сутнісна складова дії права. Проаналізована проблема існування певних меж дії права. Виділені та обґрунтовані два рівні дії права: формально-юридичний та реально існуючий – фактичний. Проведено порівняльне дослідження категорій «дія права» та «дієвість права».⁹⁴

На думку відомого російського вченого В. С. Нерсисянца, «дія права – це сукупність всіх форм прояву його юридичної сили». Слід зазначити, що В. С. Нерсисянц під юридичною силою права розуміє «офіційну, державно-владну обов'язковість як норм права, так і прийнятих на їх основі правових актів, окремих правових норм, і права в цілому як систему норм».⁹⁵

Поряд із цим В. І. Гойман у своїй праці «Дія права. Методологічний аспект» формує методологічну основу поняття «дія права», встановлює специфічні властивості категорії «дія права», обґрунтовує віднесення до неї таких правових інститутів, як правове регулювання, реалізація права та ін.⁹⁶

Смислове навантаження широко поширеного терміна «дія права» достатньою мірою не визначено. Внаслідок цього в його зміст вкладається різне значення. Найчастіше воно вживається в одному значенні з поняттями «правове регулювання», «реалізація права» й т.д. Це, безсумнівно, породжує додаткові труднощі при визначенні сутнісно-змістовних характеристик поняття «дія права».

Розгорнуте визначення поняття «дія права» вперше

⁹⁴ Дія права : інтегративний аспект : моногр. / кол. авт. ; відп. ред. Н. М. Оніщенко. — К., 2010. — С. 5-10.

⁹⁵ Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. Учебник. — М.: НОРМА, 2000. — 552с.

⁹⁶ Гойман В. И. Действие права (Методологический анализ). — Академия МВД РФ. — М., 1992.

запропонував С. С. Алексєєв: «Під дією права слід розуміти шляхи й форми впливу права на суспільні відносини, а також способи реалізації юридичних норм у практичній діяльності людей та громадських утворень». Автор під «дією права» розуміє: «дія позитивного права, його реалізація», «процес функціонування об'єктивного права».⁹⁷

Д. А. Керімов зазначає, що під дією права визнаються й форми впливу права, і способи здійснення правових приписів, і фактичні результати реалізації права. Основний недолік такого підходу полягає в тому, що дія права не ув'язується із сутнісними властивостями права, його природою, виступає щодо нього чимось зовнішнім, не обумовленим соціальним призначенням права.

Потребує оцінки позиція авторів, котрі розглядають дію права в широкому й вузькому значеннях. А. З. Піголкін вважає, що у вузькому, або у «власному сенсі воно означає обов'язковість правових норм, дійсність їхніх вимог. Вона не обов'язково втілюється в реальній поведінці приватників суспільних відносин. Дія норм права у часі, у просторі й по колу осіб – це і є конкретний прояв дії права у власному розумінні».

У свою чергу, Д. А. Керімов зазначає, що природу дії права неможливо зрозуміти поза зв'язком з природою права, з живністю соціальних суб'єктів, що перебувають у сфері його дії, з характером правоутворення, а отже, і характером соціальної системи, що зумовлює зміст права, сприйнятливість його адресатами тощо.

В. І. Гойман пропонує таке визначення дії права: це – обумовлена соціально-економічними умовами, потребами та інтересами людей властивість (здатність) права в певному середовищі справляти інформативний і ціннісно-мотиваційний вплив на особистість, спільність людей та внаслідок цього забезпечувати відповідно до цілей, принципів і приписів права правомірний характер їхньої діяльності й учинків, досягнення

⁹⁷ Алексєєв С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. – М.: Статут, 1999. – 712с.

цивілізованими засобами фактичних результатів і на цій основі сприяти утвердженню реального панування права в суспільних відносинах.⁹⁸

Формуючи уявлення поняття «дія права», необхідно враховувати всю сукупність відносин, що виникають у сфері функціонування об'єктивного права, включаючи правонормування (нормотворчість), реалізацію та нереалізацію права, правозастосування, тлумачення й зловживання правом.

Фактично «дія права» об'єднує в собі як динаміку, так і статику права, причому динаміка права як процес фактичного прояву правового регулювання за своїм змістом є тією метою, у зв'язку з якою формується право у статичі.

Як зазначає В. С. Нерсисянц: «...динаміка права й статика права – два тісно взаємозалежних стани й два взаємодіючих аспекти буття права як особливого соціального регулятора. З одного боку, саме офіційне встановлення права в його статичі (у вигляді системи правових норм, тобто того, що є загальнообов'язковим у даній державі) здійснюється на основі й відповідно до чинного права, у рамках і у формі регулятивного прояву його юридичної сили. Крім того, право діє в тих формах і сферах, які закріплені у статичному праві, «праві в книгах»».⁹⁹

Статика й динаміка права виступають як дві взаємопов'язані стадії (і форми прояву), що доповнюють і передбачають одна одну, єдиного процесу правового регулювання: щоб право діяло як регулятор, воно перш за все має бути встановлено як регулятор.

Але дія права значно ширша, ніж тільки здійснення права (реалізація, нереалізація, правозастосування). Процеси утворення та внесення змін в існуючі правові нормативи теж підпадають під дію права. Утворення права це сукупність установлених процедур фіксації акта творіння права. У свою чергу внесення змін до цих актів творіння – це особливі процедури корекції або припинення діючих актів. Образно кажучи, ці процеси можна

⁹⁸ Гойман В.И. Действие права (Методологический анализ). - М.: Академия МВД РФ, 1992. – С. 38.

⁹⁹ Нерсисянц В. С. Общая теория права и государства : учебник / В. С. Нерсисянц. – М. : НОРМА, 2000. – С. 64.

увиявити собі на прикладі клітини. Вона існує, діє, виконує певну функцію, але ще й трансформується (виникає, зникає, змінюється), залишаючись (функціонально) клітиною.

Аналізуючи наведені твердження, можна дійти висновку, що дія права виявляється в певному суспільному середовищі, причому саме цим середовищем вона встановлюється та й на нього ж і справляє вплив.

Дія права не можлива без її формально-юридичної фіксації і не буде мати сенсу без фактичного впливу на суспільні відносини. Причому такого впливу, який відповідатиме духу й принципам права. По суті, дієвість права є основою для встановлення його цінності.

У зв'язку з тим, що право має відповідати реальним потребам суспільства, воно запрограмовано на можливість його корекції (внесення змін та ін.). Більш того, той колосальний масив прийнятих правових актів має бути впорядкованим (систематизація) та зареєстрованим компетентним органом (наприклад, Міністерством юстиції України).

Від так, під дією права слід розуміти – характеристику формування та устрою права, а також порядку здійснення ним регулювання та впливу на суспільні відносини. Слід зазначити, що визначення права – це лише характеристика системи, в свою чергу дія права – це відображення того, як ця система формується і втілюється у життя.

Відповідно стає можливим скласти систему дії права. Дія права класифікується на два елементи: 1) статика дії права; та 2) динаміка дії права. Статика дії права – «правонормування», складається з: 1) особливостей утворення права (формування принципів, формалізації норм, існуванні природних прав); та впорядкування (систематизація та реєстрація правових актів); 2) засад впливу та порядку регулювання (а) юридичних – нормативне регулювання; б) неюридичних – інформаційний та ціннісний вплив).

У свою чергу відображенням динаміки дії права є механізм дії права який включає в себе такі підвиди: 1) Прямий (типовий)

– це здійснення права. У свою чергу здійснення права класифікується на такі підвиди: 1) реалізація права (виконання, використання, дотримання); 2) правозастосування.

2) Зворотний (нетиповий) – включає: 1) нереалізацію права (спляче законодавство); 2) зловживання правом; 3) реакцію на правопорушення.

Відповідно, механізм дії права це конкретні алгоритми регулювання суспільних відносин та особливості впливу права на свідомість і поведінку людей. Це втілення у життя характеру та цілей права. Основна регулятивна функція механізму дії права і юридично-логічний зміст дії права в цілому полягають у тому, щоб наявну абстрактно-загальну норму статичного права, тобто загальне правило для загального випадку, належним чином перетворити на актуальну «казусну» норму, тобто на конкретне правило для конкретного випадку.

У зв'язку з цим сучасна парадигма механізму дії права (для континентальної правової сім'ї) має виглядати таким чином: від бажаного – до належного – від належного – до здійснюваного.

Встановлення місця легалізації в системі дії права перш за все пов'язано з розкриттям сутності категорії «здійснення права». Бо саме в динаміці дії права можливо ідентифікувати процедуру «легалізації в праві». Але треба зауважити, що таке встановлення можливо лише за умови попередньої формально-юридичної фіксації цього поняття у статичі права (завдяки прийняттю норм, що регламентують відносини у сфері легалізації).

Проблеми, пов'язані з втіленням у життя правових приписів, завжди були в центрі уваги юриспруденції. Проникнення в цей процес, усебічний його аналіз та переосмислення існуючих досліджень уявляється одним із найважливіших завдань сучасної юридичної науки. Причому вивченню повинні підлягати не окремі категорії, а вся сукупність відносин, пов'язаних із здійсненням права.

На сьогодні існують два основні підходи до розуміння співвідношення понять «реалізація права» й «правозастосування». Відповідно до першого підходу,

правозастосування розглядається як одна з форм реалізації права. Прикладом може послужити визначення, що розробили Ф. А. Григор'єв і А. Д. Черкасов, які під реалізацією права розуміють втілення в життя правових приписів, що здійснюється в таких формах: виконання, використання, дотримання й правозастосування.¹⁰⁰

Слід відмітити, що при зазначеному підході до розуміння реалізації права реалізація права й застосування права співвідносяться як ціле й частина.

Прибічники іншого підходу провадять поділ між правозастосуванням і реалізацією права. Так, наприклад, С. С. Алексєєв у своїй праці «Теорія права» зазначає, що правове регулювання зрештою виражається в такій поведінці учасників суспільних відносин, у якій утілюються вимоги й можливості, що містяться в праві. Реалізація права має декілька форм, особливості яких найближчим чином залежать від способів правового регулювання, від того, чи реалізується в даному разі дозвіл, заборона чи зобов'язання. Відповідно до цього, розрізняються три форми реалізації права: використання, дотримання, виконання.

С. С. Алексєєв вважає, що правозастосування – це владна індивідуально-правова діяльність, яка спрямована на вирішення юридичних справ і в результаті якої в тканину правової системи включаються нові елементи – індивідуальні приписи.¹⁰¹

М. В. Кравчук зазначає, що «реалізація правових норм – це здійснення їх приписів в практичних діяннях суб'єктів. Залежно від характеру диспозиції виділяють: виконання, використання, дотримання. І особливою формою втілення вимог правових норм у життя є застосування норм права державними органами».¹⁰²

Як С. С. Алексєєв, так і М. В. Кравчук розглядають застосування права як самотійну, разом із реалізацією права,

¹⁰⁰ Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. 2е. изд., перераб. и доп. М: Юрист, 1997 – С.212.

¹⁰¹ Алексєєв С.С. Теория права.-Москва.:Издательство Бек, 1995. – С. 153.

¹⁰² Кравчук М.В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права. :Навчальний посібник.- 3-тє видання.- Тернопіль:Карт Бланк.2002. – С. 86.

форму втілення правових приписів у життя.

Подібної думки дотримуються й учені одеської правової школи Ю. М. Оборотов, А. Ф. Крижановський, Н. М. Крестовська, які у своїх дослідженнях обґрунтовують, що існує корінна відмінність між правозастосуванням і безпосередньою реалізацією права. Суб'єкт безпосередньої реалізації права самостійно визначає свою поведінку згідно з правовими приписами, а суб'єкт правозастосування впорядковує не свою поведінку, а поведінку сторонніх суб'єктів.¹⁰³

У цьому ключі викликає інтерес позиція, яку висловила Т. В. Кашаніна, котра вважає, що найвищою формою узагальнення відносно втілення в життя правових приписів є здійснення права. Причому здійснення права – це втілення (втілювання) встановлених норм права в діяльність суб'єктів права. Слід розрізняти два типи здійснення права: безпосередній тип, або реалізація права; і правозастосовний тип.¹⁰⁴

У цілому, підтримуючи й не заперечуючи проти цього твердження, відмітимо, що в типології, яку запропонувала Т. В. Кашаніна, є невелика невідповідність логічним прийомам викладу матеріалу. Характеризуючи перший тип, автор використовувала поняття «безпосередній», проте другий тип був названий правозастосовним. Уявляється вірнішим для назви другого типу здійснення права використання поняття «опосередкований».

«Опосередкований – даний не безпосередньо, не прямо, а на посередництво чого/кого-сь іншого».¹⁰⁵

Приєднуючись до позиції прибічників сепарації правозастосування й реалізації права, хочеться додати декілька аспектів. Суб'єкти права, втілюючи правові розпорядження в життя, у ряді випадків можуть діяти самостійно, а в окремих випадках вони позбавлені такої можливості.

¹⁰³ Крестовская Н.Н., Оборотов Ю.Н., Крыжановский А.Ф., Матвеева Л.Г. Теория государства и права. Государственный экзамен. Издание пятое. – Х.: «Одиссей», 2009. – С. 176.

¹⁰⁴ Юридическая техника: учебник \ Т.В. Кашанина. – М.: Эксмо, 2008. – С. 364-365.

¹⁰⁵ Современная энциклопедия [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://dic.academic.ru/searchall.php>

При виникненні подібної ситуації очікуваний правовий результат не може бути досягнутий без утручання органів, наділених особливими повноваженнями, владою здійснити певні процедури, пов'язані з опосередкованим здійсненням права.

Відповідно, якщо реалізація права носить *вольовий характер* (тільки від волі суб'єкта права залежить, реалізує він наявні права чи ні або скоїть заборонене діяння чи втримається від протиправної поведінки) і в ряді випадків може здійснюватися у формі бездіяльності, то правозастосуванню властивий *владний характер* (наявність особливих, виняткових повноважень у суб'єкта правозастосування) і тільки активна дія.

Досліджуючи реалізацію права, можна дійти висновку, що це сфера самовираження особистості, її правової активності й життєвої позиції.

Правозастосування ж видається тією сферою, де *влада* є складовою частиною механізму здійснення права. Тут особливого значення набуває правозастосовна ідеологія, рівень правової культури суб'єкта правозастосування. Правова активність і правомірна поведінка апріорі мають на увазі відносно суб'єкта, котрий наділяється владою, статус якого має бути легальний і легітимний.

Однак відносно суб'єкта правозастосування виникає запитання про природу тієї влади, від якої він наділений повноваженнями: чи це виключна прерогатива державної влади, чи тут можливо більш широке тлумачення поняття «*владний характер*» правозастосування?

Для відповіді на це запитання доцільно звернутися до поняття юрисдикції, а також ознак та форм правозастосування з метою встановити такі їх універсальні характеристики, що невіддільні від цих понять незалежно від тієї сфери, в якій можливо їх розглядати: публічної чи приватної.

В юридичному енциклопедичному словнику радянського періоду юрисдикція визначається як передбачена законом (або іншим нормативним актом) сукупність повноважень відповідних державних органів вирішувати правові спори й справи про

правопорушення, тобто оцінювати дії фізичної особи чи іншого суб'єкта права з точки зору їх правомірності, застосовувати юридичні санкції до правопорушників.¹⁰⁶

Це саме визначення дається у «Великому юридичному енциклопедичному словнику».¹⁰⁷

Також сутність юрисдикції розглядається як застосування закону до юридичних конфліктів і прийняття по них правових актів.¹⁰⁸

На думку В. М. Баландіна й А. А. Павлушиної, юрисдикція в широкому розумінні – це поняття, що охоплює коло будь-яких повноважень будь-якого органу, а не тільки суду; у вузькому – коло повноважень суду чи адміністративного органу з вирішення будь-якого правового спору.¹⁰⁹

У найширшому значенні юрисдикція розглядається як здійснення державою владних повноважень і, виходячи з цього, виділяється законодавча, адміністративна (виконавча) й судова юрисдикція.¹¹⁰

Таким чином, юрисдикція у вузькому сенсі традиційно розуміється як повноваження державних органів (у першу чергу судів) з розгляду правових спорів (конфліктів) і справ про правопорушення.

На думку І. А. Глов'юк, таке визначення юрисдикції потребує певних уточнень суб'єктного та сутнісного характеру. Навіть судова діяльність, яка традиційно розглядається як юрисдикційна, не завжди спрямована на вирішення спорів. Так, наприклад, такі справи окремого провадження, як усиновлення дітей і встановлення фактів, що мають юридичне значення (у тих випадках, якщо немає іншої можливості для їх встановлення), не мають спірного характеру. Не мають спірного характеру та визнаються судами справи про розірвання шлюбу за наявності дітей у разі спільної заяви подружжя (ст. 109 Сімейного кодексу).

¹⁰⁶ Советский энциклопедический словарь / Под ред. А. М. Прохорова. – М., 1987 – С. 1577.

¹⁰⁷ Большой юридический энциклопедический словарь. – М: Книжный мир, 2003 – С. 711.

¹⁰⁸ Юридический энциклопедический словарь. – М., 1984 – С. 414.

¹⁰⁹ Баландин В. Н. Павлушина А. А. О видах юридического процесса // Правоведение – 2002 - №4 – С. 26.

¹¹⁰ Голосніченко І. П. Стахурський М. Ф. Адміністративний процес. – К: ГАН, 2003 – С. 26..

При визначенні поняття «юрисдикція» навіть у вузькому сенсі не можна робити основну прив'язку до суду як суб'єкта розгляду справи. Розгляд справ про адміністративні правопорушення входить до повноважень багатьох органів, посадових осіб, передбачених у Кодексі України про адміністративні правопорушення. Крім того, розглядати правові спори й приймати по них рішення можуть не тільки органи держави, а й органи та посадові особи місцевого самоврядування (наприклад, при розгляді скарг), а також роботодавці: власники чи уповноважені ними особи підприємств, установ, організацій усіх форм власності, фізичні особи (наприклад, при розгляді справ про дисциплінарні правопорушення). Отже, кваліфікуючою ознакою юрисдикції має бути характер справ, а не статус суб'єкта правозастосування.

Виходячи з вищевикладеного, юрисдикцію у вузькому сенсі можна визначити як правомочності уповноважених органів і посадових осіб щодо розгляду правових конфліктів (якщо розглядати конфлікт у широкому сенсі, то він буде включати в себе не тільки цивільні й адміністративні спори, але й правопорушення як конфлікти правопорушника та суб'єкта нормотворення).¹¹¹

Отже, ми можемо казати про юрисдикцію й у приватноправовій сфері, сфері діяльності уповноважених органів підприємств із вирішення корпоративних спорів.

Тут важливо проаналізувати, чи виявляються в діяльності компетентних органів і посадових осіб підприємств ознаки правозастосовної діяльності.

До універсальних ознак правозастосування належать: 1) владний характер; 2) опосередкованість правозастосування; 3) особливий статус суб'єкта правозастосування; 4) індивідуалізований характер; 5) регламентованість діяльності в рамках компетенції; 6) юридично оформлений результат. Всі названі ознаки виявляються в процесі аналізу діяльності

¹¹¹ Манько Д. Г. Правоприменение в механизме действия права / Д. Г. Манько, И. А. Гловюк // Юрид. вестник. – 2005. – № 3. – С. 62.

колективних суб'єктів права, таких як, наприклад, юридичні особи.

Юридичні особи були вибрані не випадково, а з огляду на тенденції розвитку сучасного життя. На світовій арені закріпилися й прогресують транснаціональні корпорації. Фактично саме вони багато в чому визначають вектор розвитку світової економіки, і це не перебільшення, а напрям діяльності низки держав. Практика показує, що ці корпорації засновані на приватному капіталі.¹¹²

Безумовно, у радянський період, коли не існувало «компаній» та діяли «установи», пріоритетним були дослідження діяльності механізму держави, носіїв державно-владного ресурсу, що відбивалося й на розумінні процесів втілення в життя правових приписів. Обґрунтовувалася «реалізація права», особливою формою якої було правозастосування, де правозастосовна діяльність розумілася виключно як прерогатива органів, наділених державно-владними повноваженнями. Інша річ у сучасний період, коли більша частина працевлаштованих громадян держави працює у сфері приватного капіталу. У зв'язку з цим необхідно приділити особливу увагу дослідженню характеру діяльності підприємств, заснованих на приватній власності, пильно розглянути процедури функціонування їхніх органів управління, статус.

Будучи по своїй суті юридичною фікцією, юридична особа є суб'єктом права з особливою правосуб'єктністю. Фактично всі елементи правосуб'єктності юридичної особи містяться в юридичних документах (статут і т.д.), виникають із моменту утворення й припиняються моментом ліквідації юридичної особи. Як приклад, візьмо юридичну особу з такою організаційно-правовою формою, як приватне підприємство. Виконавчим органом управління підприємством є дирекція, а головною посадовою особою – директор. У статуті підприємства закріплюються повноваження, права (*особливий статус*) і

¹¹² Ленский Е.В. Транснационализация капитала \ Под ред. О.Н. Сосковца. – Минск: Армита-Маркетинг, Менеджмент, 2001. – С. 18.

обов'язки директора.

Директор, здійснюючи свою діяльність, є *носієм влади*, яка була передана йому за рішенням власника. Однак директор діє не у своїх інтересах, але в інтересах компанії, причому це не його «добра воля», а прямий, регламентований обов'язок.

Одночасно з директором у підприємстві здійснюють трудову діяльність і інші підпорядковані йому співробітники. У ряді випадків (оформлення доручення, отримання премії і т.д.) рядовим співробітникам для здійснення виникаючих у них прав або обов'язків необхідно втручання вищої посадової особи підприємства. Або коли на підприємстві виникла ситуація (прогул, поява в нетверезому вигляді співробітника і т.д.), яка потребує вирішення спору й накладення стягнення.

У наведених прикладах показується об'єктивна необхідність використання потенціалу уповноваженого суб'єкта (*опосередкована форма*) для досягнення юридично значущого результату.

Необхідно враховувати, що будь-яка з названих ситуацій носить суворо *індивідуальний характер* і не поширюється на інших членів трудового колективу.

Усі прийняті рішення, накази, підписані в рамках компетенції довіреності, що виносяться, резолюції, фактично весь обсяг юридичних документів, що видає директор підприємства, *регламентований* Статутом цього підприємства та чинним законодавством. Причому встановлено не тільки умови утворення цього документа, але й процедура його реєстрації.

Якщо з усієї сукупності можливих дій директора підприємства ми візьмемо до розгляду лише ті, що пов'язані з формальним закріпленням індивідуальних владних рішень у конкретних юридичних справах, то в кожному з них можливо буде виявити *юридично оформлений результат* (юридичний документ).

Розглядаючи питання про «нетрадиційні» види правозастосування, слід звернути увагу на той факт, що, аналізуючи діяльність вищої посадової особи приватного

підприємства (директора), уявляється необхідним визначити основні форми його правозастосовної діяльності.

Для даного аналізу бачиться прийнятною класифікація форм правозастосування, що запропонувала Т. В. Кашаніна, згідно з якою виділяються чотири форми: конкретизація, контроль, вирішення спорів, накладення санкцій.¹¹³

Конкретизація – особлива ситуація, за якої правовідносини не можуть виникнути без владного рішення, яким конкретизуються наявні в суб'єкта права чи обов'язки (наприклад, видача довіреності директором підприємства).

Контроль – регламентація й перевірка статусу суб'єкта, який претендує на користування/відвідування певних об'єктів (наприклад, видача документа, що підтверджує можливість відвідування об'єктів з особливим статусом – електростанції).

Вирішення спорів – вирішення виникаючих (наприклад, корпоративних, трудових) конфліктів.

Накладення санкції – прийняття рішення щодо вирішення трудового конфлікту, проступку (наприклад, накладення стягнення/заохочення).

Від форм правозастосування необхідно відрізняти види правозастосування – однорідні групи правозастосовної діяльності, об'єднані специфікою суб'єктів, здійснюють застосування права.

Спираючись на наведені дані, стає можливим зробити висновок про необхідність сепарації опосередкованого типу здійснення права на такі види: публічно-правове правозастосування й приватноправове правозастосування. У даному разі класифікаційним критерієм є статус суб'єкта правозастосування: а) публічно-правове правозастосування – таке, що здійснює суб'єкт, наділений державно-владними повноваженнями; б) приватноправове правозастосування – таке, що здійснюють інші уповноважені суб'єкти, котрі не мають державно-владних повноважень.

Відповідно стає можливим скласти таку типологію

¹¹³ Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2008. – С.396.

здійснення права: здійснення права складається з двох типів: безпосереднього – правореалізаційного; опосередкованого – правозастосовного.

Безпосередній тип здійснення права втілюється в життя в таких формах: виконання, використання, дотримання.

Опосередкований тип здійснення права класифікується на два види: публічно-правове та приватноправове правозастосування.

Як публічно-правове, так і приватноправове правозастосування поділяється на два підвиди: організаційно-виконавче (здійснюється в таких формах: конкретизація, контроль); і правоохоронне (здійснюється в таких формах: вирішення спорів, накладення санкції).

У свою чергу, при порівняльному аналізі правозастосовної діяльності й легалізації стає можливим виявити такі аспекти. Як правозастосування, так і легалізація відбуваються в рамках трьох основних стадій: установлення фактичної основи, установлення юридичної основи, прийняття рішення у справі. Також тотожні цілі зазначених процедур, а саме: здійснення правових розпоряджень.¹¹⁴

Для здійснення як правозастосовної, так і легалізаційної діяльності необхідним є наявність певного уповноваженого суб'єкта.

Моделі й порядок утілення в життя процедур легалізації і правозастосування встановлені чинним законодавством, а результати цих процедур орієнтовані, у залежності від характеру, чи на досягнення реалізації інтересів зацікавлених осіб, чи в інтересах суспільства й держави в цілому.

Слід зазначити, що провадження в рамках правозастосовної діяльності можуть належати як до судочинства, так і до правових процедур. Даний аспект зазначає універсальний або міжвидовий характер правозастосування.¹¹⁵

¹¹⁴ Теория государства и права / под ред. В. К. Бабаева. – М. : Юрист, 2001. – С. 183.

¹¹⁵ Яковенко О. В. Правовая процедура : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Яковенко. – Саратов, 1999. – С. 43-44.

Форма легалізації виявляється в рамках певної процедури, що має нормативно визначений характер і якість системності: складається із взаємопогоджуваних, упорядкованих інститутів, стадій.

Зміст досліджуваного поняття становить собою сукупність цілей, завдань, предмета й методу правового регулювання, реалізація яких відбувається в межах конкретної правової процедури.

Причому слід зазначити, що процедуру легалізації здійснює лише суб'єкт, який має особливі повноваження для вирішення певної юридичної справи тільки відповідно до встановлених правом вимог.

Отже, за структурою й зовнішніми характеристиками, тобто за формою відображення, можливо визначити, що легалізаційна процедура виступає як частина процедурно-процесуального механізму, а стосовно реалізації правових розпоряджень і свого змісту є відособленим підвидом застосування права й правонормування, що дозволяє зацікавленим особам здійснювати свої потреби й інтереси у сфері визнання й узаконення певних суб'єктів, об'єктів, дій.

Більш того, легалізація є типовою процедурою права, бо в ній є суб'єкт, зацікавлена особа, об'єкт і специфічна діяльність уповноваженого суб'єкта, виражена у піднесені певних об'єктів у стан, що відповідає чинному закону.

Використовуючи як критерій поділ права на окремі частини (галузь, підгалузь), можливо класифікувати легалізацію як міжгалузеву правову процедуру. Власне легалізація подана в галузях цивільного, кримінального, адміністративного й конституційного права.

За своєю метою легалізаційна процедура належить до правових процедур, що застосовуються для втілення суб'єктивних прав.

З огляду на специфічний характер встановлення і здійснення, легалізаційна процедура виявляється як у приватноправовій, так і в публічно-правовій сферах.

Легалізація, будучи правовою процедурою, визначає склад і послідовність юридичних дій у правозастосовній юридичній практиці та пов'язана із задоволенням певних потреб індивіда, суспільства й держави.

Резюмуючи, слід підкреслити, що процедури легалізації перш за все отримують фіксацію у статичі дії права завдяки прийняттю відповідним чином певних норм і лише після цього стає можливим втілення в життя легалізаційних процедур у динаміці дії права. Безумовно, вся суть і природа легалізаційної процедури розкривається в динаміці дії права, але вона буде ефективною лише тоді, коли отримає належну регламентацію в чинному законодавстві.

Розділ 2.

ЛЕГАЛІЗАЦІЯ В ПРОЦЕДУРНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ МЕХАНІЗМІ ПРАВА

2.1. Особливості легалізації як правової процедури

Термін «процедура» запозичений із французької мови – «procedure». У свою чергу французька мова це поняття запозичила з латині, де «procedere» означає «просування чогось», чи, у більш вузькому розумінні, «офіційно встановлений порядок дій під час обговорення, ведення будь-якої справи».¹¹⁶

Будь-яка процедура як загальносоціальне явище становить собою систему, що: орієнтована на досягнення конкретного соціального результату; складається з актів поведінки чи етапів діяльності, які послідовно переміняють один одного; утворює модель розвитку, руху будь-якого явища, яка закріплюється на нормативному рівні; ієрархічно побудована; перебуває в динаміці, розвитку; виступає як засіб реалізації головного для неї суспільного відношення.¹¹⁷

Характерні риси процедури як суспільного явища полягають у такому:

- процедура складається з послідовно чинених дій суб'єктів, і ці дії становлять собою зміст суспільних відносин. Дана риса становить собою сукупність суспільних відносин, що послідовно складаються й переміняють одне одного;
- певні суспільні відносини, спрямовані на досягнення конкретного соціального результату, що відображаються в певних наслідках, будуть складати процедуру;
- система суспільних відносин, що складають процедуру,

¹¹⁶ Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – С. 12.

¹¹⁷ Серeda О. О. Правова процедура: теоретико-правові засади та практичні виміри : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. О. Серeda ; НАН України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2008. – С. 10.

спрямована на досягнення конкретного соціального результату, який виступає метою процедури;

– процедура ієрархічно побудована. Одна процедурна норма деталізує іншу, одне процедурне відношення забезпечує процес реалізації іншого.¹¹⁸

Правова (юридична) процедура має свої характерні риси.

По-перше, це особлива процедура, що чітко викладена й закріплена в законах і підзаконних нормативних актах.

По-друге, вона становить собою нормативно-встановлений порядок здійснення юридичної діяльності.

По-третє, головною метою правової процедури є реалізація основної, тобто матеріальної юридичної норми, заснованого на ній матеріального правовідношення.¹¹⁹

У той самий час юридичну процедуру здійснення норми права не можна зводити до забезпечення його результативності. Процедурно-процесуальна форма, будучи гарантією ефективної реалізації норм права, ще й забезпечує відповідність дій з їх здійснення тим началам, принципам, яким відповідає зміст реалізованих розпоряджень.

Юридична регламентація діяльності із запровадження норм права в життя є необхідною умовою. Вона виступає фактором, що запобігає перекрученню змісту правових розпоряджень у процесі їх реалізації, перешкоджає обмеженню прав і законних інтересів громадян і організацій, використанню суб'єктами своїх прав і свобод на шкоду правам інших суб'єктів або інтересам суспільства, зловживанню суб'єктивним правом тощо.¹²⁰

Отже, юридична процедура існує не тільки для того, щоб якимсь чином упорядкувати дії з реалізації норм права, але й для того, щоб гарантувати правовий характер самих цих дій, додержуватися їх адекватних засобів досягнення цілей правового

¹¹⁸ Баришпольская Т. Ю. Гражданский процесс и процедура (понятие, служебная роль, проблемы теории и практики) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Т. Ю. Баришпольская. – Томск, 1988. – С. 11-12.

¹¹⁹ Байтин М. И. Теоретические вопросы правовой процедуры / М. И. Байтин, О. В. Яковенко // Журн. рос. права. – 2000. – № 8. – С. 93.

¹²⁰ Панова И. В. Административный процесс в Российской Федерации: понятие, принципы, виды / И. В. Панова // Правоведение. 2000. – № 2. – С. 114-126.

регулювання.

Відповідно, під правовою процедурою слід розуміти – юридичний алгоритм досягнення юридично значущого результату любым суб'єктом права.

Визначення легалізації як правової процедури має за мету не тільки встановлення правової природи цього поняття, але й теоретичного обґрунтування форми й змісту цієї процедури.

Основою для проведення дослідження процедурних властивостей легалізації послужили результати аналізу її принципів, ознак, а також сутності правової процедури як такої.

Легалізація, як соціальне явище, становить собою систему, що орієнтована на одержання певного результату у сфері піднесення певних об'єктів, у стан, що відповідає чинному закону. Досягнення цієї мети відбувається в суворій відповідності здійснюваних дій певній моделі такої процедури.

При встановленні співвідношення між легалізацією й правовою процедурою насамперед було взято до уваги співвідношення ознак зазначених понять. Спираючись на ознаки правової процедури, що їх запропонував В. М. Протасов, можна виявити такі характеристики.¹²¹

Правова процедура спрямована на досягнення певного правового результату.

Легалізаційна діяльність так само спрямована на досягнення конкретного, передбаченого нормою права результату. У залежності від здійснюваного виду легалізації досягається реалізація конкретного правового результату у сферах: узаконення, визнання, підтвердження певних об'єктів.

Правова процедура складається з актів поведінки, що послідовно переміняють один одного.

Легалізаційна діяльність здійснюється за умови чіткого, послідовного проходження цієї діяльності через певний алгоритм. Причому, що характерно для легалізації, дані стадії фактично відповідають стадіям застосування права. При здійсненні своїх повноважень суб'єкт легалізації насамперед

¹²¹ Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – 79 с.

установлює фактичні обставини справи, що вирішується, потім провадить їх юридичну кваліфікацію (встановлюючи юридичну основу процедури), завершальною стадією виступає ухвалення рішення по суті розглянутої справи.

Правова процедура динамічна за своєю природою.

Легалізації властивий свідомо-вольовий характер. Дане правове явище не може виражатися в бездіяльності, це завжди спрямована дія (сукупність дій). Не можна «визнати» або ввести в законний обіг ті чи інші об'єкти за допомогою бездіяльності. Тільки доцільна, «зручна» й відповідна закону дія уповноваженого суб'єкта є запорукою здійснення мети легалізації.

Правова процедура має залежний характер.

Перебуваючи в залежності від головного для неї матеріального регулятивного правовідношення, легалізація не може здійснюватися в рамках інших правовідносин. Тільки позитивна й відповідна закону поведінка учасників правовідносин може бути віднесена до легалізації.

Правова процедура регламентується за допомогою як публічно-правових, так і приватноправових засобів.¹²²

Зміст і порядок здійснення легалізації визначається за допомогою нормативного й індивідуального регулювання. Усі ті явища, що належать до об'єкта легалізації і пов'язані з публічно-правовою сферою (державна влада, засоби, офіційні документи), регламентуються законами або підзаконними актами. У свою чергу, приватноправові об'єкти легалізації (повноваження директора підприємства, корпоративні права певних суб'єктів) регламентуються актами індивідуального регулювання (договір, статут, становище, рішення засновника).

Правова процедура складається за участі суб'єктів права.

Фактично, і це відрізняє її від реалізації права, легалізацію здійснює спеціальний уповноважений суб'єкт в інтересах зацікавленої особи. Крім осіб, у яких є право, намір і можливість

¹²² Манько Д. Г. Легалізаційна діяльність як сукупність правових процедур / Д. Г. Манько // Правова держава. – 2004. – № 7. – С. 190.

її здійснення, для досягнення мети легалізації необхідно ефективне функціонування уповноважених осіб, чия передбачена нормативними регуляторами діяльність дозволяє зацікавленим особам досягти бажаних і не суперечних закону результатів. Отже, доцільно припустити, що легалізація, як і правова процедура, складається за участі вповноважених суб'єктів права.

Вбачається доцільним припущення, що критеріям категорії процесуальної форми має відповідати не лише юридичний процес, а в тому числі й правові процедури. Відповідно однією з необхідних умов при визначенні легалізації як правової процедури є дослідження співвідношення легалізації і процесуальної форми.

Це обгрунтовано тим, що процесуальна форма виконує функцію наукового узагальнення, яка поєднує сукупність однорідних процедурних вимог до дій учасників процесу, спрямованих на досягнення певного результату.¹²³

Вихідним, визначальним елементом у складі процесуальної форми є процесуальні провадження.

Під процесуальними провадженнями заведено розуміти головний елемент процедурно-правового механізму (тут використовується термін В.М. Горшенева), що становить собою системне утворення, комплекс взаємозалежних і взаємообумовлених процесуальних дій, що:

а) утворюють певну сукупність процесуальних правовідносин, які відрізняються предметною характеристикою й пов'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами;

б) викликають потреби встановлення, доведення, а також обгрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи;

в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих результатів у відповідних актах-документах.

Розглядаючи легалізацію крізь спектр наведених положень,

¹²³ Горшенев В. М. Юридическая процессуальная форма. Теория и практика / В. М. Горшенев, П. Е. Недбайло. – М., 1976. – 370 с.

уявляється можливим знайти наявність сукупності певних процедур, а саме: узаконення коштів; визнання державної влади; підтвердження дійсності, законності документів, печаток, штампів, повноважень осіб, котрі підписали документ; дозвіл на зайняття певним видом діяльності.

По своїй суті зазначені процедури відповідають вимогам і формі процесуальних проваджень, а саме вони:

а) формують специфічну сукупність правовідносин, що відрізняються предметною характеристикою й пов'язаністю з відповідними матеріальними правовідносинами (наприклад, відносини, пов'язані з державною реєстрацією суб'єктів підприємницької діяльності, – сукупність процесуальних дій (установлення фактичних обставин справи; установлення юридичних обставин справи; винесення рішення), що здійснює опосередкований суб'єкт легалізації (державний орган); і всі ці дії пов'язані з реалізацією зацікавленою особою її права (матеріального) на здійснення підприємницької діяльності);

б) викликають потреби встановлення доведення, а також обґрунтування всіх обставин і фактичних даних розглянутої юридичної справи (наприклад, дії, що здійснює суб'єкт легалізації на стадії встановлення фактичних обставин справи, полягають у зборі й аналізі доказів, необхідних для подальшого провадження у справі);

в) обумовлюють необхідність закріплення, офіційного оформлення отриманих результатів у відповідних актах-документах (наприклад, рішення, що виносить суб'єкт легалізації (у разі з прикладом про державну реєстрацію СПД), – свідоцтво про державну реєстрацію суб'єкта підприємницької діяльності).

Наступним елементом процесуальної форми є процесуальна стадія, яку слід розуміти як динамічну, відносно замкнуту сукупність закріплених чинним законодавством способів, методів, форм, що відображають або визначають суворе й неухильне здійснення процедурно-процесуальних вимог, які відбивають просторово-часові аспекти процесуальної діяльності й забезпечують логіко-функціональну послідовність здійснення

конкретних дій, спрямованих на досягнення кінцевого, матеріально обумовленого правового процесуального результату.¹²⁴

Розглядаючи легалізаційну діяльність, можливо дійти висновку, що остання логічно послідовно розвивається до певного результату крізь певний взаємозв'язок установлених стадій (операцій), а саме:

- а) установлення фактичної основи справи;
- б) установлення юридичної основи справи;
- в) ухвалення рішення у справі.

Легалізація має тотожні взаємозалежні стадії.

Заключним елементом процесуальної форми виступає категорія процесуального режиму.

За своїм змістом процесуальний режим складається з таких компонентів: принципи юридичного процесу, засоби й способи реалізації принципів юридичного процесу, процесуальні гарантії. Необхідно відзначити, що категорія процесуального режиму становить собою деяку «атмосферу», ступінь напруженості юридичних процесів.

У свою чергу, легалізаційна діяльність здійснюється на таких процедурно-процесуальних принципах, як: здійснення діяльності провадить уповноважений суб'єкт легалізації; легалізаційна діяльність здійснюється відповідно до принципів всебічності, повноти й об'єктивності, рівності, принципу простоти й економичності, гласності; безперервність легалізаційної діяльності; охорона та реалізація інтересів держави й індивіда; поєднання суспільних і соціальних, публічно-правових і приватноправових сфер у легалізаційній діяльності; реалізація законних інтересів учасників легалізації; регламентованість процедури легалізації; поєднання міжнародних і внутрішньодержавних інтересів; поєднання публічно-правової і приватноправової сфер діяльності.

Способи здійснення процедурно-процесуальних принципів

¹²⁴ Чечина Н. А. Гражданская процессуальная форма, процессуальные нормы и производства / Н. А. Чечина, Д. М. Чечот // Юридическая процессуальная форма: Теория и практика. – М., 1976. – 376 с.

легалізації передбачають обов'язкове й систематичне опублікування результатів легалізаційної діяльності; вільне, публічне й особисте ознайомлення як з результатами, так і із самою процедурою легалізації; обнародування; оповіщення; повідомлення; ознайомлення. Засобами здійснення принципів легалізації є друкування (видання), збори, наради трудових колективів і т.д.

До процесуальних гарантій здійснення легалізації належать:

- процедурно-процесуальна регламентація порядку легалізаційної діяльності;
- установлення юридичної відповідальності за неналежне здійснення легалізаційної діяльності;
- здійснення контрольних функцій спеціально уповноваженими суб'єктами;
- чітко встановлений статус учасників легалізаційної діяльності;
- матеріально-технічна забезпеченість усіх правових форм діяльності учасників легалізаційної діяльності.

Легалізаційний алгоритм, його принципи, способи й засоби здійснення, а також гарантії їх реалізації по своїй суті відповідають духу процесуальної форми й процедурно-правового механізму.

З огляду на виконаний аналіз співвідношення легалізації з такими категоріями, як процесуальна форма, правова процедура, можна зробити висновок про те, що легалізація є правовою процедурою.

Якщо визнати, що легалізація є правовою процедурою, то доцільно зробити її відокремлення від сукупності інших правових процедур. Для того щоб відокремити легалізаційну процедуру від сукупності інших правових процедур, визначити її місце в системі правових інститутів і сферу дії в тому числі, варто використовувати такі філософські категорії, як форма і зміст.

Так, форма легалізації виявляється в рамках процедурно-процесуального механізму дії права, що має нормативно визначений характер, має якість системності: складається з

взаємопогоджуваних, упорядкованих інститутів, стадій.

Зміст досліджуваного поняття становить собою сукупність цілей, завдань, предмета й методу правового регулювання, реалізація яких відбувається в межах конкретної правової процедури пов'язаною із піднесенням певних об'єктів у стан, що відповідає чинному закону.

Отже, за структурою й зовнішніми характеристиками, тобто за формою відображення, можливо визначити, що легалізаційна процедура виступає як частина процедурно-процесуального механізму, а стосовно реалізації правових розпоряджень і свого змісту проводиться в рамках правотворчої та правозастосовної діяльності, та дозволяє зацікавленим особам здійснювати свої потреби й інтереси у сфері визнання й узаконення певних об'єктів возведення певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству.

Принципово важлива для розуміння легалізаційної процедури категорія основного відношення. Останнє становить собою правовідношення, заради якого процедура виникає й реалізації якого служить. Основне правовідношення визначає природу юридичної процедури та її різновиду.¹²⁵

За ознакою основного відношення процедуру в правовій системі можна розділити на матеріальну, процесуальну й правотворчу. Перші два різновиди належать до процедур, за допомогою яких право втілюється у життя, з правотворчої процедури складається цікава, якоюсь мірою навіть парадоксальна ситуація. З одного боку, правотворчість – це така сама регульована правом сфера діяльності, як і будь-яка інша. У ній можна знайти всі атрибути й компоненти правового регулювання: юридичні норми, що регламентують правотворчість, процедури та ін. Таким чином, якщо враховувати призначення правотворчого блоку в правовій системі, змістовну сторону даної правової сфери, то цілком очевидно, що правотворчість перебуває поза сферою правореалізації. Тим

¹²⁵ Серeda O. O. Правова процедура: теоретико-правові засади та практичні виміри : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / O. O. Серeda ; НАН України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2008. – 20 с.

часом якщо абстрагуватися від змістовної сторони правотворчої процедури й мати на увазі суцільно процедурні механізми, то низка закономірностей, властивих правореалізуючим процедурам, має значення й для правотворчості. І в цьому розумінні підхід до аналізу правотворчості, який запропонував Б. В. Дрейшев, має під собою основу, бо автор правий у тім, що «утворення правових норм нерозривно пов'язано з правореалізацією в рамках правотворчих відносин».¹²⁶

Реалізуючи правові норми, процедура працює з основним правовідношенням у різних аспектах. Її роль потрібно оцінювати з урахуванням того, що зародження, життя й припинення існування правовідношення пов'язані з дією різних елементів правової норми й процедура може бути формою опосередкування кожного з них і відповідно – будь-якого етапу в розвитку правовідношення.¹²⁷

Як зазначає В. М. Протасов, матеріальна процедура стосовно свого основного (регулятивного) відношення може бути засобом: а) формування юридико-фактичної основи його виникнення; б) встановлення існування відношення; в) його безпосередньої реалізації, г) припинення відношення. Процесуальна ж процедура (процес) має дві цілі: а) виявлення (встановлення існування) охоронних правовідносин; б) його безпосередню реалізацію.¹²⁸

По своїй суті легалізаційна процедура втілюється у життя як у матеріальних, так і правотворчих процедурах.

Більш того, легалізація є процедурою позитивного застосування права, бо в ній є суб'єкт, зацікавлена особа, об'єкт і специфічна діяльність уповноваженого суб'єкта, виражена у визнанні, чи дозволі, чи узаконенні певних об'єктів.

Істотною ознакою процедури легалізації є наявність попередньо встановленої моделі (програми), відповідно до якої

¹²⁶ Дрейшев Б. В. Правотворчество и правовое регулирование / Б. В. Дрейшев // Правоведение. – 1985. – № 1. – С. 36.

¹²⁷ Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсисянца. – М. : Норма-Инфра, 1999. – 832 с.

¹²⁸ Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – 79 с.

вона втілюється в життя, у реальну поведінку суб'єктів. У загальному плані ця модель становить собою певний порядок, послідовність у здійсненні дій, операцій, тобто свого роду алгоритм, реалізація якого повинна привести до бажаного результату. Від того, як побудована модель процедури, що вона собою становить, залежить і досягнення наміченого результату.

Моделі юридичних процедур можуть бути як нормативними (які містяться в процедурних нормах), так і індивідуальними (встановлене правореалізаційним договором або іншим індивідуальним юридичним актом), тому знання правил побудови юридичної процедури, теоретичних основ утворення її моделей необхідно й у процесі правотворчої діяльності, і в процесі правореалізації¹²⁹.

Нормативну модель процедури не можна зводити ні до окремої процедурної норми, ані до будь-якої групи процедурних норм. Неможливо її ототожнити і з тією чи іншою фактичною процедурою. Нормативна модель процедури є нормативний еталон, опис ідеальної процедури, тобто опис того, якою має бути фактична процедура. Нормативна модель має інформаційну природу й становить собою зміст цілісної сукупності процедурних норм.

Легалізація здійснюється як у нормативних так і індивідуальних процедурах, бо саме в них формулюється належна послідовність дій, доцільне виконання яких приводить до юридично значущих наслідків, до піднесення у відповідність до об'єктивних законів певних об'єктів.

Якщо розглядати механізм втілення в життя легалізаційної процедури, можна встановити, що її здійснення потребує використання потенціалу особливих, наділених певними повноваженнями суб'єктів. Більш того, ця діяльність проходить крізь певні стадії і завершується прийняттям рішення в конкретній юридичній справі. Відповідно, при встановленні природи легалізаційної процедури, необхідним є аналіз

¹²⁹ Протасов В. Н. Что и как регулирует право : учеб. пособие / В. Н. Протасов. – М. : Юрист, 1995. – 96 с.

правозастосовних правових процедур.

За ознакою зв'язку з правозастосуванням матеріальні процедури поділяються на дві групи:

1) процедури позитивного застосування права (наприклад, порядок реалізації цивільного права на зайняття підприємницькою діяльністю);

2) процедури, не пов'язані з правозастосуванням і дії яких виявляються у сфері приватного права (порядок укладання угод, розірвання шлюбу, виконання зобов'язань і т.д.).

В основі юридичних процедур позитивного застосування (до яких, доречі, відноситься домінуюча кількість легалізаційних процедур) права найбільш поширені такі, що пов'язані з публічною владою, носієм якої є держава. Наприклад, можливість зайняття підприємницькою діяльністю багато в чому пов'язана із санкціонуванням її відповідними державними органами.

У другому випадку, маються на увазі такі юридичні процедури, що не пов'язані з правозастосуванням і виявляються у сфері дії приватного права. Наприклад, приватним правом регулюються відносини приватної власності, зобов'язальні відносини, відносини, що випливають із договорів, спадкоємні відносини та ін. і, відповідно, такі юридичні процедури, що регламентують порядок захисту права власності, укладання угод, розірвання шлюбу, виконання зобов'язань, прийняття спадщини та ін.

Відповідно легалізація відноситься до процедур позитивного застосування права.

В основу класифікації певних правових явищ може бути покладена ознака поділу галузі права на окремі частини.

Відомо, що структурними елементами системи галузі права є: норма права, інститут права, субінститут, підгалузь. Отже, можливо виділення юридичних процедур на рівні відповідних структурних елементів правових галузей.¹³⁰

У залежності від належності до галузі права юридичні

¹³⁰ Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М. : Юрид. лит., 1991. – 79 с

процедури підрозділяються на: галузеві (у чистому вигляді); міжгалузеві.

До міжгалузевих юридичних процедур, закріплених у тому числі цивільним законодавством, варто відносити й процедуру легалізації.

При здійсненні легалізації використовується як цивільне законодавство, так і нормативні акти іншої галузевої належності. Наприклад, питання, пов'язані з визнанням дійсності документів, печаток, штампів, що є на них, регламентовані конституційною й адміністративною галузями права. У даному разі матеріальне цивільне право переплетено з процедурним виконавчим провадженням особливими міжгалузевими зв'язками. При цьому виконавче провадження є засобом примусової реалізації цивільно-правових норм.

Власне легалізація подана в галузях цивільного, кримінального, адміністративного й конституційного права. Фактично виділяються такі традиційні види легалізації: а) державна реєстрація та надання дозволу на зайняття певною діяльністю; б) узаконення коштів; в) надання юридичної сили документам, визнання дійсності печаток, штампів і підписів, якими скріплені документи; г) визнання державної влади.

За характером встановлення можливо виділення: юридичних процедур, що закріплюються нормативно, тобто в законодавстві; юридичних процедур, установлених у рамках індивідуально-правового регулювання самими учасниками цивільних відносин; юридичних процедур проміжного регулювання.¹³¹

Різниця в даному разі полягає в тім, що юридичні процедури, з одного боку, представляють відносини й інститути, що носять переважно приватноправовий характер, а з іншого – юридичні процедури відображають відносини, що мають форму державного володарювання. Однак між цими крайніми точками розташовується низка положень і інститутів проміжного

¹³¹ Яковенко О. В. Правовая процедура : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Яковенко. – Саратов, 1999. – С. 43-44.

характеру, в яких держава чи виступає в цивільному обороті поряд із громадянами й організаціями, входячи у сферу цивільно-правового нормування, чи ж, навпаки, приватно-договірні відносини переходять під вплив норм публічного регулювання. Прикладами тому можуть служити юридичні процедури державного регулювання підприємницької діяльності.

Відповідно до цієї класифікації, легалізаційна процедура належить до юридичних процедур, що закріплюються нормативно в конкретних правових актах.

У залежності від поставлених цілей юридичні процедури можуть бути поділені на: юридичні процедури, які застосовуються для організації нормального існування суб'єктивного права; юридичні процедури, які встановлюються й застосовуються для захисту суб'єктивних прав (претензійні процедури та ін.).¹³²

За своєю метою легалізаційна процедура належить до правових процедур, які застосовуються для піднесення у відповідність до чинного закону певних об'єктів. Відповідно її слід відносити до юридичних процедур організації нормального існування суб'єктивного права.

В основу класифікації юридичних процедур може бути покладений стадійний принцип: юридичні процедури, застосовувані на стадії виникнення правовідносин; юридичні процедури, установлені на стадії активної реалізації змісту (існування) правовідносин; юридичні процедури, застосовувані на стадії припинення правовідносин.

Розглядаючи легалізацію, можливо стверджувати, що легалізаційні процедури застосовуються на кожній із наведених стадій. З огляду на специфічний характер установлення і здійснення, легалізаційна процедура виявляється як у приватноправовій (наприклад, окреми види діяльності директора приватного підприємства), так і в публічно-правовій сферах (державна реєстрація юридичних осіб).

Дослідження принципів, ознак і форми легалізації

¹³² Гражданский процесс / под ред. М. С. Шакарян. – М., 1996. – 370 с.

розкриває сутність і специфічні особливості цього явища правової реальності. Відповідно стає можливим зробити такі висновки: легалізація є правовою процедурою.

Таким чином, цілком закономірно в запропонованій інтерпретації визнати легалізаційну процедуру як деяку систему. Це обґрунтовується тим фактом, що їй відповідає вичерпна (повна) сукупність системних параметрів: субстрат (суб'єкти й об'єкти), властивості й відносини (у т.ч. і відносини проходження юридичних дій), функціональна спрямованість. Відповідно реалізуються дві найважливіші системні вимоги до правової процедури: повнота (необхідних елементів і властивостей процедури) і несуперечність (їх відносин).

Легалізація, будучи правовою процедурою, є певним алгоритмом який визначає склад і послідовність юридичних дій результатом яких є возведення певних об'єктів у стан що відповідає чинному законодавству, та пов'язана із задоволенням окремих потреб суспільства й держави.

З огляду на зростаючу роль процедурно-процесуальних норм, що визначають технологію реалізації юридичних розпоряджень, необхідно подальше поглиблене вивчення процедури легалізації.

2.2. Процедурно-процесуальний механізм права як сфера здійснення легалізації

На сьогоднішній момент, в юридичній науці, найбільш часто вживаним варіантом характеристики співвідношення матеріальних і процесуальних норм є домінуюче положення перших і залежне становище других. Певною мірою подібне твердження бачиться спірним. Виділення матеріальних норм права, «піднесення» правила (в сенсі фіксації суб'єктивних прав, дефініцій, правового становища, прав і обов'язків) над порядком (у сенсі послідовності дій)», применшує значення процесуальних норм. Більше того, саме формулювання «процесуальна норма», об'єктивно не відображає тієї сукупності правових приписів, що

містять в собі «певний порядок», послідовність здійснення дій, які призводять до очікуваного і юридично значимого результату.

У чому соціальна природа і призначення права? Вірно вже, не тільки і не стільки у встановленні обов'язків, визначень, прав, скільки в закріпленні «порядку» регулювання виникаючих суспільних відносин. І якщо так, то, хіба тільки лише у формі процесу втілюється в життя даний порядок? Відповідь очевидна. Ні. Адже поряд з процесом, існує і така форма як процедура. Більш того, якщо проаналізувати систему права окремої держави, то процедури використовуються значно частіше, ніж процес. Процедури є у всіх, без винятку, галузях права, в тому числі і процесуальних. У цьому зв'язку, можливо, було б більш вірним говорити про поділ норм права на: матеріальні і процедурно-процесуальні.

У цьому зв'язку А. Ф. Крижановський відзначає, що «однією з проблем загальнотеоретичної юриспруденції є співвідношення норм матеріального і процесуального права. Серед правознавців вельми поширеною є позиція, згідно з якою процес спрямований на реалізацію норм матеріального права і, отже, вторинний стосовно матеріального права, похідний від нього, є формою його життя (В. М. Корельський , В. І. Леушин , В. Д. Перевалов), іноді це інтерпретується як традиція в нашому правовому розвитку.

Подібне сприйняття процесу не збігається з його статусом ні стосовно до континентальної правової сім'ї, ні, тим більше, сім'ї загального права. Витоки балансу матеріального та процесуального права в континентальній правовій традиції слід шукати у вченні природного права, затвердження ним ідей, відповідно до яких один і той же дух повинен пронизувати судовий процес і закони, бо процес і є форма буття закону, прояв його внутрішнього життя».¹³³

¹³³ Крижановский А. Ф. Юридический процесс и процедура // Общетеоретическая юриспруденция: учебный курс: учебник / под. ред. Ю. Н. Оборотова . – О. : Феникс, 2011. – 436 с. (С.208)

На думку Аракчеева В. С. , «матеріальні норми ... визначають правове становище суб'єктів, зміст їх прав і обов'язків, інакше кажучи, відповідають, як правило, на питання що має на увазі право, і що зобов'язаний робити суб'єкт, що йому дозволено, а що, заборонено. Процедурно-правовими нормами також визначаються права і обов'язки, але спосіб впливу на поведінку суб'єктів тут інший: в них вказується на порядок, послідовність здійснення прав і обов'язків. Тому зі змісту процедурно-правових норм випливають відповіді на питання «як», «яким чином» суб'єкт має право або зобов'язаний реалізувати нормативне встановлення».¹³⁴

Відповідно, матеріальні і «процедурно-процесуальні» норми слід розглядати як рівнозначні складові права в об'єктивному сенсі. Право, у відсутності процедурно-процесуального порядку – мертво. Регламентація – статичний вплив права (закріплення в нормі права статусу, прав, обов'язків і т.ін.) на суспільні відносини, не є тією метою, заради якої суспільство має потребу в праві.

Право, стає універсальним і позаконкурентним соціальним регулятором тільки тоді, коли отримує формальне вираження, має стійкий зв'язок з державою, відповідає ідеям свободи, справедливості, формальної рівності, формується з матеріальних і процедурно-процесуальних норм.

Таким чином, під процедурно-процесуальними нормами слід розуміти – сукупність правових приписів які встановлюють порядок і послідовність здійснення юридичної діяльності та/або юридично значимих дій різними суб'єктами права, що спрямовані на досягнення юридично значущого результату.

Виділивши і позначивши місце і роль процедурно-процесуальних норм, бачиться необхідним визначити, що слід розуміти під процесом і процедурою у праві, а також, як співвідносяться між собою зазначені категорії.

¹³⁴ Аракчеев В.С. Процедурно-правовые нормы: понятие и значение в регулировании трудовых отношений: Дис ... канд. юрид. наук / Том. гос. ун-т. Томск, 1981. С. 38-40

Процес і процедура властиві не тільки праву, хоча право поза процесом і процедурами – немислимо. Соціальним регулятором норма стає тільки тоді, коли містить в собі чітку послідовність, порядок досягнення бажаного або необхідного соціально-значущого результату.

Так, аналізуючи енциклопедичні джерела, можна позначити, що процедура це: 1) а) офіційно встановлена послідовність дій для здійснення або виконання чого-небудь, б) ряд дій при виконанні чого-небудь; протікання, хід чого-небудь , 2) лікувальний захід, зазвичай запропонований лікарем. У свою чергу процес це: 1) а) протікання, хід якогось явища, б) сукупність послідовних дій, спрямованих на досягнення певного результату, 2) активний розвиток хвороби, 3) а) порядок розгляду судових і адміністративних справ, б) юридична справа.

О. О. Серeda вважає, що «правова процедура, як соціальне явище, являє собою систему, яка: орієнтована на досягнення конкретного соціального результату; складається з актів поведінки або ступенів діяльності, які послідовно змінюють один одного; створює модель розвитку, руху будь-якого явища, які закріплюється на нормативному рівні; ієрархічно побудована; знаходиться в динаміці, розвитку; виступає як засіб реалізації головного для неї суспільного відношення.¹³⁵

Дещо інший позиції дотримується Є. І. Бутенко, який вважає, що «правова (юридична) процедура являє собою послідовність дій, по-перше, врегульованих нормами права і, по-друге, спрямованих на досягнення певного правового результату. Залежно від виду правових норм, що регулюють ті чи інші відношення, можна говорити про регулятивну й охоронну юридичну процедуру».¹³⁶

¹³⁵ Серeda О. О. Правовая процедура: теоретико-правовые основы и практические измерения: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О. О. Серeda НАН Украины; Ин-т государства и права им. В. М. Корецкого. - М., 2008. - 20 с.

¹³⁶ Бутенко Е. И. О соотношении понятий «процедура» и «процесс» на современном этапе развития юридической науки // Право третьего тысячелетия. Материалы I Международной заочной научно-практич. конф. студентов и аспирантов (17 апр. 2009 г., г. Ставрополь), Вып. I. Ставрополь, 2009. С. 57-61.

Регулятивна процедура є службовою по відношенню до регулятивних правових норм, «які безпосередньо спрямовані на регулювання суспільних відносин шляхом надання учасникам прав і покладання на них обов'язків».¹³⁷

Така процедура отримала в літературі найменування позитивної, тобто розрахованої на нормальний ординарний розвиток громадських зв'язків, коли права та інтереси суб'єктів права не порушуються і не оскаржуються, але існує необхідність їх здійснення в певній послідовності.¹³⁸

Охоронна процедура служить меті реалізації охоронних норм, спрямованих на захист прав суб'єктів у разі їх порушення або оспорювання, і припускає застосування заходів юридичної відповідальності до правопорушника. Такий вид процедури отримав найменування юридичного процесу (юрисдикційної діяльності).¹³⁹

У В. М. Протасова, правова процедура, як суспільне явище: «являє собою систему, орієнтовану на досягнення конкретного громадського результату; включає в себе такі, що послідовно змінюють один одного поведінкові акти; в якості діяльності внутрішньо структурована доцільними соціальними відносинами; наділена (попередньо встановленою на нормативному або індивідуальному юридичному рівнях) моделлю розвитку; має ієрархічну побудову; постійно перебуває в динаміці; є засобом реалізації «основного» («головного») для неї суспільного відношення».¹⁴⁰

Згідно позиції, запропонованої і сформульованої В. М. Протасовим, процес і процедура розглядаються як нетотожні, різні за обсягом поняття, але які знаходяться у певних взаємовідносинах, та тісно взаємопов'язані між собою, причому процедура, на думку вченого, ширше, ніж процес .

¹³⁷ Алексеев С.С. Общая теория права. В двух томах. Т. II – М.: Юрид. лит. 1982. – 360 с.

¹³⁸ Аракчеев В.С. Процедурно-правовые нормы: понятие и значение в регулировании трудовых отношений: Дис ... канд. юрид. наук / Том. гос. ун-т. Томск, 1981. С. 12.

¹³⁹ Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. - 2-е изд., перераб. / Лукьянова Е. Г. - М.: Норма, 2004. - 240 с. С. 68-69, 78-79.

¹⁴⁰ Протасов В. Н. Юридическая процедура / В. Н. Протасов. – М. :Юрид. лит., 1991. – 79 с.

У цьому зв'язку С. С. Алексєєв запропонував прийняти в якості родового, найбільш широкого загальнотеоретичного поняття юридичну процедуру з подальшим чітким розмежуванням її видових відгалужень: процесуальних форм, процедурно-процесуальних форм правотворчості, процедурних проваджень, позитивної індивідуально-регулятивної адміністративної діяльності.¹⁴¹

В межах цього дослідження ми приєднуємося до позиції висловленої В. М. Протасовим про співвідношення процесу і процедури і в подальшій частині дослідження будуть викладені аспекти таких взаємовідносин. Однак дискусійним залишається питання про використання термінів «юридична» або «правова» процедура. У сучасній загальнотеоретичній юриспруденції з цього приводу визначеності немає. Найбільш домінуючим підходом є ототожнення понять юридична та правова процедура, тож такої думки будемо дотримуватися і ми.

Наступною категорією, що підлягає розгляду, є юридичний процес .

На думку Є. Г. Лук'янової, в юридичній науці існує кілька підходів до поняття «юридичний процес». Юридичний процес – це: 1) юрисдикційна і інша охоронна діяльність органів правосуддя, спрямована на вирішення спорів про право і здійснення правового примусу в рамках правосуддя і у зв'язку з ним; 2) юрисдикційна і інша охоронна діяльність уповноважених органів держави та її суб'єктів; 3) правотворча і правозастосовна діяльність компетентних органів («організаційні суспільні відносини, що складаються в процесі правотворчості та правозастосування»), 4) процес реалізації матеріально правових норм безвідносно до форм такої реалізації; 5) будь-яка діяльність державних органів (правотворча, правозастосовна, контрольна, установча, розпорядча).¹⁴²

¹⁴¹ Алексєєв С. С. Восхождение к праву: Поиски и решения. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Норма, 2002. — 608 с.

¹⁴² Лук'янова Е. Г. Теория процессуального права. - 2-е изд., перераб. / Лук'янова Е. Г. - М.: Норма, 2004. - 240 с. С. 41—42.

Аналізуючи наведені Є. Г. Лук'яною підходи, можна зробити висновок, що для встановлення сутності юридичного процесу, необхідно враховувати природу юрисдикції.

У юридичній енциклопедії юрисдикція визначена як 1) компетенція судових органів з розгляду цивільних, кримінальних та інших справ; коло справ, які даний суд має право розглядати і вирішувати; 2) коло питань, які відносяться до ведення держави або державної установи.¹⁴³

При цьому перше значення цього поняття є вузьким, друге – широким. На думку В. Баландіна і А. А. Павлушина, юрисдикція в широкому розумінні – це поняття, що охоплює коло всяких, будь-яких повноважень будь-якого органу, а не тільки суду; в вузькому – коло повноважень суду або адміністративного органу з вирішення будь-якого правового спору.¹⁴⁴

В. Колпаков розуміє під юрисдикцією компетентність відповідних органів, посадових осіб розглядати юридично значимі справи і приймати по них юридично обов'язкові рішення, тобто вирішувати такі справи.¹⁴⁵

Думається, що в даному випадку юрисдикція трактується в широкому значенні і ототожнюється з предметами діяльності.

У найширшому значенні юрисдикція розглядається як здійснення державою владних повноважень і, виходячи з цього, виділяється законодавча, адміністративна (виконавча) і судова юрисдикція. Юрисдикція у вузькому сенсі традиційно розуміється як повноваження державних органів (у першу чергу – суду) з розгляду правових спорів (конфліктів) та справ про правопорушення.¹⁴⁶

Однак таке визначення юрисдикції потребує певних уточнень суб'єктного і сутнісного характеру. Навіть судова діяльність, яка традиційно розглядається як юрисдикційна, не завжди спрямована на вирішення спорів. Так, наприклад, такі

¹⁴³ Популярна юридична енциклопедія. – К: Юрінком Інтер, 2003 – 525 с.

¹⁴⁴ Баландин В. Н. Павлушина А. А. О видах юридического процесса // Правоведение - 2002 - №4 - с.26

¹⁴⁵ Колпаков В. Адміністративна юрисдикція: парадигма поняття //Юридична Україна – 2003 - №7 – с.32

¹⁴⁶ Юридическая энциклопедия. – М: Юристь, 2001 – С. 1224

справи окремого провадження, як усиновлення дітей, не мають спірного характеру.

Таким чином, при визначенні поняття юрисдикція навіть у вузькому сенсі не можна робити основну прив'язку до суду як суб'єкту розгляду справи. Розгляд справ про адміністративні правопорушення входить у повноваження багатьох органів, посадових осіб, передбачених у Кодексі України про адміністративні правопорушення. Крім того, розглядати правові спори і приймати по них рішення можуть не тільки органи держави, а й органи і посадові особи місцевого самоврядування (наприклад, при розгляді скарг, деяких справ з адміністративних правопорушень), а також роботодавці: власники або уповноважені ними особи підприємств, установ, організацій усіх форм власності, фізичні особи (наприклад, при розгляді справ про дисциплінарні правопорушення фізичною особою підприємцем).

Отже, кваліфікуючою ознакою юрисдикції повинен бути не тільки статус суб'єкта, а й насамперед, характер справи. У цьому зв'язку, розглядаючи природу юридичного процесу, необхідно враховувати, що це не просто діяльність, а діяльність наділених особливими повноваженнями суб'єктів права які розглядають певну юридичну справу.

На думку О. Ф. Скакун, «юридичний процес (від лат. *processus* - рух вперед) – це врегульований процесуальними нормами порядок діяльності компетентних державних органів, що виражається в системі їх процесуальних дій з підготовки, прийняття та документування юридичних рішень загального та індивідуального характеру. При цьому згідно процедурно-процесуальних норм застосовуються норми матеріального права, фіксується рішення індивідуально-конкретних справ та їх розгляду в правових документах. У рамках юридичного процесу існують юридичні процедури, при цьому юридичний процес і юридична процедура співвідносяться як загальне і часткове.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Скакун О.Ф. С42 Теорія права і держави: Підручник. – 2-ге видання. – К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. – 520с. (481)

Запропоноване О. Ф. Скакун визначення, в деякій мірі розвиває висловлену в юридичній науці думку про поглинання юридичним процесом процедури. Так, В. М. Горшенев , Ю. І. Мельников , П. Є. Недбайло і деякі інші автори висловлювали точку зору про тотожність понять «процес» і «процедура». Використовуючи близькість значень цих слів з етимологічних позицій і звертаючи увагу на те, що і процес і процедура припускають певну послідовність врегульованих правовими нормами дій, вони прийшли до висновку про те, що будь-які форми впорядкованості, закріпленої правом послідовності здійснюваних дій можна іменувати процесуальними. «Традиційні процесуалісти повинні проявити певну великодушність, свого роду щедрість і допустити тим самим можливість широкого розуміння юридичного процесу».¹⁴⁸

Процес, в загальносоціальному значенні, має два визначення: «По-перше, процес – це послідовна зміна фаз розвитку предметів і явищ, що відбувається закономірним шляхом. По-друге, процес – це сукупність ряду послідовних дій, спрямованих на досягнення певного результату».¹⁴⁹

У цьому зв'язку необхідно звернути увагу на деякі позиції що мають місце в сучасній юриспруденції, представники яких розрізняють правовий та юридичний процес.

На думку О. В. Яковенко: «правові процеси – це тільки різновид процесів, що існують в суспільстві. Саме право – як субстанція що розвивається, і його розвиток теж процес. Кожна галузь права як складова частина цієї субстанції є, в свою чергу, складною системою що розвивається, якій властиві власні процеси».¹⁵⁰

¹⁴⁸ См. Юридическая процессуальная форма: теория и практика / Под ред. П.Е. Недбайло, В.М. Горшенева. М., 1976; Теория юридического процесса / Под ред. В.М. Горшенева. Харьков, 1985; Горшенев В.М. О разновидностях юридического процесса // Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве / Ярослав. гос. ун-т. 1989. Вып. 1. С. 3-10.; Горшенев В. М. Теория юридического процесса... С. 9.

¹⁴⁹ Сучасний тлумачний словник української мови: 65000 слів / уклад. Н. Д. Кусайкіна, Ю. С. Цибульник : за аг. ред. проф.. В. В. Дубчінського. – Х. : ШКОЛА, 2006. – 1008 с. С. 738

¹⁵⁰ Яковенко О.В. Правовая процедура: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. -Саратов, 1999. – 247 с. (С. 10-23.)

У свою чергу М. Ю. Осипов, обґрунтовує наступні аспекти співвідношення правового та юридичного процесів: «по-перше, на відміну від правового процесу, юридичний процес завжди регламентований нормами права. Правовий процес може бути не завжди регламентований нормами права. Наприклад, процес правового регулювання або правотворення є правовим процесом, так як він складається з ряду стадій і веде до досягнення певного юридично значущого результату, вираженого у вигляді ступеня урегульованості суспільних відносин, що входять у предмет правового регулювання нормами права. Однак саму цю ступінь урегульованості не можна прямо прописати в нормах права, оскільки в іншому випадку це б означало, що процес правового регулювання сам потребує правового регулювання, і тим самим визначення поняття правового регулювання пішло б у нескінченність.

По-друге, юридичний процес, на відміну від правового, являє собою систему послідовно здійснюваних процесуальних дій, які прямо передбачені нормами процесуального права, тоді як змістом правового процесу можуть виступати не тільки процесуальні, а й інші дії непроцесуального характеру, наприклад дії з перевірки стану системи законодавства та правового регулювання, дії з підготовки та обговорення тексту законопроекту до внесення його в правотворчий орган, і т. ін.

По-третє, результат юридичного процесу завжди передбачуваний і закріплений у нормах процесуального права, чого не можна сказати про правовий процес.

По-четверте, в ході юридичного процесу завжди виникають процесуально-правові відносини, в рамках яких і здійснюється юридичний процес, тоді як в ході правового процесу можуть виникати найрізноманітніші суспільні відносини: не тільки процесуального характеру, а й матеріально-правового характеру, а також суспільні відносини, що не входять у предмет правового регулювання.¹⁵¹

¹⁵¹ Осипов М. Ю. Понятие правовых процессов и их соотношение с юридическим процессом [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nauka-pravo.com/>

Таким чином, можна зробити висновок, що юридичний процес є одним з різновидів правового процесу, і вони співвідносяться між собою як частина і ціле.

У свою чергу, О. І. Миколенко, вказує на необхідність розрізняти три поняття процесу: «процес в загальносоціальному значенні, правовий процес, юридичний процес. На думку вченого, правовий процес це – по-перше, послідовна зміна фаз розвитку предметів і явищ, що відбувається в порядку, передбаченому нормами права, по-друге, сукупність ряду послідовних дій, спрямованих на досягнення певного правового результату».¹⁵²

Чи включає категорія «правовий процес» правові процедури? Прямої відповіді на це запитання, в роботі О. І. Миколенко «Використання дефініції «юридичний процес» у юридичній науці та законодавстві України» не має. Виходячи з викладеного матеріалу, можна припустити, що автор дотримується наукової позиції, згідно з якою, правові (юридичні) процедури є частиною правового процесу.

Поряд з цим, однозначного визначення поняття юридичний процес О. І. Миколенко теж не призводить, автор лише описує «універсальні» характеристики юридичного процесу, серед яких: а) це діяльність, яка в повному обсязі (або переважно) регулюється процесуальними нормами, б) це діяльність, пов'язана з вирішенням юридичних справ; в) це діяльність цільова, свідомо і спрямована на досягнення певного юридичного результату.

Однак, проаналізувавши запропоновані характеристики, ми не зможемо виявити (у чистому вигляді) норми які містять в собі процедури. Хоча, як уже вказувалося раніше, вони займають не менш значуще положення в системі права. Відповідно, можна припустити, що поряд з юридичним процесом у правовому процесі існують правові (юридичні) процедури. І якщо так, то

¹⁵² Миколенко О. І. Використання дефініції «юридичний процес» в юридичній науці та законодавстві України //О. І. Миколенко // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : юриспруденція: зб. Наук. праць. – Одеса: Фенікс, 2012. – Вип. №4. – 244 с. (С. 5)

виникає питання, наскільки прийнятно поняття «правовий процес»? Не «обмежує» чи воно (механічно поглинаючи) поняття правових (юридичних) процедур?

У цьому зв'язку С. С. Алексєєв вказував, що «... не всяка врегульована правом процедура вчинення юридичних дій може бути визнана процесом у тому спеціальному юридичному сенсі, який історично склався і прийнятий в законодавстві, на практиці, в науці». І далі: «Об'єднання всіх видів юридичних процедур під рубрикою «процес» призводить до знекровлення, вихолощування цього багатого і змістовного поняття».¹⁵³

Поряд з цим, використання категорії «соціальний процес» так само дозволяє визначити лише «правовий (юридичний) процес» залишаючи поза увагою правову (юридичну) процедуру. Так як «соціальні» процедури випускаються з уваги. Враховуючи роль процедурних норм як в загальносоціальному так і в безпосередньо правовому регулюванні, при аналізі права, як особливого соціального регулятора, необхідно враховувати як процедурні, так і процесуальні норми. Відповідно, при аналізі та характеристиці порядку і послідовності впливу права на суспільні відносини, необхідно враховувати та використовувати категорію «процедурно-процесуальний вплив права», а при ідентифікації його загальносоціального значення: «соціальні процеси та процедури».

У цьому зв'язку бачиться доцільним використання поняття «процедурно-процесуальний механізм права», яке вказує на характер співвідношення між юридичним процесом і правовими (юридичними) процедурами. Відмінності, між якими, бачаться, передусім, в ступені правової регламентації послідовності їх здійснення (юридичний процес, на відміну від правової процедури, характеризується високим ступенем регламентації (деталізації) в правових актах) і суб'єктний склад осіб які здійснюють процес або процедуру (суб'єктами юридичного процесу виступають тільки лише особи наділені спеціальними повноваженнями, в свою чергу суб'єктом правової процедури

¹⁵³ Алексєєв С.С. Социальная ценность права в советском обществе. М., 1971. – 223 с. (С. 122-123.)

може бути будь-який дієздатний суб'єкт права). Більш того, подібна класифікація відповідає запропонованому раніше діленню правових норм на матеріальні і процедурно-процесуальні.

Аналізуючи наведені положення, ми маємо визначити що існування права невід'ємно пов'язано із процесом й процедурою, а відтак, говорячи про сукупність юридичних алгоритмів у яких встановлено порядок і послідовність здійснення юридичної діяльності та/або юридично значимих дій різними суб'єктами права, що спрямовані на досягнення юридично значущого результату, слід визначати як процедурно-процесуальний механізм права.

Процурно-процесуальний механізм права це – регламентована процедурно-процесуальними нормами права форма здійснення юридичної діяльності та окремих юридично-значимих дій суб'єктами права, яка пов'язана з втіленням в життя певного порядку, послідовності вирішення юридичної справи або реалізації права.

Розглянуті положення, дозволяють виділити наступні відмітні характеристики юридичного процесу: 1) це особливий вид соціальної діяльності (саме діяльності, а не окремо скоєних дій), 2) це форма і послідовність здійснення юридичної діяльності, яка детально регламентована правовими нормами, 3) це діяльність, яка пов'язана з вирішенням юридичних справ; 4) це діяльність, яка здійснюється спеціальними суб'єктами права (особами, що володіють спеціальними повноваженнями і статусом).

На підставі сказаного можна виявити подібність юридичного процесу і процедури, яке полягає в тому, що і перший і друга представлені у вигляді встановленої в правових нормах послідовності зміни фаз розвитку. Однак, це не означає тотожності зазначених понять (хоча вказує на наявність якоїсь «єдиної основи»). Між юридичним процесом і правовою процедурою існує ряд відмінностей: 1) Процедура здійснюється як безпосередньо, так і опосередковано. Процес тільки

опосередковано. 2) Процедурні норми можуть закріплюватися як на нормативному, так і на індивідуальному рівні. Процесуальні норми, навпаки, можуть закріплюватися тільки в централізованому, як правило, законодавчому порядку. Більше того, для юридичного процесу характерна більш детальна регламентація послідовності перебігу. 3) Юридичний процес, на відміну від процедури, регламентований імперативними правовими нормами, тоді як процедура визначається найчастіше диспозитивними нормами. 4) Правова процедура може здійснюватися кожним дієздатним суб'єктом права. Юридичний процес здійснюється спеціально уповноваженими суб'єктами, які володіють особливим правовим становищем.

Однак є ще один важливий аспект, який розкриває особливості співвідношення понять юридичний процес і правова процедура. Це правова активність суб'єктів права, яка проявляється у формі юридично значимих діянь (діяльності, дій чи бездіяльності).

Так В. І Червонюк вказує, що «правова активність – це обумовлена соціально-правовими засадами, потребами та інтересами людей їх суспільна якість, що характеризується реальним здійсненням ними правових вимог, принципів і установлень. Правова активність характеризує життя права на тій стадії його буття, коли його приписи і принципи стають реально діючими. Тому, спрощуючи проблему, можна сказати, що право в дії зводиться до правової активності, змістом якої є будь-які прояви права в суспільному житті. Правова активність тим самим відображає закладену правом взаємодію суспільства і особистості. Відповідно, своїм змістом правова активність охоплює : 1) комплекс особистісних соціально-правових властивостей суб'єктів, що обумовлюють можливість його участі в правовому житті (внутрішній аспект); 2) саму реальну життєдіяльність особистості, спільності людей в різних її кількісно-якісних характеристиках у сфері дії права (зовнішній аспект)».¹⁵⁴

¹⁵⁴ Элементарные начала общей теории права: учеб. пособие для вузов / под общей ред. д-ра юрид. наук, проф. В. И. Червонюка. — Право и закон, М.: КолосС, 2003. — С. 54.

З урахуванням того, що для здійснення юридичної діяльності (яка має триваючий характер протікання) необхідна система спеціально уповноважених органів, а відповідно цільове матеріально-технічне забезпечення, то основною формою такої діяльності є юридичний процес. Основною, але не єдиною, так як в рамках юридичної діяльності здійснюється, в тому числі наукова та викладацька діяльність (які за своєю суттю не можуть бути віднесені до юридичного процесу бо у зазначених видах діяльності відсутнє розглядання юридичної справи). У свою чергу правові процедури, є формою здійснення (найчастіше, одномоментних) юридично-значимих дій. Здача звітності, підписання договору та інша безліч правових процедур, не потребують наявності у суб'єкта їх здійснення «особливих» повноважень, системи спеціальних органів, а відповідно матеріально-технічного забезпечення їх реалізації.

Однак співвідношення категорій юридична діяльність і юридично-значимі дії, вказують на більш широкий обсяг логічного змісту останньої. Юридична діяльність, є особливою, здійснюваною спеціально уповноваженими суб'єктами, формою юридичних дій.

Так, на думку І. М. Зайцева, «для юридичної діяльності характерний певний порядок, який має бути – і в більшості випадків є – оптимальним для здійснення тих чи інших юридично значимих дій. Він встановлюється відповідними нормативними приписами. Наприклад, регламент роботи представницьких органів державної влади, прийняття законодавчих актів, проведення виборів захисту дисертацій, процедура видачі ордера на житло, одержання спадщини і т.ін.

Оптимальний порядок містить програму юридичний діяльності, він має орієнтуюче значення для досягнення певної правової мети, тим самим підвищуючи ефективність правового регулювання юридичної діяльності і гарантуючи її правомірність і результативність. Порушення порядку являє собою правопорушення, а в окремих випадках результати такої

неправомірної діяльності визнаються юридично нікчемними (недійсними)».¹⁵⁵

У чому ж тоді єдність юридичного процесу та правової процедури? В наявності єдиної основи – юридичної алгоритму. Під юридичним алгоритмом слід розуміти регламентовану правом послідовність дій. Це «конструкція», яка зумовлює форму, як для юридичного процесу, так і правової процедури.

Однак юридичний процес і правові процедури не є єдиними елементами юридичного алгоритму. Поряд з ними до його складу входять алгоритми дотримання правових приписів, в рамках яких, втілюється в життя така форма реалізації права як дотримання.

Необхідно враховувати, що юридично-значима активність суб'єктів права може проявлятися : 1) у вигляді юридичної діяльності (здійснюється у формі юридичного процесу), 2) у вигляді виконання окремих юридичних дій (здійснюється у формі правових процедур), 3) у вигляді юридично значущої бездіяльності (здійснюється у формі юридичного алгоритму дотримання заборони).

Юридичний процес і правова процедура, є пов'язаними, але нетотожними поняттями, які підпорядковані третьому поняттю (юридичному алгоритму) і являють собою різні ступені вираження певної якості – здійснення (втілення в життя) права.

Слід зазначити, що право, за своєю суттю, є сукупністю приписів фіксуючих юридичні положення (статус, обов'язки, можливості) і правил які встановлюють юридичні алгоритми (регламентований правом порядок і послідовність діянь). Відповідно, юридичні положення формалізуються в якості фіксації правом станів обумовлених потребами суспільства (принципів, дефініцій, статусів, можливостей), а також юридичних алгоритмів, які вказують на порядок, послідовність втілення в життя (здійснення) та охорони правових приписів.

¹⁵⁵ Зайцев И. М. Понятие и содержание юридического процесса // Теория государства и права. Курс лекций. Под ред Матузова Н.И., Малько А.В. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Юристъ, 2001. – С. 442.

Подібну послідовність можна ідентифікувати як в рамках юридичного процесу, так і правових процедур. Юридичний алгоритм в рамках юридичного процесу, має на увазі не тільки діяльність особливого, що володіє винятковими (юрисдикційними) повноваженнями суб'єкта права, а й детальну (наприклад, КПК) регламентовану діючими нормами права послідовність як порядку протікання, так і фіксації результатів.

Відповідно, стає можливим скласти наступне визначення правової процедури. Правова процедура – це окремий юридичний алгоритм результат втілення у життя якого має юридичне значення. Правові процедури характеризуються меншим (у порівнянні з юридичним процесом) ступенем правової деталізації. Суб'єктами правових процедур можуть виступати всі дієздатні суб'єкти права.

Фактично, юридичний процес, є не що інше, як вища ступінь конкретизації правової процедури. Це особлива і значима для суспільства діяльність, здійснення якої «довіряється» чітко встановленим колу суб'єктів.

Юридичний алгоритм включає в себе: процедурно-процесуальний механізм права і алгоритми дотримання правових установлень (юридично-значима бездіяльність, яка виражається в дотриманні норм права). У свою чергу процедурно-процесуальний механізм права включає в себе: правові процедури і юридичний процес, де правові процедури ширше за обсягом свого логічного змісту і включають в себе юридичний процес в якості особливого елементу.

Незалежно від порядку (послідовності) здійснення правових приписів, будь це дія або бездіяльність (як у випадку з алгоритмом дотримання заборони), в основі такого здійснення лежить юридичний алгоритм (регламентована правом послідовність діянь). Отже, юридичний алгоритм є формою вираження правової активності суб'єктів права, а відповідно основою процедурно-процесуального механізму права.

Дана правова категорія дозволяє адекватно відобразити одну з найважливіших правових підсистем, повніше виявити

особливості процедурно-процесуальних явищ, глибше зрозуміти природу динаміки системи права.

Основними елементами процесуально-правового механізму є: 1) норми права; 2) юридичні факти, що опосередковують правовідносини; 3) правовідносини; 4) правові процедури, судочинство, провадження, юридичний процес. Виділені елементи мають складну побудову та обумовлені складністю самого процедурно-процесуального регулювання.

Структурно процедурно-процесуальний механізм права включає: правові процедури, юридичний процес, провадження та судочинство. Відповідно процедурно-процесуальний механізм уявляється динамічною системою правових засобів, за допомогою якої впорядковується та здійснюється діяльність уповноважених органів у сфері юридичної діяльності. Бо саме процедурно-процесуальний механізм і є тією формою, в якій здійснюється юридична діяльність.

Відповідно процедурно-процесуальний механізм права – це система, у рамках якої формулюється певний алгоритм, досягнення юридично значущого результату та фіксації такого досягнення, рівно як і самого процесу досягнення, в певних правових актах.

Враховуючи, що легалізація є особливою правовою процедурою, а також можливість виокремлення легалізаційної діяльності як різновиду юридичної діяльності, цілком обґрунтованим вбачається твердження, що сферою втілення у життя легалізаційної діяльності є процедурно-процесуальний механізм права.

2.3. Легалізаційна діяльність: зміст, форми, види

Встановлення сутності легалізаційної діяльності пов'язано з розкриттям внутрішніх і зовнішніх її аспектів: якими нормами вона впорядкована, в яких юридичних документах виражається результат такої діяльності, якими суб'єктами вона здійснюється?

Для того щоб відповісти на поставлені запитання, треба проаналізувати категорію «діяльність» і встановити, яким саме

чином вона виявляє себе в об'єктивній реальності, як співвідноситься з правовою реальністю та в чому виражається її сутність.

Діяльність уявляється формою буття людини у світі, її здатністю вносити зміни у дійсність. Домінуючою ознакою в сутнісній характеристиці діяльності є реалізація здатності вносити зміни, причому дуже важливо підкреслити: не «здатність вносити зміни», а саме внесення змін у об'єктивну реальність. І лише в тому разі, коли ця «здатність» втілюється на практиці, можливо ідентифікувати «діяльність».¹⁵⁶

Діяльність включає мету, смисл, предмет, засіб, процес діяльності (здійснення мети). Форми діяльності різноманітні. Залежно від сфер прикладання розрізняють виробничо-матеріальну, виробничо-духовну, трудову (праця), нетрудову, залежно від прикладання творчості – продуктивну й непродуктивну (відтворення відомого).¹⁵⁷

Діяльність – спосіб буття людини та суспільно-історичного процесу. Вона характеризується доцільністю, предметністю, універсальністю, творчістю, соціальністю. Її внутрішніми механізмами є опредмечування й розпредмечування. Соціально-психологічними моментами діяльності є потреби, мотиви, цілі, завдання, операції, дії.

Діяльність – основна умова й спосіб розвитку суспільства. Вона є основою становлення й розвитку людини. У творчій діяльності людина утверджується як певний тип особистості. Діяльність є основою утворення культури. У суспільстві людина знаходить мотиви своєї діяльності. Суспільні відносини орієнтують діяльність людей.

Основою сутнісної характеристики діяльності є її предметність. У кожному окремому виді діяльності людини предмет труда специфічний. В одному разі це матеріал природи, тварина чи рослина, в іншому – це активна людина з неповторними якостями й особливостями. Специфіка

156 Крыжановский А.Ф. Формирование профессионального правового сознания специалистов народного хозяйства \дисерт. к.ю.н. Одесса 1986г. – 191с.

157 Абдеев Р.Ф. Философия информационной цивилизации. – М.1994.

конкретного виду діяльності конкретизує його сутність, вказує на особливу спрямованість і необхідність виконання деяких специфічних дій у особливих умовах, що у своїй сукупності впливають на почуття, образ мислення, інтереси, звички суб'єкта діяльності.

У найзагальнішому варіанті діяльність можливо класифікувати на професійну й буденну. Серед найбільш ґрунтовних досліджень, пов'язаних із питаннями встановлення сутності професійної діяльності, слід зазначити праці таких вчених, як С. О. Дружилов і С. Д. Гусарєв.

Так, досліджуючи питання становлення професіоналізму, С. О. Дружилов зазначає: «У численних дослідженнях проблем професіоналізації відсутнє суворе визначення професіоналізму як психологічного феномена. Автори виходять із імпліцитного розуміння професіоналізму, який передбачає високу успішність людини при виконанні професійної діяльності. Але в такому разі необхідно уточнити, чи використовується поняття «професійна діяльність», що дозволить уникнути неоднозначності його тлумачення. Як писав Р. Декарт, «вірно визначте слова, і ви звільните світ від половини непорозумінь».¹⁵⁸

Під професійною діяльністю в загальному разі ми розуміємо складну діяльність, яка постає перед людиною як конституційований спосіб виконання чого-небудь, що має нормативно встановлений характер. Професійна діяльність об'єктивно складна й суб'єктивно важка для освоєння. Саме складність трудових функцій для людини й надає діяльності професійний характер.¹⁵⁹

Право як явище за ознаками свого походження, розвитку, існування та реалізації також має об'єктивний характер і з такою самою об'єктивністю, з якою воно існує в системі соціальних зв'язків, передбачає існування фахівців права, які стоять на захисті його нормативів і утворюють всі можливі умови для їх

158 Дружилов С.А. Становление профессионализма человека как реализация индивидуального ресурса профессионального развития. – Новокузнецк: Изд-во ИПК, 2002. – 242 с.

159 Суходольский Г.В. Основы психологической теории деятельности. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1988.

ефективної реалізації.

Відповідно складається відокремлена сфера діяльності суспільства, що обумовлена фактором об'єктивного існування засобів регламентації суспільного життя, перш за все правових. Цю ситуацію слід розглядати як потребу суспільства, життєво важливий інтерес, на реалізацію якого воно спрямовує свій юридичний потенціал.

Таким чином, на підставі вище зазначеного можна визначити юридичну діяльність як різновид соціальної діяльності, що здійснюють юристи-фахівці з метою отримання правового результату, задоволення законних потреб та інтересів соціальних суб'єктів у відповідності до вимог права¹⁶⁰.

На думку Г. В. Суходольського, «система юридичної діяльності має дві складові: зміст і форму. До змісту юридичної діяльності входять суб'єкти; учасники; об'єкти; юридичні дії та операції; засоби і способи їх здійснення; результати юридичних дій»¹⁶¹.

У свою чергу, С. Д. Гусарев вважає, що «складовою системи юридичної діяльності є форма юридичної діяльності. Розрізняють дві групи таких форм: внутрішню – порядок організації діяльності, який базується на послідовності юридичних процесів і процедур; зовнішню – засоби зовнішнього прояву юридичної діяльності у вигляді процесуальних документів, юридичних дій, усних висловлювань»¹⁶².

Професійна юридична діяльність є достатньо новим явищем у соціально-культурній сфері буття людства. Історично професія юриста появилась значно пізніше, ніж держава. Свого розвитку вона набула в епоху індустріального суспільства.

Якщо дослідити генезу існування юридичної діяльності, то первісно професійні юристи та їхня практика були пов'язані із судами. Надалі, після входження суспільства в промислову еру і як наслідок виникнення більшої кількості комерційних спорів,

¹⁶⁰ Юридична деонтологія 3-тє вид. Гусарев С.Д., Тихомиров О.Д. Навч. посіб. — 2-ге вид., перероб. — К.: Знання, 2006. — 487 с.

¹⁶¹ Карташов В. Н. Юридическая деятельность. - Саратов, 1969.

¹⁶² Юридична деонтологія.- Харків, 1993.

виникла потреба в професіоналах, що знають норми права та можуть вірно їх застосовувати.

Економічний розвиток зумовив трансформацію в політичній сфері, а саме в галузі законотворчої діяльності, де виникла потреба в чіткому, якісному та несуперечливому викладенні нормативного матеріалу.

І лише на початку ХХ століття свого розвитку набула соціальна сфера, а саме рівень участі держави в її утриманні. Як наслідок втручання держави в соціальну сферу, виникає потреба в професійній організації цього процесу, що відобразилося у використанні юристів для виконання поставлених завдань.

Юридична діяльність – це діяльність, пов'язана із застосуванням спеціальних правових знань, що здійснюється у всіх сферах життя¹⁶³.

В. М. Карташов визначає юридичну діяльність як діяльність з видання правових приписів, їх тлумачення, реалізації, систематизації, якою займаються всі юристи-професіонали¹⁶⁴.

Юрист – це особа, котра має спеціальні (професійні) знання в галузі права та вміє ефективно їх втілювати на практиці.

Форми юридичної діяльності розрізняються в залежності від способів їх здійснення від приватного до публічного сектора життя держави й суспільства.

Можна класифікувати такі види юридичної діяльності.

Публічна сфера: діяльність у галузі правотворчості; діяльність у правоохоронній галузі; діяльність у галузі управління державою.

Приватна сфера: діяльність у економічній галузі; професійна наукова діяльність (юридична догматика).

Не слід також забувати про діяльність, що носить міжінституціональний (публічно-правова та приватноправова) характер, наприклад нотаріат.

Суб'єктами юридичної діяльності є юристи, державні та

¹⁶³ Шагиева Р.В. Правовая деятельность и ее разновидности в современном российском обществе// Журнал российского права. – 2005. - №10.

¹⁶⁴ Карташов В.Н. Теория правовой системы общества. Т.1. – Ярославль, 2005.

недержавні об'єднання юристів, організації, які залежно від виду професійної діяльності, розглядуваних питань мають згідно із законом певні права та обов'язки, професійні юридичні знання, вміння їх реалізувати.

Враховуючи генезу виникнення й розвитку легалізації як поняття й соціального явища, місце легалізації в процедурно-процесуальному механізмі права, взаємозв'язок між легалізацією й правовою процедурою, стає можливим твердження, що легалізація є діяльністю.

Відтак, легалізаційна діяльність – це різновид юридичної діяльності яку здійснює вповноважений суб'єкт щодо возведення певних об'єктів у стан що відповідає чинному законодавству, а її результати й процедури втілення оформлюються в письмових правових актах і мають юридичне значення.

Зміст легалізаційної діяльності розкривається в правових процедурах, що пов'язані з возведенням певних об'єктів у становище, що відповідає зовнішньому чинному закону.

Форма легалізаційної діяльності складається з двох елементів: внутрішньої та зовнішньої форми. До внутрішньої належать такі складові, як: суб'єкти легалізації, характер дій цих суб'єктів, процесуальний режим здійснення діяльності, способи організації діяльності, причинно-наслідкові зв'язки. До зовнішньої форми належать як ті правові акти, що утворюються під час легалізаційної діяльності, так і ті, в яких фіксується результат процедури легалізації.

Суб'єкти легалізаційної діяльності – публічно-правові чи приватноправові суб'єкти права, які мають повноваження на здійснення легалізаційної діяльності. Але поряд із повноваженнями таких суб'єктів значна роль надана рівню їх професіоналізму та правової культури. Так, суб'єкт легалізації має бути не тільки обізнаним у праві, юридичній техніці та технології складання правових актів, але й ще він має бути носієм високого рівня правової культури, а його поведінка повинна відповідати суті соціально-активної правової поведінки.

Учасниками легалізаційної діяльності є також окремі особи

чи їх групи (свідки, експерти), які сприяють діяльності суб'єктів у процесі вирішення ними питань, пов'язаних із проведенням легалізації певних об'єктів. Від учасників слід відрізняти зацікавлених у результатах легалізації осіб, які не беруть участі в легалізаційній діяльності.

Об'єктами легалізаційної діяльності є певні дії чи діяльність; матеріальні блага (майно, кошти); документи; певні стани; особисті, не пов'язані з майном права (інтелектуальна власність, авторське право); суб'єкти права; державна влада.

У процесі здійснення легалізаційної діяльності виконуються юридичні дії – зовнішні акти поведінки суб'єктів легалізаційної діяльності, завдяки яким досягається результат процедури легалізації.

Але досягнення такого результату потребує виконання певних операцій – сукупності взаємопов'язаних дій, спрямованих на досягнення локальних цілей.

Засобами легалізаційної діяльності є правові норми, певні юридичні докази, методи, предмети явищ і дій, які забезпечують досягнення необхідного результату такої діяльності.

Способи легалізаційної діяльності – це конкретні шляхи досягнення наміченого результату за допомогою конкретних засобів, обумовлених юридичною справою. Вони є гласні, базуються на наукових знаннях та є обов'язковими.

Не менш важливим елементом здійснення ефективної легалізаційної діяльності є високий рівень знань правил юридичної техніки та технології суб'єктом такої діяльності.

Результатом легалізаційної діяльності є прийняття письмового правового акта, це підсумок відповідних операцій і дій, досягнутий за допомогою певних способів і засобів суб'єктами легалізаційної діяльності.

Класифікація видів легалізаційної діяльності може провадитися за різними критеріями. Так, якщо ми беремо як класифікаційний критерій характер здійснення діяльності, то стає можливим виділення таких видів:

правотворча – піднесення на відповідне об'єктивному

(чинному) закону становище, яке здійснюється завдяки прийняттю закону (наприклад, легалізація права, Закон про амністування грошових коштів та ін.);

правозастосовна – піднесення на відповідне об'єктивному (чинному) закону становище, яке здійснюється завдяки прийняттю акта застосування права (процедури державної реєстрації юридичних осіб).

Якщо ми беремо як класифікаційний критерій статус суб'єкта здійснення легалізаційної діяльності, то стає можливим виділення таких видів:

публічно-правова – легалізаційна діяльність, що здійснюють суб'єкти, які наділені державно-владними повноваженнями (наприклад, консульська легалізація);

приватноправова – легалізаційна діяльність, що здійснюють суб'єкти, які наділені приватноправовими повноваженнями (наприклад, директор приватного підприємства).

Найбільш розвинутою є класифікація видів легалізаційної діяльності, де як класифікаційний критерій використовується ступінь затребуваності окремих легалізаційних процедур у суспільстві. Згідно з таким критерієм, виділяють: процедури легалізації традиційних відносин суспільства (наприклад, визнання державної влади, узаконення коштів, підтвердження чинності документів, видача дозволу на виконання окремих видів діяльності); процедури легалізації нетрадиційних відносин суспільства (наприклад, евтаназія, проституція, вогнепальна зброя, наркотики та ін.).

Для встановлення сутності легалізації не менш важливим також є аналіз співвідношення між легалізаційною діяльністю та правопорядком.

Найбільш ґрунтовно сутність категорії правопорядку в сучасній українській юридичній науці досліджував А. Ф. Крижановський. Так, у своїй праці «Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія» він зазначає, що «правапорядок – це не наслідок законності (і навіть – правозаконності), а явище, стан і результат правової

самоорганізації всього суспільства. Так, справді, діяльність владних інституцій відіграє у забезпеченні правопорядку помітну роль: правова законність у функціонуванні державних органів, контрольно-наглядова, судова і правоохоронна діяльність виступають як важливі фактори забезпечення правопорядку в житті суспільства й держави. Проте цей фактор – державна влада – задіється тільки у випадках порушення правопорядку суб'єктами права; в інших випадках таким самим чином, як і окремі особи, владні інституції мають здійснювати правові приписи, вступаючи в правові відносини і творячи «поточний» суспільний правопорядок. Тому головним фактором правопорядку є рівень і якість правової культури суспільства, ступінь його правової самоорганізації і самовпорядкування»¹⁶⁵.

Порівнюючи правопорядок і легалізацію, треба враховувати, що якість такого співвідношення залежить від характеру співвідношення між легалізацією й формалізацією права.

Легалізація – «сліпа», вона здійснюється лише у відповідності до встановленої в позитивному законі процедури, припис якої має бути виконаним і не може бути порушеним.

У свою чергу «первісна формалізація права» – «зряча», вона здійснюється у відповідності до природного порядку, сформованих нормативних фактів, духу і принципів правоутворення, правової культури.

Треба враховувати, що правопорядок це є той рівень суспільних відносин, коли реальна поведінка суб'єктів права втілює не тільки те, що зафіксовано в законі, але й те, що відповідає духу природного порядку. І в цьому контексті ми можемо казати, що правопорядок є «зрячим», таким, що втілює в реальній поведінці не тільки сформульований у праві припис, але (якщо ми маємо на увазі правову, демократичну державу) й дух права, так званий правовий закон.

«Природне право, – зазначає В. С. Соловйов, – є тією

¹⁶⁵ Крижановський А.Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія // Одеська націон. юрид. акад.- О.: Фенікс, 2006. – 196 с. С. 172.

загальною алгебраїчною формулою, під яку історія підставляє різноманітні величини позитивного права. При цьому, розуміється, що ця формула (як і будь-яка інша) у своїй виокремленості є тільки відвертання розуму, у дійсності ж вона існує тільки як загальна й ідеальна умова всіх позитивних правових відносин, у них і через них»¹⁶⁶.

У цьому контексті А. Ф. Крижановський зауважує, що сприйняття правопорядку неможливо без його розуміння через призму свободи, яка є характерною ознакою особи. Правопорядок вбачається певною формою відображення, сприйняття й оцінки правової впорядкованості суспільного життя суб'єктами права. Правопорядок формується у вигляді певного якісного стану системи правових відносин, який характеризує рівень реалізації права в суспільстві, стан правової безпеки й захищеності суспільно значущих цінностей і інтересів. Правопорядок «такий-як-він-є» – це правова реальність, що утворюється, формується як «сумарний» результат (у його «знятій» формі) правової діяльності всього суспільства¹⁶⁷.

Відтак, легалізаційна діяльність виступає невід'ємною частиною формування та існування правопорядку, бо саме завдяки результатам такої діяльності, зацікавлені особи втілюють у життя свої особливі, передбачені законом інтереси і свободи.

2.4. Аксиоми ефективності легалізаційної діяльності

У вітчизняній традиції слово «ефективність» (в контексті дієвості законів) розуміється більш широко, приблизно так, як в Європі розуміють «оцінку законів». В європейській традиції ефективність – один із елементів оцінки. В українській, так само як і в російській, науковій традиції, навпаки, поняття «ефективність» використовується як найбільш широка категорія, яка охоплює різні аспекти доцільності.

Пожвавлення інтересу до проблеми оцінки та ефективності

¹⁶⁶ Соловьев В.С. Предварительные замечания о праве вообще // Власть и право. – Л., 1990. – С.99

¹⁶⁷ Крижановський А.Ф. Феноменологія правопорядку: поняття, виміри, типологія // Одеська націон. юрид. акад.- О.: Фенікс, 2006. – 196 с. С. 174.

законів пов'язано з тим, що оцінка законів, оцінка впливу законів – відносно нове явище в Європі. Її зростаюча актуальність пов'язана зі змінами у формі організації державної влади. Сучасне законодавство набуло форми програм, націлених на досягнення певних цілей. У цих умовах одного лише правильного застосування норм недостатньо. Необхідно також упевнитися, чи досягнуті поставлені цілі фактично. З цією метою має бути оцінено вплив правових норм, для того щоб зробити необхідні висновки й перейти до вдосконалення норм там, де це необхідно. Таким чином, традиційна перевірка відповідності законодавства поступово стала супроводжуватися й об'єднуватися з оцінкою впливу законодавства.¹⁶⁸

Надзвичайно важливо розділяти ефективність законотворення, ефективність правової політики (правильності тих соціальних цілей, які намагаються досягти шляхом прийняття цього закону), із ефективністю здійснення права.

Другий підхід, його розвивала ленінградська школа під керівництвом професора А. С. Пашкова, полягає в тому, що має вимірюватися реальне «зрушення», яке відбулося в суспільному житті. Наприклад, до прийняття норми був один рівень злочинності, після її прийняття став інший – стався зсув, який треба виміряти.

Однак при такому підході дуже важко зрозуміти, а в чому, власне, роль норми? Як виділити її з контексту всіх інших засобів, які були використані для досягнення мети? Може бути, це зовсім не норма, а інші засоби забезпечили досягнення результату: адже «після того» не означає «внаслідок того».

Оцінка форм законодавства, з одного боку, є важливим і, принаймні в деяких сферах, традиційним елементом соціології законодавства. З іншого боку, вона також є суттєвою частиною законодавчої методології. На відміну від підготовки законопроектів, вона найпевніше включає матеріальні, змістовні

¹⁶⁸ Материалы Международного семинара "Оценка законов и эффективности их принятия" (16-17 декабря 2002 г.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/law/review/lawmaking/material/>

аспекти законодавства, ніж його формальні аспекти, й у першу чергу стосується відносин між нормативним змістом і його наслідками в соціальній дійсності, у «реальному світі».¹⁶⁹

На сьогоднішній день домінуюче місце в цій галузі посідає метод оцінки регуляторного впливу (надалі: ОРВ), або регулюючої дії права. Під оцінкою регуляторного впливу слід розуміти набір певних засобів, методик, способів, процедур, які дозволяють певному державному органу або чиновнику виробити адекватну політику й впровадити її. ОРВ появилась на хвилі адміністративних реформ у західних країнах у 80–90-х роках і становить собою різновид оцінки програм і політик. У свою чергу, в ОРВ вбудовані більш локальні процедури, такі як оцінка впливу на конкуренцію.

Основна роль ОРВ полягає у відсіві необдуманих і недоцільних рішень на етапі прийняття того чи іншого нормативно-правового акта, оцінці того, чи досягає регулювання поставлених цілей, а також в оцінці можливих наслідків нового регулювання. Найчастіше це здійснюється шляхом монетизації потенційних витрат і вигод нового регулювання, а також оцінки його сторонніх ефектів.

У даний час ОРВ слід розуміти як частину інституту «розумного регулювання» (smart regulation). На сьогоднішній день відсутні загальновизнані усталені універсальні методики й практики, які б застосовувалися для проведення оцінки регулюючого впливу. Якщо в країні подібна процедура іноді законодавчо закріплена на рівні конституції (наприклад, у Швейцарії і Франції), то методика її проведення варіюється від країни до країни й залежить від тих акцентів, на які спрямовано проведення такого аналізу, і від політики держави. Тому розрізняються й керівництва з оцінки регулюючої дії, прийняті в різних країнах.

Традиційно аналіз витрат і вигод провадиться відносно трьох груп впливу: суспільство; бізнес; держава.

¹⁶⁹ Люциус Мадер Оценка законодательства – вклад в повышение качества законов. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.consultant.ru/law/review/lawmaking/material/#1>

При цьому групи впливу деталізують і/або виділяють в окремі підгрупи, наприклад вплив на малий бізнес, вплив на навколишнє середовище і т.д. У разі коли грошову оцінку ефектів важко здійснити чи взагалі вона неможлива, але є можливість оцінити фізичну оцінку ефектів, може бути використаний аналіз «витрати – ефективність» (cost-effectiveness analysis).

Оскільки вплив регулюючого акта на економіку й суспільство не є миттєвим, а розподілений у часі, то при монетизації витрат і вигод потрібно коригування на часовий чинник. Для цього використовується так звана соціальна ставка дисконтування. Визначення значення соціальної ставки дисконтування також становить собою певну складність при проведенні ОРВ. У Великій Британії соціальна ставка дисконтування в залежності від горизонту прогнозування знаходиться в інтервалі від 2,0 до 3,9%. Для Росії дослідники визначають соціальну ставку дисконтування на рівні 7–11%.¹⁷⁰

Здається, що для отримання вичерпної інформації з досліджуваного акта необхідно враховувати його соціально-економічну обумовленість.

Між тим, поряд із активним застосуванням ОРВ у світової практики, в Україні ми можемо констатувати низький рівень використання існуючих технологій встановлення та видобутку ефективності законів. Незважаючи на те що Закон України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» набрав чинності ще в січні 2004 року, дотримання вимог Закону органами державної влади та місцевого самоврядування залишається низьким. Як наслідок, державні регуляції підприємницької діяльності залишаються обтяжливими як щодо часу, так і щодо їх вартості, характеризуються високою корупційною складовою.

Міжнародні рейтинги України щодо легкості ведення бізнесу, економічної свободи, інвестиційного клімату, поширення корупції тощо за останній час невпинно погіршуються, що

¹⁷⁰ Соціальна ринкова економіка: основні орієнтири для України / Під редакцією проф. Р. Клапгама. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

відображає оцінку якості регуляторного клімату в країні. Неефективність діючої системи виконання регуляторної політики доводиться також незалежними оцінками¹⁷¹ й офіційними даними Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва.

Так, наприклад, протягом 2010 року центральні й місцеві органи виконавчої влади розробили та подали на погодження до Держпідприємництва та його територіальних органів 2071 проект регуляторного акта, що більш ніж удвічі перевищує кількість запланованих до розробки.¹⁷²

Слід зазначити, що 2010 року при розробці майже 40% проектів регуляторних актів центральні органи виконавчої влади порушили принцип передбачуваності регуляторної діяльності. А саме розробку 642 проектів регуляторних актів на момент подання на погодження до Держпідприємництва не було передбачено планами регуляторної діяльності відповідних органів влади. На вимогу Держпідприємництва зазначені міністерствами й відомствами провадили коригування відповідних планів, але 372 проекти регуляторних актів (або 23,3% від загальної кількості проектів, що розробили центральні органи влади 2010 р.) так і не були включені до відповідних планів. Це підтверджує недотримання органами виконавчої влади при підготовці проектів регуляторних актів вимог національного законодавства.¹⁷³

Недотримання вимог Закону з 2004 року має хронічний характер. Проте слід відмітити, що в основному оцінка виконання вимог регуляторної політики в Україні здійснюється щодо формальних процедур оприлюднення проектів регуляторних

¹⁷¹ Незалежні моніторинги дотримання вимог державної регуляторної політики з 2004 року здійснювались Інститутом конкурентного суспільства, Інститутом власності і свободи, Дніпропетровським координаційно-експертним центром з питань регуляторної політики

¹⁷² Інформація про здійснення органами виконавчої влади державної регуляторної політики у 2010 році [Електронний ресурс] / Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва. – К., 2011. – Режим доступу: http://www.dkrp.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=184119&cat_id=33911

¹⁷³ Ляпін Д.В. Мінімізація інституційного конфлікту інтересів як вимога побудови належної системи державного управління / Д. В. Ляпін / Реформування системи державного управління та державної служби: теорія і практика: Збірник матер. наук.-практ. конф. за міжнар. уч. (8 квітня 2011 р.): у 2 ч., Ч2 / за наук. ред. В. С. Загорського. – Львів: ЛРІДУ НАДУ, 2011. – С. 218-222.

актів та інших документів, що вимагаються законодавством. Між тим ключовою складовою регуляторної політики у світі є «кількісний аналіз впливу проекту рішення», так званий «cost-benefit analysis» – аналіз вигод і витрат. І в цій частині Україна, незважаючи на семирічний досвід впровадження Закону про регуляторну політику, відверто відстає не лише від розвинених країн світу, але навіть й від інших країн, які розпочали регуляторну реформу набагато пізніше за Україну.

В Україні протягом семи років чинності законодавства про регуляторну політику перехід від виконання формальних вимог щодо оприлюднення проектів регуляторних актів до кількісної оцінки вигод і витрат так і не відбувся. Сподівання, що наведення порядку в частині дотримання вимог закону приведе до переходу до кількісних обрахунків на сьогодні, вкрай негативні. До того ж відповідно до норм законодавства розрахунок аналізу вигод і витрат (тобто кількісна оцінка регулюючого впливу) покладена не на незалежний структурний підрозділ, а на розробника проекту регуляторного акта.

В Україні, на відміну від застосованого в РФ селективного підходу, відповідно до вимог Закону 2004 року було запроваджено повномасштабні вимоги щодо процедур оприлюднення та кількісного обрахунку проекту регуляторного акта для всіх без винятку суб'єктів регуляторної політики, до яких, відповідно до ст. 1 Закону, належать практично всі органи виконавчої влади та місцевого самоврядування.

Неналежне виконання вимог регуляторної політики й відсутність економічно обґрунтованих кількісних розрахунків аналізу вигод і витрат (аналізу регулятивного впливу) суттєво обмежує можливості реформування країни і є на сьогодні гальмом структурних перетворень.

Як зазначають фахівці відділу економічної стратегії, вирішення завдання підвищення ефективності регуляторної політики в Україні можливо шляхом реалізації низки інституційних рішень, які включають:

- 1) перегляд статусу регуляторної політики та її визначення

як важливої міжвідомчої політики. Для цього необхідно вилучити заходи щодо реалізації регуляторної політики зі складу Національної програми розвитку малого підприємництва¹⁷⁴ та оформити їх у вигляді самостійної державної цільової програми з акцентом на підвищення спроможності основних регуляторів здійснювати не стільки формальні процедури оприлюднення проектів регуляторних актів та публічних консультацій, скільки кількісний обрахунок аналізу вигод і витрат (кількісний аналіз регулятивного впливу);

2) вирішення конфлікту інтересів в Міністерстві економічного розвитку та торгівлі України при виконанні ним функцій у сфері реалізації державної регуляторної політики шляхом або заснування окремого центрального органу виконавчої влади зі спеціальним статусом, функції якого були б обмежені виключно здійсненням державного нагляду за виконанням органами виконавчої влади вимог законодавства у сфері державної регуляторної політики, чи вибір для виконання вищезазначених контрольних функцій такого центрального органу виконавчої влади, який би не мав власних регуляторних функцій. Обидва варіанти мають передбачати ефективну співпрацю з профільними представницькими бізнес-асоціаціями та іншими інституціями громадянського суспільства;

3) визначення етапності впровадження кількісних розрахунків аналізу вигод і витрат до найважливіших сфер регулювання (наприклад, у Міністерстві економічного розвитку та торгівлі України) для утворення практики таких розрахунків та поступового її розширення на інші центральні органи виконавчої влади й поступово на органи місцевого самоврядування.¹⁷⁵

У зв'язку з наведеним дослідження механізмів проведення оцінювання якості легалізації вбачається актуальним. У рамках встановлення правової якості та ефективності легалізації

¹⁷⁴ Закон України «Про Національну програму сприяння розвитку малого підприємництва в Україні» від 21.12.2000 р. – № 2157-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 4. – С. 1. – Ст. 105.

¹⁷⁵ Щодо шляхів вдосконалення реалізації регуляторної політики в Україні. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/517/>

доцільно використовувати метод встановлення соціально-економічної ефективності. Якість законодавчого акта є основоположною складовою ефективності права. Це обумовлено тим, що законодавчий акт, який зародився в соціальній взаємодії, наділяє право силою державного примусу, робить право правом (в об'єктивному сенсі). І від того, наскільки якісним є законодавчий акт, найбільшою мірою залежить ефективність дії права й у кінцевому результаті – рівень правосвідомості й правової культури.

Саме у зв'язку з такою важливістю питання якості законодавчого акта є предметом вивчення як юридичної догматики, так і соціології права. Відзначимо також, що такі унікальні властивості закону, як закріплення різних соціальних інтересів в узагальненому вигляді й забезпечення їх силою державного примусу, роблять його більш універсальним і ефективним у порівнянні з іншими джерелами права (судовий прецедент, звичай, договір).

Виділяється правова (формальна) якість і якість соціально-економічної зумовленості права (соціальна якість права). Зокрема, такий поділ наведений у праці В. В. Ігнатенко «Правова якість закону як наукова категорія». Отже, при оцінці якості закону слід ураховувати як характеристики юридичної форми закону (формальна якість), так і його соціальний зміст (якість соціально-економічної обумовленості).¹⁷⁶

Таким чином, якість легалізації можна визначити як цілісну стійку сукупність правових і соціальних властивостей легалізації, що забезпечує ефективність її дії.

Пропонується використання методу встановлення соціально-економічної ефективності легалізації, що ґрунтується на ОРВ, а саме на аналізі «витрати – ефективність» (cost-effectiveness analysis).

Формально це виражається таким чином: у рамках здійснення оцінки регулюючої дії норми (яка містить процедуру легалізації) з усієї сукупності загальнонаукових методів

¹⁷⁶ Ігнатенко В. В. Правова якість закону як наукова категорія ... С. 7.

виділяється метод наукового моделювання, змістом якого є побудова моделі дослідження. У рамках зазначеного методу розгортається система дослідження (інтегративний метод установлення соціально-економічної ефективності), у межах якої рух до результату відбувається з використанням всіх інших як загальнонаукових, так і спеціальних методів юридичної науки.

Для позиційного розуміння даної системи дослідження розглянемо умови й правила розвитку руху пізнання в рамках останньої.

З усієї безлічі специфік досліджуваної системи визначаються не більше трьох найбільш значущих точок впливу.

У рамках певних точок впливу розкриваються їхні суттєві інтереси. Надалі процес пізнання розвивається у встановленні співвідношення між аналізованим поняттям і рівнем реалізації інтересів точок впливу.

Результатом застосування даної системи дослідження є встановлення ступеня ефективності конкретної норми, що містить процедуру легалізації.

Слід пам'ятати, що даний метод установлення ефективності застосовується як до діючих явищ, так і до тих, що лише утворюються. Відповідно стає можливим проаналізувати ефективність не тільки вже діючої процедури (для визначення тих змін, що в неї варто внести), а й такої, що лише утворюється (наприклад, новий нормативний акт: на стадії розробки проекту можливо встановити наскільки затребуваним він буде).

Отже, ми визначилися з аксіоматичною базою, встановили методологію дослідження. Наступним кроком є виявлення системи, у рамках якої вивчатиметься правова якість легалізації. Такою приймається система правового регулювання в Україні.

В узагальненому розумінні правове регулювання можна розглядати як надання впорядкованості та модельного регулювання суспільних відносин.

Додержуючись вибраної моделі дослідження, автор пропонує виділити такі точки впливу: держава, населення, бізнес.

Надалі встановимо істотні інтереси виявлених точок

впливу.

Держава: виконання зобов'язань, що впливають із загальнорегулятивних правовідносин; реалізація фіскальної функції, забезпечення правопорядку.

Населення: реалізація й захист прав, передбачених законодавством; спрощення процедур правореалізації та правозастосування.

Бізнес: отримання прибутку (норми прибутку) на вкладений капітал, розширення сфери впливу й поля діяльності; «зручне» законодавство (перевага працювати в прозорій, а не «тіньовій» економіці).

Розглянемо рух і існування в межах точок впливу системи правового регулювання досліджуваного поняття схематично.

Позначення точок впливу:

Д – держава

Н – населення

Б – бізнес

Позначення інтересів:

I (Д) 1 – інтерес держави у сфері виконання зобов'язань, що впливають із загальнорегуляторних правовідносин.

I (Д) 2 – інтерес держави у сфері реалізації фіскальної функції.

I (Н) 1 – інтерес населення у сфері реалізації прав, передбачених законодавством.

I (Н) 2 – інтерес населення у сфері спрощення процедури правореалізації.

I (Б) 1 – інтерес бізнесу у сфері отримання прибутку, розширення сфери впливу й поля діяльності.

I (Б) 2 – інтереси бізнесу в «зручному» законодавстві.

Показники ступеня реалізації інтересів точок впливу однакові для всіх рівнів системи:

+ = 1 – повністю реалізовані інтереси;

«+» = 0,5 – відносно повністю реалізовані інтереси;

«-» = 0,25 – відносно не повністю реалізовані інтереси;

- = 0 – інтереси взагалі не реалізовані.

Позначення закріплених у нормах законодавства процедур легалізації:

A = дозвіл на зайняття певним видом діяльності (державна реєстрація СПД). Як приклад, розглянемо розрахунок ступеня правової якості такого елемента легалізації, як дозвіл на зайняття певною діяльністю (легалізація юридичних осіб).

У рамках A відбувається таке:

$I(D) 1 = +$, бо держава виконує прийняті перед громадянами зобов'язання.

$I(D) 2 = +$, держава реалізовує фіскальну функцію за допомогою податків і зборів, установлених як за державну реєстрацію, так і за отримання ліцензій та інших форм дозволу на зайняття певним видом діяльності.

$I(H) 1 = +$, бо населення реалізує передбачене законодавством право на зайняття підприємницькою діяльністю.

$I(H) 2 = «+»$, хоча населення має можливість реалізації права на зайняття підприємницькою діяльністю, однак процедура реєстрації, одержання необхідних документів, ускладнена бюрократичною «тяганиною», бажано – спрощення.

$I(B) 1 = +$, бо статус суб'єкта підприємницької діяльності набувається внаслідок державної реєстрації.

$I(B) 2 = «+»$, суб'єкти бізнесу усвідомлюють необхідність і обґрунтованість оплати державних мит і зборів за реєстрацію і т.д., однак бажано – зменшення розміру подібних платежів.

Результат ефективності A встановлюється за допомогою підсумовування балів показників реалізації інтересів. У даному разі він буде $= 5$. Безумовно, наведений приклад показує лише загальну процедуру проведення дослідження. При реальному аналізі відзначається високий рівень конкретизації і детального відпрацювання кожного інтересу окремої групи, ступінь впливу прийнятої норми на нього, прогнози.

Слід брати до уваги, що в результаті застосування цього методу будуть виявлені не тільки позитивні, але й негативні сторони досліджуваного поняття, що у свою чергу дозволить усунути існуючі та запобігти можливим колізіям у законодавстві.

Безумовно, важливе значення має чинник часу, а відповідно й ступінь адекватної ефективності щодо потреб суспільства.

Поряд із цим, серед актуальних проблем правової науки України однією з найважливіших є вдосконалення механізму здійснення нормативних актів. Законодавчій базі властивий статичний характер, і завдання правового регулювання – забезпечити його динаміку.

Прийнято величезну кількість нормативних актів, однак їх втілення в життя – перехід у динамічний стан і власне регулювання суспільних відносин – найчастіше сполучено зі складностями здійснення й недосконалістю правозастосовних процедур.¹⁷⁷

Вплив культури правозастосування на ефективність реалізації легалізаційної процедури обумовлений роллю здійснення права в механізмі його дії.

Навіть найякісніший закон, якщо він не реалізується чи реалізується недостатньо повно, не буде ефективним, оскільки видання законодавчого акта не є самоціллю. Закон приймається «від людей, людьми й для людей», тобто він потрібний для того, щоб кожний конкретний індивід чи організація могли скористатися ним для досягнення будь-яких благ або вирішення проблем.¹⁷⁸

Ще у 80-х роках минулого століття В. М. Горшенев зазначав підвищення ролі процедурних і процесуальних норм у сучасній державі, те, що правовий режим повинний насамперед визначатися технологією реалізації юридичних розпоряджень.¹⁷⁹

Слід зазначити, що деякі автори, виходячи з важливості даного елемента механізму дії права і його особливостей, кажуть про те, що ефективність права – це властивість саме процесу правореалізації. А якість закону є лише необхідною умовою

¹⁷⁷ Гнатюк М. Д. Правозастосування та його місце в процесі реалізації права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Мар'яна Дмитрівна Гнатюк ; НАН України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. – К., 2007. – 209 с.

¹⁷⁸ Эффективность закона (методология и конкретные исследования) / отв. ред. В. М. Сырых, Ю. А. Тихомиров. – М. : БЕК, 1997. – 216 с.

¹⁷⁹ Горшенев В. М. Правоприменительная деятельность / В. М. Горшенев, И. Я. Дюрягин // Сов. гос. и право. – 1969. – № 5. – С. 23.

ефективності дії права, його реалізації.¹⁸⁰

Разом з тим уявляється, що ефективність права формується з трьох рівнозначних і взаємозалежних складових: якість закону, ефективність здійснення права та рівень правосвідомості й правової культури.

У попередніх розділах було доведено, що легалізація становить собою правову процедуру, яка стосовно реалізації правових розпоряджень і свого змісту найчастіше виступає відособленим підвидом застосування права, що дозволяє здійснювати зацікавленим особам свої потреби й інтереси у сфері визнання й узаконення певних суб'єктів, об'єктів, дій. Отже, казати про ефективність легалізації можливо в тому числі лише за умови існування ефективного правозастосування, бо якщо будуть дотримані й враховані всі вимоги до формування ефективного застосування права, можливим буде існування й ефективних легалізаційних дій.

Очевидно, що необхідною умовою здійснення права й запорукою його ефективності є якісний правовий акт. Якщо він не буде відповідати вимогам ефективності, то суб'єкт здійснення не зможе повною мірою втілити в життя закріплене в ньому право чи належним чином виконати покладений на нього обов'язок через різні дефекти. Наприклад, якщо недостатньо чітко визначені мета, коло прав і обов'язків, або даний акт не узгоджується з іншими, або текст написаний недоступною мовою чи містить логічні помилки тощо.

Якщо правовий акт не якісний, то його здійснення тільки збільшить це й лише у виняткових випадках може підвищити його ефективність. Якби процес здійснення права полягав у впровадженні в життя тільки норм права, що містяться в якісних правових актах, то це було б головною передумовою ефективності правозастосування.¹⁸¹

Але основна проблемність ефективності правоздійснення

¹⁸⁰ Цвік М. Про сучасне праворозуміння / М. Цвік // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4. – С. 3-13.

¹⁸¹ Эффективность правового регулирования / под. ред. В. Д. Попкова. – М. : Изд-во МГУ, 1975. – 223 с.

полягає саме в тім, що в Україні діє безліч усіляких підзаконних актів.

Підзаконні нормативні акти – це нормативні правові акти, видавані на основі й у виконання законів органом державної влади в межах своєї компетенції.¹⁸²

Важливість якості підзаконних нормативних актів для забезпечення ефективності правозастосування полягає в тім, що, регулюючи конкретні відносини, дані норми є обов'язковими для всіх, на кого вони спрямовані. З іншого ж боку, що ще більш важливо для ефективності права, правозастосувач при виборі норми права, якою йому варто керуватися, у першу чергу звертає увагу на підзаконні нормативні акти, що регулюють саме ту конкретну ситуацію, в якій він перебуває. При цьому головною вимогою, що ставиться до підзаконних актів, є їх відповідність законам, на виконання яких вони приймаються. Однак у зв'язку з тим, що підзаконний акт повинний розкривати й конкретизувати положення закону, виникає питання про те, де знаходиться межа між конкретизацією законодавчих актів і закріпленням норм, що не відповідають положенням законів. Норми підзаконного акта в жодному разі не повинні виходити за рамки, визначені в законі. Для вирішення зазначеної проблеми, по-перше, необхідно, щоб ці межі чітко визначалися в самому законі, а по-друге, законодавчо повинна бути дуже конкретно визначена компетенція відповідних органів із прийняття підзаконних актів.

При цьому компетенція конкретного органу державної влади обумовлює те, що підзаконний нормативний акт, що прийняв такий орган, має особливості тієї галузі, в якій діє даний суб'єкт. При цьому, як уже відзначалося раніше, проблема таких нормативних актів полягає в практичній неможливості врахування всіх інтересів як громадян і соціальних груп, так і інших відомств. Проблема якості підзаконних нормативних актів ускладнюється ще й тим, що звичайно їх розробляють фахівці конкретного відомства, що має специфічну й вузьку

¹⁸² Ющик О. І. Законодавчий процес як вид юридичного процесу / О. І. Ющик // Правова держава : зб. наук. пр. – К., 2005. – Вип. 16. – С. 109-117.

спеціалізацію, перед яким ставиться конкретне завдання. При цьому особливістю процедури видання підзаконних актів є те, що їх правову експертизу провадять різні органи, які перебувають у підпорядкуванні органів виконавчої влади.¹⁸³

У теорії права широко обговорюється питання про можливість видання підзаконних актів, що регулюють відносини, неурегульовані законами. Прийняття таких підзаконних актів можливо тільки в надзвичайних випадках і на короткий час, до прийняття відповідного закону. Обґрунтувати це можна тим, що в результаті подібної нормотворчості підзаконний акт підмінює закон, що неприпустимо.

По-перше, про якість розробки даних нормативних актів може казати хоча б те, що часом їх розробляють люди, котрі не мають ніякого уявлення про нормотворчу техніку.

По-друге, величезне число указів і декретів було прийнято в чисто популістських цілях, передбачаючи термінові й тверді міри вирішення проблем цієї самої хвилини, при цьому без видимого позитивного ефекту.

По-третє, багато нормативних актів складені з порушенням правил логіки (розглянутих вище), що веде до їх неправильного застосування.

Складність застосування в процесі правореалізації підзаконних актів полягає в тім, що в Україні існує достатня кількість різних по силі й органах, що їх прийняли, видів підзаконних нормативних актів.

Унаслідок цього для забезпечення ефективного здійснення права необхідно встановити всі наявні закони й підзаконні нормативні акти, що регулюють дані конкретні відносини, установити їхню силу й взаємодію між ними. Якщо ж підзаконні акти суперечать один одному чи законодавчим актам, при цьому маючи однакову силу, а тим більше якщо підзаконний акт претендує на визнання його таким, що має силу закону, то можливість ефективного й, головне, законного здійснення своїх прав особою дорівнює нулю.

¹⁸³ Административное право Украины / под. ред. С. В. Кивалова. – Х. : Одиссей, 2004. – 376 с.

Потенційно найбільш відповідною ланкою, що визначає ефективність застосування права, є інформаційна забезпеченість її суб'єктів. Усі суб'єкти правозастосування в цілому й легалізації зокрема (органи влади, юридичні й фізичні особи) для точного й правильного застосування закону повинні мати необхідну й достатню інформацію про стан правового регулювання конкретного відношення. Це питання стає дедалі більш актуальним останнім часом зі збільшенням числа різних нормативно-правових актів. У результаті напливу величезної кількості правової інформації дедалі складніше стало дотримуватися принципу знання права.¹⁸⁴

Ще одним фактором, який впливає на ефективність правозастосування, є якість роботи органу застосування права.

Якість роботи органу, що здійснює правозастосування, у тому числі й легалізаційну діяльність (суб'єкта легалізації), складається з багатьох складових:

- стан управління (науковість організації праці, організаційна структура органу, порядок його діяльності, чіткість розподілу функцій, компетенції, злагодженість і погодженість усіх ланок системи органів);

- мікроклімат, у якому відбувається легалізаційна діяльність (творчий підхід, обстановка, в якій немає місця бюрократизму, формалізму, тяганині, проявам відсталості, байдужості до людини);

- суб'єктивні якості працівників органу, здійснюючого легалізаційну діяльність (знання ними права, рівень правосвідомості, професійна етика, авторитет, досвід, високі моральні якості, загальний культурний рівень);

- матеріально-технічне забезпечення процесу застосування права і т.д.¹⁸⁵

Відзначимо, що питання підвищення якості роботи персоналу органу правозастосування (як виду персоналу) є

¹⁸⁴ Кудрявцев В. Н. Эффективность правовых норм / В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самощенко, В. В. Глазырин. – М. : ВНИИСЗ, 1980. – 176 с.

¹⁸⁵ Игнатенко В. В. Правовое качество закона как научная категория / В. В. Игнатенко // Сиб. юрид. вестник. – 1998. – № 1. – С. 73.

предметом усебічного вивчення науки менеджменту. Отже, для того щоб домогтися максимально якісної роботи правового персоналу (з метою підвищення ефективності правореалізації), керівникові органу необхідно використовувати ті прийоми й способи, що розроблені саме менеджментом, а не соціологією права.

Ще однією складовою ефективності застосування права є рівень правосвідомості й правової культури суб'єктів права, на яких спрямована його дія. Роль правосвідомості в правозастосуванні полягає у ставленні до права особи, котра застосовує норму. Як уже відзначалося вище, якщо особа сприймає цілі права як потрібні їй зокрема, то вона робитиме все можливе для здійснення права. Якщо зазначена мета не збігається з особистими інтересами й потребами, то для подолання цієї невідповідності можуть використовуватися заходи заохочення й санкції, для того щоб стимулювати суб'єкта. У цьому разі має значення ставлення суб'єкта до цих заходів: чи є для нього встановлені пільги й привілеї реальним благом; чи сприймає він міри відповідальності як досить суворі й невідворотні. У цьому контексті особливої значимості набувають питання, пов'язані з популяризацією відносин, пов'язаних з легалізаційною діяльністю.

На ефективність реалізації права активно впливають різні умови зовнішнього середовища, під якими слід розуміти всілякі неправові фактори (механізми): економічні, політичні, культурні, екологічні, природні тощо. Вище вже згадувалося про те, що закон, будучи ланкою в більш високій системі, повинний враховувати вплив на регульовані ним відносини таких неправових факторів. Однак найбільше значення дане питання має конкретно для ефективності правозастосування, оскільки в законі, що діє тривалий час, неможливо врахувати всіх можливих факторів зовнішнього середовища й пристосування до цих умов є завданням здійснення права. Саме неправові за своїм характером механізми, взаємодіючи між собою, обумовлюють відхилення від ідеального, регулятивного механізму, від намічених законодавцем цілей, обумовлюють перехід від моделі, яку

запропонував законодавець, до іншої; ламають законодавчу модель. Ці самі механізми визначають рівень соціально-правової активності суб'єктів, котрі беруть участь у реалізації закону.¹⁸⁶

Отже, для найбільш ефективної легалізаційної діяльності поведінка її суб'єктів повинна перебувати в несуперечності, гармонії з іншими механізмами (економічними, політичними, культурними тощо). Більш того, будучи по своїй суті інтелектуальною діяльністю, досягнення ефективності в ній потребує високого рівня знань у праві, у тому числі професійне володіння правилами, засобами й способами юридичної техніки й технології. Інакше імплантація закону в суспільні відносини призведе лише до його адаптації, але не до реального впливу на суспільні відносини.

У теорії права розділяють дві основні форми правозастосування, суб'єктом здійснення якого є особа, наділена державно-владними повноваженнями: судове правозастосування й виконавче правозастосування. Ці форми різні настільки, наскільки відрізняються одна від однієї судова й виконавча влада. Спільне ж у них те, що результатом їхньої діяльності є видання правозастосовного акта.

Значна кількість проблем виникає при розгляді правозастосовного процесу в рамках виконавчої влади. По-перше, слід зазначити, що в результаті правозастосування різні органи виконавчої влади, так само як і судові органи, видають індивідуально-правові акти.

При всіх безсумнівних розходженнях цих видів правозастосовних актів поєднує їх єдина мета – впровадження в життя положень закону шляхом видання індивідуального правового акта, що регулює конкретні відносини конкретних людей у конкретній ситуації. Правозастосовні акти виконавчої влади є «провідником» положень, установлених у законах, більш повно розкриваючи зміст закону чи встановлюючи конкретні права й обов'язки в конкретній ситуації, визначеної в законі.

Виходячи з цього, головною вимогою до всіх актів

¹⁸⁶ Завадская Л. Н. Механизм реализации права / Л. Н. Завадская. – М. : Норма, 1992. – 238 с.

правозастосування є їх чітка відповідність законам, для реалізації яких вони приймаються. При цьому, як справедливо відзначають деякі автори, соціальні цілі правозастосовних актів не завжди збігаються (і не повинні збігатися) з цілями закону, на виконання якого вони приймаються.

Це відбувається з тієї причини, що закон приймається для досягнення будь-якої загальної мети. Правозастосовний акт видає, по-перше, орган виконавчої влади, що має чітко визначену компетенцію, а по-друге, він призначений (звичайно) для вирішення проблем, що існують або загрожують виникненням у найближчому майбутньому. Таким чином, цілі правозастосовних актів істотні вже в порівнянні з цілями закону, але при цьому не повинні відхилятися від них.¹⁸⁷

Існує особливість правозастосовної діяльності виконавчої влади в Україні, що є наслідком довгого її функціонування в режимі адміністративно-командної системи, – це існування такого явища, як «телефонне право», коли по телефонному зв'язку «зверху» даються вказівки, як саме потрібно вирішувати те чи інше питання. Існування «телефонного права» негативно впливає на ефективність здійснення права, по-перше, оскільки воно є неконституційним і незаконним і, по-друге, утворює в населення негативне ставлення до влади, породжує недовіру до права.

Основною метою правозастосовної діяльності є здійснення права. Оскільки кінцевою метою права є забезпечення досягнення громадянами своїх благ і захист прав і інтересів, то, відповідно, і правозастосовні акти повинні прийматися в першу чергу в інтересах громадян, що звернулися за вирішенням питання.

При розгляді питання ефективності правозастосування ще більш актуальним стало питання про соціальну обумовленість права, оскільки діяльність правозастосовних органів безпосередньо ґрунтується на інтересах і потребах громадян. Особливість соціальної обумовленості індивідуальних

¹⁸⁷ Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2008. – С. 78.

правозастосовних актів полягає в тім, що вони приймаються не на основі типових інтересів і для регулювання будь-якого виду відносин, а виходячи з конкретних інтересів і потреб осіб, що звернулися, і для вирішення конкретної ситуації. Отже, при вирішенні конкретного питання суд чи орган виконавчої влади повинний керуватися не тільки законодавством, але й, виходячи з конкретної життєвої ситуації, ураховувати інтереси всіх сторін.

Усі зазначені вище характеристики, що обумовлюють ефективність як здійснення права в цілому, так і правозастосування зокрема, безпосередньо впливають на величину суспільних витрат, необхідних для досягнення результату.

Відповідно, чим складніше система органів, що забезпечують застосування права, чим більше потрібно хитромудрощів, не відповідних законам, чим більше потрібно зусиль для одержання необхідної правової інформації, – тим гірше організована робота в правозастосовному органі. Чим менше враховуються в процесі реалізації економічні, екологічні, політичні, культурні тощо фактори, а також рівень правосвідомості населення й конкретної особи, що звернулася, чим гірше якість правозастосовних актів і чим менше відповідає правозастосовна діяльність соціальним інтересам і потребам, – тим більше потрібно суспільних витрат для здійснення законів і тем нижче ефективність права.

У даному дослідженні був установлений взаємозв'язок між легалізацією й правозастосуванням, а відповідно, й обґрунтовано місце легалізації в системі здійснення права, а саме зазначалося, що легалізація в праві найчастіше виступає у формі правозастосування. Відповідно вимоги до підвищення ефективності застосування права в цілому належать і до легалізації зокрема.

На основі аналізу даних, що зазначають умови підвищення ефективності правозастосування, можливо виділити ті характеристики (аксіоми), реалізуючи які законодавець і правозастосувач зможуть підвищити ефективність легалізаційної

діяльності:

1) якість закону і вид правових норм, які містяться в ньому, що обумовлює форму легалізації і відповідний механізм її здійснення;

2) ефективною може бути тільки така легалізація, що в усьому відповідає вимогам законодавства;

3) для легалізації необхідною умовою її ефективності є забезпеченість правовою й іншою інформацією всіх суб'єктів, відповідальних за її реалізацію;

4) здійснення легалізаційної процедури має органічно сполучатися з економічними, політичними, соціальними, культурними й іншими факторами, що впливають на регульовані правом відносини й взаємодіють між собою;

5) якість легалізаційної процедури безпосередньо залежить від правосвідомості й правової культури всіх суб'єктів легалізації, розвитку загальнотеоретичної підготовки таких суб'єктів;

6) легалізаційна діяльність повинна ґрунтуватися не тільки на законодавчих і підзаконних актах, але й на інтересах і потребах фізичних і юридичних осіб і конкретних фактичних обставинах.

Отже, ефективність легалізації залежить від багатьох факторів, що формують певні вимоги як до суб'єкта правозастосування, так і до законодавця.

Шляхи вдосконалення легалізаційної діяльності позначені, однак для фактичного підвищення ефективності легалізації необхідні конкретні дії з боку визначених суб'єктів, а не тільки їх формальне декларування. Варто пам'ятати, що при неефективній системі здійснення права в цілому неможливо існування ефективної процедури легалізації зокрема.

Розділ 3.

ТРАДИЦІЙНІ ВИДИ ЛЕГАЛІЗАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

3.1. Легітимність, легальність та легалізація державної влади

Здатність держави реалізовувати свої функції, досягати поставлених завдань докорінно залежить від ефективності державної влади. Легітимна, легальна й легалізована державна влада зміцнює державність, сприяє розвитку суспільства, закріпленню й реалізації основних прав і свобод. Загальнотеоретичне дослідження легалізації державної влади має велике значення у зв'язку зі здійсненням демократичних перетворень в Україні. Питання легалізації і легітимації нової державної влади набуло характеру практичної проблеми.

Легітимність державної влади є фактичним відображенням високого рівня прийняття державної влади з боку суспільства. В свою чергу, легальність державної влади, є формально-юридичним підтвердженням закріплення повноважень та статусу інститутів державної влади у чинному законодавстві. У сучасних умовах легальність державної влади, як юридичне поняття, означає встановлення, визнання, підтримку даної влади законом, насамперед конституцією, опору влади на закон. Обґрунтування владних повноважень корениться в даному разі в юридичних актах і процедурах, у правових відносинах.

Поряд із цим, якщо ми аналізуємо сучасну державу, то маємо враховувати необхідність ще й легалізації державної влади такої держави, в контексті визнання легальності й легітимності існуючого державного ладу збоку іноземних держав.

Відповідно, для встановлення особливостей легалізації державної влади необхідно розкрити особливості її легітимності та легальності.

Від легітимності варто відрізняти легальність влади. Це юридичне поняття, що означає відповідність влади чинному позитивному праву. Наприклад, влада президента легальна, бо він обраний відповідно до закону й у здійсненні своїх повноважень спирається на закон.¹⁸⁸

Дієздатність влади багато в чому залежить від її легітимності (від лат. *legitimus* – законний). Це один із показників ефективності політичної влади. У легітимності відображається ставлення громадян до влади. Її можна визначити як стан влади, коли вона визнається більшістю народів законною й справедливою.¹⁸⁹

Легітимність і авторитетність влади – явища, що певною мірою збігаються. Легітимність означає згоду народу з владою, коли він добровільно визнає її право приймати рішення, що повинні виконуватися. Чим нижче рівень легітимності, тим частіше влада спиратиметься на силовий примус.

Легітимація державної влади може включати і, як правило, включає її легалізацію. Але легітимація суперечить із формальною легалізацією, якщо юридичні закони не відповідають нормам справедливості, загальнодемократичним цінностям, настановам, що склалися в більшості населення країни. У цьому разі легітимація чи відсутня (наприклад, населення негативно ставиться до встановлених владою тоталітарних порядків), або під час революційних подій, національно-визвольних рухів відбувається легітимація іншої, антидержавної, повстанської, переддержавної влади, що склалася у звільнених районах, яка стає потім державною владою.

Легітимація нерідко зовсім не має відношення до закону, а іноді й суперечить йому. «Це процес не обов'язково формальний і навіть найчастіше неформальний, за допомогою якого державна влада набуває властивості легітимності, тобто стану, що виражає

¹⁸⁸ Кузнецов С. С. Процесс легитимации государственной власти в Украине в условиях современных демократических трансформаций : дис. ... канд. полит. наук : 23.00.02 / Сергей Сергеевич Кузнецов ; Одес. нац. юрид. академия. – О., 2008. – 203 с.

¹⁸⁹ Алексеева Т. А. Власть и легитимность / Т. А. Алексеева // Власть: философско-политические аспекты / под ред. В. В. Мшвениерадзе. – М., 1989. – С. 86.

правильність, виправданість, доцільність, законність і інші сторони відповідності конкретної державної влади настановам, очікуванням особистості, соціальних і інших колективів, суспільства в цілому. Визнання державної влади, її дій легітимними складається на основі почуттєвого сприйняття, досвіду, раціональної оцінки. Воно спирається не на зовнішні ознаки (хоча, наприклад, ораторські здібності вождів можуть справити значний вплив на публіку, сприяючи встановленню харизматичної влади), а на внутрішні спонукальні мотиви, внутрішні стимули».¹⁹⁰

Легітимація державної влади пов'язана не з виданням закону, прийняттям конституції (хоча й це може входити в процес легітимації), а з комплексом переживань і внутрішніх настанов людей, із уявленнями різних верств населення про дотримання державною владою, її органами норм соціальної справедливості, прав людини, їх захисту. Як зазначає В. В. Дудченко, «ідея права за всіх часів асоціювалася з ідеєю справедливості як вищою моральною цінністю в суспільстві. Якщо суспільство впевнено, що існує система цінностей, воно буде оцінювати право в контексті цих цінностей і бажати змінити його в тих випадках, коли воно їм не відповідає. У цьому зв'язку співвідношення легітимності (справедливості) й легальності (законності) державної влади необхідно розглядати з погляду проблематики позитивізму проти природного права».¹⁹¹

Нелегітимна влада спирається на насильство, інші форми примусу, у тому числі психічний вплив, але легітимацію не можна нав'язати людям ззовні, наприклад силою зброї чи откритої «гарної» конституції монархом своєму народу. Вона утворюється відданістю людей певному суспільному ладу (іноді певній особистості), що виражає непорушні цінності буття. В основі такого роду відданості лежить віра людей у те, що їхні

¹⁹⁰ Пролеєв С. В. Феномен влади: сутність, генезис, типи легітимації (соціально-філософський аналіз) : дис. ... д-ра філос. наук : 09.00.03 / Сергей Викторович Пролеєв ; Ін-т філософії ім. Г. С. Сковороди НАН України. – К., 2006. – 440 с.

¹⁹¹ Дудченко В. В. Легітимність і легальність: питання співвідношення / В. В. Дудченко // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. – О. : Юрид. літ., 2005. – Вип. 26. – С. 58-64.

блага залежать від збереження й підтримки даного порядку, даної державної влади, переконання в тім, що вони відображають інтереси народу.¹⁹²

Разом з тим легітимна влада має право й зобов'язана в інтересах суспільства вживати примусових заходів, передбачених законом, якщо інші способи припинити антигромадські дії не дають результатів.

Легітимація державної влади оцінюється не за словами її представників (хоча й це має значення), не по текстах прийнятих нею програм і законів (хоча й це важливо), а за практичною діяльністю, по способах вирішення нею корінних питань життя суспільства й кожної особистості.

Ідеальної легітимності (рівень 100% підтримки населенням) не буває. У будь-якому суспільстві є люди, що порушують закони чи ставляться до влади апатично. Нарешті, у демократичному суспільстві існує опозиція офіційній владі. Отже, будь-яка влада повинна підтверджувати свій авторитет, доводити населенню, що саме вона найбільшою мірою відповідає його інтересам.¹⁹³

Легітимація – це спосіб або процес, за допомогою якого влада одержує виправдання. Яким чином влада набуває легітимності? М. Вебер виділив три можливих типи легітимності (панування) в залежності від її джерел.

Традиційна легітимність спирається на традицію, на колись установлений порядок. Види традиційної влади: геронтократія (влада старійшин); патріархальна (влада племінних вождів); патримоніальна (влада монарха, що може бути освячена релігійними нормами); султанізм, де традицією є використання насильства, а влада правителя звільняється від традиційних обмежень (стародавні східні деспотії); влада суверена над феодалами-васалами, що домінувала в середньовічну епоху, а в сучасному суспільстві виявляється в таких явищах, як вірність

¹⁹² Нечипоренко В. О. Філософсько-правовий аналіз легітимації правової держави : дис. ... канд. філос. наук : 12.00.12 / Віталій Олександрович Нечипоренко ; НАН України ; Центр гуманітарної освіти. – К., 2003. – 176 с.

¹⁹³ Легальность и легитимность власти // Вестник МГУ. Серия 12, Социально-политические исследования. – 1994. – № 2. – С. 5-6.

присязі, кодекс честі та ін.

Харизматична легітимність (із греч. *charisme* – божественна благодать) заснована на вірі в керівника, вождя, якому приписуються понадвидатні особисті якості: мудрість, святість, героїзм. Подібну владу мають релігійні пророки, революційні й тоталітарні вожді. Харизматична легітимність будується на безоглядній довірі вождю. Зразки харизми М. Вебер бачив у Христі, Будді, Магометі, Наполеоні, Леніні, Сталіні та ін.

Легальна (раціональна) легітимність має своїм джерелом раціонально встановлені правила, норми (закони). У демократичних країнах це основний тип легітимності, що спирається на конституції і конкретні правові норми.¹⁹⁴

У широкому розумінні легітимність – це прийняття влади населенням країни, визнання її права управляти соціальними процесами, готовність їй підкорятися. У вузькому розумінні легітимною визнається законна влада, утворена відповідно до процедури, передбаченої правовими нормами.

Варто відрізнити легітимність першоджерела влади й легітимність органів державної влади. Легітимність першоджерела влади (пануючого суб'єкта) знаходить висвітлення і юридичне закріплення в конституції країни. Державні органи набувають властивості легітимності по-різному.¹⁹⁵

Представницькі органи стають легітимними на основі проведення передбачених і регламентованих законом виборів. Ці органи одержують владні повноваження безпосередньо від першоджерела влади.

Органи управління набувають легітимності шляхом конкурсного добору, призначення їх найчастіше представницькими органами й у порядку, передбаченому законом.

Легітимними повинні бути й здійснювані органами держави владні повноваження, методи діяльності, особливо метод

¹⁹⁴ Вебер М. Избранные произведения / М. Вебер. – М., 1990. – С.83.

¹⁹⁵ Завершинский К. Ф. Легитимность: генезис, становление и развитие концепта / К. Ф. Завершинский // Полис. – 2001. – № 2. – С. 113-131

державного примусу.

Нелегітимна влада визнається узурпаторською. У вузькому розумінні слова «узурпація» – насильницьке протизаконне захоплення влади будь-якою особою чи групою осіб, а також присвоєння собі чужих владних повноважень. Узурпацією визнається, наприклад, порушення правових процедур при проведенні виборів або їх фальсифікація.¹⁹⁶

Юридичним відображенням легітимності влади служить її легальність, тобто нормативність, здатність втілюватися в нормах права, обмежуватися законом, функціонувати в рамках законності.

Визначаючи формально-юридичне визнання чи невизнання державної влади, необхідно з'ясувати: наскільки правові акти, що закріплюють це визнання, відповідають правовим принципам, у тому числі тим, що містяться в міжнародному праві. Загальноприйняті принципи й норми міжнародного права мають пріоритет над внутрішнім правом, що характерно й для України.

Визнання державної влади правом – поняття юридичне. Воно співвідноситься з визнанням і допущенням того чи іншого явища, інституту, «державної дії» правом.

Не можна погодитися з Ю. А. Тихомировим, котрий вважає, що під легалізацією влади потрібно розуміти її визнання, підтримку з боку суспільства. Також сумнівною бачиться схожа позиція з цього питання Р. Лівшица, котрий прийняття закону відповідним органом і у встановленому порядку вважає наданням йому формальної легітимності, а підтримку вимог закону народом і їх реалізацію в реальному житті – змістовною легітимністю чи легальністю.¹⁹⁷

Між легалізацією і легітимацією державної влади немає «китайської стіни»: правові акти й процедури можуть бути складовою частиною легітимації, а остання утворює необхідні передумови для міцної легалізації державної влади. Разом з тим легітимація відіграє важливу роль у суспільстві, бо будь-яка

¹⁹⁶ Чиркин В. Е. Основы государственной власти : учеб. пособие / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 1996. – 112 с.

¹⁹⁷ Тихомиров Ю. А. Публичное право / Ю. А. Тихомиров. – М., 1995. – С. 89.

державна влада не може спиратися тільки на проголошені нею закони чи тільки на насильство. Щоб бути стійкою, міцною, стабільною, вона повинна шукати підтримки суспільства, певних груп, засобів масової інформації і навіть певних впливових особистостей. У сучасних умовах представники авторитарної і тоталітарної за своїм характером влади нерідко влаштовують зустрічі й наради з видатними представниками інтелігенції, впливовими журналістами, організують відвідування різних районів країни, зустрічі з колективами підприємств і т.д. Мета цих заходів – знайти підтримку насамперед діями, але також настроями, почуттями.¹⁹⁸

У цьому зв'язку доцільно припустити, що легальність є складовою частиною об'єктивної сторони влади, а легітимність – суб'єктивної. Тому саме по собі закріплення системи влади в законі, у тому числі в конституції (об'єктивація), є характеристикою, що визначає її легальність. Саме поняття «легальність» у перекладі з латинської означає «законність».

Конституція має виключне значення як визнання державної влади й всієї системи державних органів. Демократичний спосіб прийняття конституції розглядається в усьому цивілізованому світі як доказ легітимності існуючого порядку управління. Однак варто враховувати й той момент, що положення конституції повинні як відповідати соціально-політичним потребам суспільства, так і належним чином реалізовуватися, щоб основний закон країни не перетворювався на декларацію. Конституційне визнання державної влади при тільки зовнішньому дотриманні демократичних процедур набуває форми дефектного визнання. За своєю природою визнанню державної влади властивий формально-юридичний підхід. За своєю логічною структурою й обсягом це явище виступає як складова частина легітимації. Різні прояви легітимації можуть виступати підставами для закріплення тих або інших результатів у юридичному порядку (тобто легалізації). Однак ці явища в

¹⁹⁸ Чиркин В. Е. Легализация и легитимация государственной власти / В. Е. Чиркин // Гос. и право. – 1995. – № 8. – С. 37.

певних випадках можуть бути неузгоджені, а іноді й суперечити один одному. Приклад: конституційне узаконення нелегітимної (в уявленні народу й світового співтовариства) влади білої меншості в ПАР до 1994 року.¹⁹⁹

Однак, по-перше, конституції і закони можуть бути прийняті, змінені, скасовані різними способами. Утворені в результаті військових переворотів у багатьох країнах Азії, Африки, Латинської Америки військові й революційні ради декретували скасування (часто – призупинення) конституцій і нерідко без будь-яких особливих процедур проголошували нові тимчасові конституції. У дійсності в Іраку така тимчасова конституція зберігає свою чинність з 1970 року дотепер, в ОАЕ тимчасова конституція, що її прийняли еміри, – з 1971 року. В окремих країнах конституції замінювалися інституційними актами (Бразилія), прокламаціями (Ефіопія). Монархи одноосібно «дарували» конституції «своєму вірному народу» (Непал, Саудівська Аравія та ін.). У Росії 1993 року дія Конституції 1978 року (з виправленнями) була припинена указом президента. По-друге, іноді конституції і закони, прийняті відповідно до встановлених процедур, за своїм змістом легалізували відкрито диктаторську, антинародну владу, тоталітарну систему. Такими були конституційні акти фашистської Германії, расистське законодавство ПАР (до прийняття 1994 р. тимчасової конституції), «партії-держави» Гвінеї чи конституції африканського Заїру (їх було декілька), які проголошували, що в країні існує єдиний політичний інститут – правляча партія-рух, а законодавчі, виконавчі органи, суди є органами цієї партії. Конституції Росії і СРСР, прийняті в період радянського устрою, що проголошували належність влади трудовому народу, у дійсності легалізували тоталітарний і навіть часом терористичний режим.²⁰⁰

Дослідження зазначеної ситуації вказує на деяку колізію. З

¹⁹⁹ Чиркин В. Е. Основы государственной власти : учеб. пособие / В. Е. Чиркин. – М. : Юрист, 1996. – 112 с.

²⁰⁰ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран / В. Е. Чиркин. – 6-е изд., перераб. и доп. – М. : Норма, 2010. – С. 49.

одного боку, у тоталітарній державі влада меншості регламентована основними, конституційними законами, тобто належним чином визнана, однак з іншого – вона нелегітимна в уявленні народу.

По своїй суті державна влада має автономію в суспільстві, бо вона представник усього суспільства, суверенна й самостійна. Але, як показує практика, державна влада підпадає під вплив різних політичних партій і громадських об'єднань, так званих «груп тиску». Під тиском цих груп у державі видаються норми, що в кращому разі носять декларативний характер, а в гіршому узаконюють «сваволя». Інакше кажучи, держава, пануючи, не підкоряється закону, не несе обов'язку перед суспільством і особистістю. Отже, державна влада в цьому разі формально легалізована, однак виступає як нелегітимна, тобто не визнана суспільством. Таку легалізацію (тут термін «легалізація» уживається як характеристика, а не як наукова конструкція) іменують дефектною. У зв'язку з цим при побудові правової держави необхідно враховувати не тільки формальне утворення нормативної бази, що легалізує державну владу, але й те, щоб норми права відповідали певним вимогам. Дійсно, «для того щоб бути справжнім правом, а не узаконюванням сваволі, правові норми повинні відповідати певним вимогам і насамперед відповідати загальнолюдським, загальногуманним цінностям (ідеї добра, справедливості, прав людини, демократії і т.д.)».²⁰¹

Звичайно, в умовах авторитарних і тоталітарних режимів конституції можуть прийматися зовні демократичними способами (Установчими Зборами, Верховною Радою у СРСР 1977 р., референдумом на Кубі 1976 р.), вони можуть містити демократичні положення, права громадян (у Конституції СРСР 1936 р. закріпився широкий перелік соціально-економічних прав) і т.д. Але ці моменти потрібно оцінювати лише в комплексі з реальною дійсністю. Так, самі вибори парламенту, приймаючого

²⁰¹ Манько Д. Г. Легализация и легитимация государственной власти / Д. Г. Манько // Право і суспільство: актуальні проблеми взаємодії : матеріали другої міжнар. наук.-практ. конф. – Вінниця, 2001. – С. 27.

конституцію, в умовах тоталітарного режиму не вільні, а фрази про демократію служать прикриттям справжньої ситуації. Таким чином, при порушенні демократичних процедур прийняття конституції, інших актів конституційного значення, при невідповідності таких процедур можливостям народу здійснювати установчу владу при прийнятті основного закону, при суперечності законів загальногуманним цінностям людства формальний (юридичний) закон не відповідає праву. Юридична легалізація державної влади в таких умовах буде ілюзорною, тобто неправдивою, легалізацією.²⁰²

Визнання державної влади (її легальність) нерозривно пов'язано з процедурами наділення владою її носіїв (глави держави, парламенту, уряду). Воно здійснюється по-різному в умовах різних форм правління, державного устрою, політичного режиму. Так, при федеративному державному устрої існує поняття договірної визнання державної влади. Угоди між суб'єктами федерації регламентують основи утворення й механізму функціонування державної влади, поділу предметів спільного відання федерації й окремо узятих республік, що можуть передати деякі повноваження федерації і навпаки. Істотним є той аспект, що угоди між суб'єктами федерації можуть призвести також і до дій, зворотних визнанню державної влади. Прикладом може служити відома Біловезька угода Білорусії, Росії й України 1991 року.²⁰³

Необхідність установлення юридично визнаної і легітимної влади в тому числі пов'язана з тим, що державна влада є єдиним «легальним» примусом.

Як зазначає М. Байтін, «влада безвідносно від форм свого зовнішнього прояву, по суті, завжди примусова, бо, так чи інакше, спрямована на підпорядкування волі членів даного

²⁰² Салмин А. М. Легальность, легитимность и правопреемство как проблемы сегодняшней российской государственности. Приглашение к дискуссии / А. М. Салмин // Полития. – 1998. – № 1. – С. 59-67.

²⁰³ Рябов А. В. Легальность и легитимность власти («Круглый стол» в МГУ) / А. В. Рябов // Полит. исслед. – 1994. – № 2. – С. 67.

колективу, єдиній волі, що панує чи керує в ньому».²⁰⁴

Резюмуючи вищесказане, можна дійти висновку про те, що державна влада повинна бути легітимована – визнана й підтримувана народом, та легалізована – а) внутрішньодержавна форма (обов'язкова умова, первинний рівень) – закріплення державної влади в чинному законодавстві конкретної держави (її інститути, їх компетенція й порядок функціонування); б) зовнішньодержавна форма (необов'язкова умова, похідний рівень) – визнана уповноваженим суб'єктом іноземної держави.

Відповідно, якщо ми говоримо про сучасну державу, як певну якісну категорію, що відображає високий рівень розвитку та організації у відповідності до вимог як народу такої держави так і світового співтовариства, то державна влада такої держави має бути легалізована як на внутрішньодержавному так і зовнішньодержавному рівні.

Первинне визнання (легалізація) державної влади – це дія суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному закріпленні інститутів, їх компетенції й порядку функціонування у чинному законодавстві держави.

Похідне визнання (легалізація) державної влади – це дія суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному визнанні легальності й легітимності державної влади іноземної держави та встановлення із нею відносин представницького та політичного характеру.

Формою визнання (легалізації) державної влади у цьому випадку є зовнішньополітичне визнання державної влади, що виражається у встановленні дипломатичних відносин як основної форми підтримки офіційних відносин між державами, визнання де-юре тієї чи іншої держави та її уряду з боку певної держави.

В Україні процедура легалізації (визнання) державної влади іноземної держави здійснюється відповідно до ч. 4 ст. 106 Конституції України, згідно з якою Президент України має

²⁰⁴ Иванников И. А. Легитимность и эффективность государственной власти / И. А. Иванников // Власть. – 2005. – С. 93.

повноваження на визнання державної влади іноземних держав.²⁰⁵

Фактично «ідеальну» парадигму визнання державної влади можна уявити в такий спосіб: визнання й підтримка державної влади народом; процедури закріплення державної влади, її інститутів і процедури впливу в законах держави; визнання державної влади (держави) на міжнародній арені.

Таким чином, одержавши незалежність, наприклад, внаслідок збігу історичних обставин, знаходяться формальні ознаки державності. Однак цього недостатньо, необхідно починати кроки до закріплення суверенітету на світовому просторі. Для відстоювання зовнішньополітичних інтересів молодій державі потрібно широке міжнародне визнання й установлення дипломатичних відносин із більшістю країн світу.

Сучасні тенденції інтеграції і розвитку міжнародних відносин визначають наявність у розвинених державах ефективної і якісної системи процедур, пов'язаних із визнанням легітимності й легальності державної влади іноземних держав. Установлення з такими державами тривалих відносин як в економічній, політичній, так і в інших сферах.

Потреба подальшого глибокого й усебічного вивчення проблем легалізації і легітимації державної влади обумовлюється становленням України як правової держави, для якої необхідні демократичні процедури функціонування всіх інститутів держави, а також наявність ефективних засобів і способів здійснення її діяльності в міжнародній сфері.

²⁰⁵ Конституція України : прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Голос України. – 1996. – 13 лип.

3.2. Підтвердження чинності документів і підписів, що їх скріплюють, як вид легалізації

Історично визнання документів іноземних держав розвивалося як елемент науки дипломатики, джерела виникнення якої лежать у творах Конринга 1672 року, що вперше систематизувала правила визначення дійсності документів.²⁰⁶

Як зазначає П. А. Кенсовський, «із розвитком міжнародних відносин виникла необхідність в утворенні спеціального відомства, яке б займалося зовнішньополітичними справами, включаючи встановлення дипломатичних відносин як основної форми підтримки офіційних відносин між державами відповідно до норм міжнародного права й практики міжнародного спілкування, визнання де-факто чи де-юре тієї чи іншої держави та її уряду з боку інших держав».²⁰⁷

У процесі формування й розвитку цих відносин склалися дипломатичні прийоми функціонування міждержавних контактів, що опосередковувались укладенням різних договорів і обміном відповідною документованою інформацією. При цьому одним із найбільш важливих і поширених видів зв'язку між державами з доставки офіційної кореспонденції, документів і предметів, призначених для службового користування, стала дипломатична пошта, щодо якої встановлений спеціальний режим.²⁰⁸

З метою визначення дійсності таких документів, що виходять від належних відомств держави, використовувалися прийоми (деякі з них актуальні й донині), на основі яких виник транснаціональний правовий інститут – інститут легалізації іноземних офіційних документів. Характерною тенденцією розвитку цього інституту в даний час є розширення і диверсифікованість взаємовідносин як між самими державами, так і між індивідами й організаціями різних країн і, як наслідок,

²⁰⁶ Кенсовский П. А. Международное частное право: легализация иностранных документов / П. А. Кенсовский. – Краснодар, 1998. – С. 47.

²⁰⁷ Кенсовский П. А. Нострификация. Апостилляция. Легализация документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – Краснодар, 1998. – С. 75.

²⁰⁸ Дипломатический словарь. В 3 т. Т. 1. – М., 1984. – С. 159.

поява неофіційних (приватних) письмових документів, що опосередковують такі взаємовідносини.²⁰⁹

Аналізуючи історію виникнення міжнародних договорів із міждержавного обміну документованою інформацією, можна знайти деякі елементи, що характеризують досліджуваний інститут.

Так, ще 1930 року відбувся обмін нотами між Народним комісаріатом закордонних справ Союзу Радянських Соціалістичних Республік і посольством Великої Британії про виконання судових доручень у цивільних справах на умовах взаємності.

1936 року між Союзом Радянських Соціалістичних Республік і Францією була укладена Угода про передачу судових і нотаріальних документів і виконання судових доручень у цивільних і торгових справах.²¹⁰ При цьому було обговорено, що такі документи, призначені особам, що проживають на території договірних держав, а також судові доручення в цивільних і торгових справах, що підлягають виконанню на цій території і вихідні від влади договірних держав, будуть передаватися через дипломатичні місії, що знаходяться на території договірних держав, які забезпечать їх передачу компетентній владі.

Судові й нотаріальні документи повинні були мати супровідні листи, адресовані владі, від якої виходить прохання, складене офіційною мовою влади, до якої звернено прохання, і містити указівку влади, від якої виходить документ, що передається, найменування і якість сторін, адресу одержувача й рід документа, про який йдеться.

Доказом вручення служили чи датована й підписана одержувачем розписка, чи засвідчення влади договірної сторони, до якої звернено прохання, що установлює факт і форму вручення.²¹¹

За особливим проханням дипломатичних місій влада, до

²⁰⁹ Дипломатический вестник. – 2001. – № 5. – С. 60.

²¹⁰ Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте / Н. Г. Вилкова. – М., 2002. – С. 11.

²¹¹ Ефремов Л. В. Вопросы применения международных договоров о взаимном оказании правовой помощи в работе арбитражных судов / Л. В. Ефремов // Вестник ВАС РФ. – 2000. – № 3. – С. 37.

якої звернено прохання, повинна була вжити заходів до вручення документа належною місцевою посадовою особою чи у формі, запропонованої законом країни, до якої звернено прохання, чи в особливій формі, якщо прохання не суперечило законодавству країни, до якої звернено прохання. В останньому разі документ повинний був супроводжуватися перекладом офіційною мовою держави, до якої звернено прохання. Цей переклад засвідчував дипломатичний або консульський агент сторони договору, що звернулася з проханням, або присяжний чи офіційний перекладач сторони, до якої звернено прохання.²¹²

Причому передбачалася особлива форма судового доручення, що не мала суперечити законодавству держави, до якої звернено прохання. Це означає, що застосовувалася погоджена процесуальна форма іноземної держави.

Кожна з обох договірних сторін мала право здійснювати безпосередньо через своїх дипломатичних і консульських агентів і без вжиття примусових заходів вручення судових документів і нотаріальних актів власним громадянам, що перебувають на території договірних держав. Таким чином, в Угоді знайшло відображення розмежування офіційного документообігу на судовий (судові доручення в цивільних і торгових справах) і нотаріальний (документи, акти), а також розмежування за суб'єктним складом сторін, що просять інформацію, тобто на компетентні органи публічної влади й приватних осіб, що проживають на території договірних держав.²¹³

Надалі аналогічні ознаки лягли в основу прийняття конвенційних норм з надання правової допомоги, включаючи процедуру надання інформації у зв'язку із судовим розглядом, обмін інформацією із судових матеріалів і обмін позасудових документів. До числа таких норм належать і норми Конвенції, що скасовує вимогу легалізації іноземних офіційних документів 1961 року. До прийняття цього міжнародного договору універсального

²¹² Жамен С. Торговое право / С. Жамен, Л. Пакур. – М. : Междунар. отношения, 1993. – С. 99.

²¹³ Кенсовский П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – СПб. : Юрид. центр прес, 2003. – С. 56

визначення поняття легалізації документів у міждержавному інформаційному обміні й документообігу не було.

Нормативний масив трансграничного інституту збільшився, коли були прийняті такі договірні норми: Конвенція щодо підписання й повідомлення за рубежом судових і позасудових актів у цивільних і комерційних справах 1965 року; Конвенція про одержання за кордоном доказів у цивільних або торгових справах 1970 року; Європейська угода про передачу заяв про правову допомогу 1977 року; Європейська конвенція про вручення за рубежом документів по адміністративних питаннях 1977 року та ін.²¹⁴

У кожній з держав, що беруть участь у цивілізованих міжнародних зносинах, тобто відповідно до норм міжнародного права й практики таких зносин, визначення легалізації здійснювалося на рівні поглядів і концепцій про сутність і призначення поняття в праві. Значну роль у цьому відігравали наукові праці юристів-міжнародників, дипломатів. Національні норми, що регламентують загальні положення правового легалізаційного режиму, містяться в законах і відомчих службових інструкціях.

Легальне визначення поняття «консульська легалізація» в радянському праві існує в Консульському статуті СРСР, а також у відомчій Інструкції про консульську легалізацію, затверджену Міністерством закордонних справ СРСР 1984 року. Однак останній документ не був доведений до відома зацікавлених осіб, що сприяло виникненню проблем доступу вчених, фахівців, викладачів і громадян до правової інформації міжнародного характеру, включаючи механізм реалізації процедури легалізації.²¹⁵

Сутність консульської легалізації полягала у встановленні засвідчення дійсності підписів на документах і актах і відповідності їх законам країни перебування. Консул легалізує документи й акти, складені за участі влади консульського округу

²¹⁴ Звеков В. П. Международное частное право / В. П. Звеков. – М., 1999. – С. 97.

²¹⁵ Кенсовский П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – СПб. : Юрид. центр прес, 2003. – С. 15.

чи вихідні від цієї влади.

Поява універсального юридично значимого терміна в національних правових системах різних держав різниться за часом, що, як правило, пов'язано чи з перетворенням політичної системи держави, чи з державною формою правління, чи з розвитком правової системи відповідної країни.

Фактично саме в такий спосіб уявляється еволюція такої форми легалізаційної діяльності, як визнання дійсності документів і підписів, печаток, штампів, що їх скріпляють, яка, проробивши складний шлях від «божого суду», лицарських двобоїв, клятвених запевнянь і свідкувань, прийшла до прийняття погоджувальної конвенційної норми.²¹⁶

Під легалізацією, у розумінні згаданої Конвенції, слід мати на увазі тільки формальну процедуру, використовувану дипломатичними чи консульськими агентами країни, на території якої документ повинний бути поданий, для засвідчення дійсності підпису, якості, в якій виступала особа, що підписала документ, і в належному разі дійсності печатки чи штампа, якими скріплений цей документ.

З появою в українській правовій системі поняття «легалізація» виникли і його різні інтерпретації, як доктринальні, так і судові, котрі будуть розглянуті надалі.

В енциклопедії міжнародних контрактних відносин під легалізацією слід розуміти підтвердження дійсності наявних на документах підписів компетентних посадових осіб.²¹⁷

М. Ю. Тихомиров у вузькому розумінні розрізняє легалізацію як підтвердження дійсності наявних на документах підписів, у широкому розумінні – як дозвіл діяльності будь-якої організації, її узаконення, надання юридичної сили будь-якому акту, дії.²¹⁸

В. П. Звеков вважає, що послідовна низка засвідчень дійсності підпису посадової особи, якості, в якій виступає

²¹⁶ Манько Д. Г. Легалізація як вид типової дії права / Д. Г. Манько // Держава і право : зб. наук. пр. Серія «Юридичні та політичні науки». – 2008. – Вип. 41. – С. 66-69.

²¹⁷ Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. – М. : Юрист, 2001. – С. 941.

²¹⁸ Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / М. Ю. Тихомиров. – М., 1995. – С. 140.

посадова особа, а в разі потреби дійсності печатки, штампа, якими скріплений документ, іменується його легалізацією.²¹⁹

На думку Т. М. Нешатаєвої, легалізація – це встановлення й засвідчення дійсності підписів на документах і відповідності їх законам держави перебування дипломата (консула).²²⁰

У контексті розгляду визнання дійсності документів і підписів, печаток, штампів, що їх скріпляють, парадигма терміна «легалізація» означає правомірну діяльність правомочних органів публічної влади держави, спрямовану на встановлення, засвідчення, підтвердження дійсності наявних на документах печаток і підписів компетентних посадових осіб і їх відповідності вимогам закону країни їх походження.

У міждержавному інформаційному обміні найбільше поширення мають документи простої письмової форми на папері, що протягом багатьох століть є найбільш поширеним матеріальним носієм, використовуваним для передачі й збереження інформації.

Почнемо аналіз ознак парадигми, для чого розглянемо історично традиційне формулювання поняття «документ» на паперовому носії.

В юридичному словнику за редакцією М. Ю. Тихомирова поняття «документ» коментується в правовому розумінні як упредметнений виклад думок, що придатний і призначений для доведення юридично значимих обставин, а також дозволяє встановити його укладача. При цьому документи є речовинними знаками, що можуть служити доказами, якщо вони відповідно до закону, звичаєвого права чи угоди учасників відображають думки виконавця, придатні самі по собі чи за допомогою інших засобів відображення бути доказом у правовому обороті й нерозривно пов'язані з певним предметом. Навпаки, одні лише знаки й розпізнавальні знаки не є документом (пивна етикетка, гардеробний номер). З документа має бути видно, хто його склав

²¹⁹ Звеков В. П. Международное частное право / В. П. Звеков. – М., 1999. – С. 463.

²²⁰ Нешатаева Т. Н. Международные коммерческие споры: легализация документов / Т. Н. Нешатаева // Иностранный капитал в России: налоги, учет, валютное и таможенное регулирование. – 1997. – № 9. – С. 129.

і в чому полягає його зміст.²²¹

В. Я. Дорохов визначав поняття «документ» як «письмовий акт установленної чи загальноприйнятої форми, що склали певні й компетентні установи, підприємства, організації, посадові особи, а також громадяни для викладу відомостей про факти чи засвідчення фактів, що мають юридичне значення, чи для підтвердження прав і обов'язків».²²²

Таким чином, з погляду традиційного документообігу можна виділити основні юридичні функції паперового документа: інформаційну й доказову (тобто можливість використовувати його як припустимий доказ).

У правовому аспекті поняття «установлена форма» передбачає вдавання до нормативного, правового розпорядження, однакового національного чи міжнародного стандарту.

Міжнародний інформаційний обмін – передача й одержання інформаційних продуктів, а також надання інформаційних послуг через державний кордон конкретної держави.²²³

У сучасному розумінні документ – це матеріальний носій інформації. Документи можуть бути текстовими, графічними, фотографічними, образотворчими, звуковими. Юридичні документи – це, як правило, документи текстові, на паперовому носії. Із розвитком систем електронної інформації появились документи на машинних носіях (диски, дискети, стрічки, пластикові магнітні карти тощо). Головне в тому, що юридичний документ – це документ, який містить правову інформацію.²²⁴

За допомогою юридичних документів засоби правового регулювання (норми, індивідуальні рішення, угоди і т.д.) стають об'єктивованими, доступними для інших суб'єктів, їм надається певна офіційність. За їхньою допомогою досягається певність правового регулювання, незалежність від сваволі окремих осіб і в

²²¹ Тихомиров М. Ю. Юридическая энциклопедия / М. Ю. Тихомиров. – М., 1995. – С. 151.

²²² Дорохов В. Я. Понятие документа в советском праве / В. Я. Дорохов // Правоведение. – 1982. – № 2. – С. 83.

²²³ Дмитриева Г. К. Международное частное право / Г. К. Дмитриева. – М., 1993. – С. 33.

²²⁴ Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник / Т. В. Кашанина. – М. : Эксмо, 2008. – С. 82.

кінцевому підсумку стійкість суспільних відносин, стабільність і міцність правового, а отже, і соціального стану як фізичної, так і юридичної особи.

Юридичні документи супроводжують усі стадії правового регулювання. Більш чіткому розумінню суті юридичних документів сприятиме їх класифікація. У залежності від характеру правової інформації всі юридичні (правові) документи можна підрозділити на п'ять основних груп²²⁵:

1) Нормативні документи. До них належать усі нормативні правові акти як джерела, форми права. Це акти, що містять такі ідеальні об'єкти, як норми права. До числа цих документів варто віднести й інтерпретаційні акти загального характеру, що містять інтерпретаційні норми.

2) Документи, що містять рішення індивідуального характеру. Вони мають владно-обов'язковий характер, спричиняють правові наслідки, установлюють, змінюють і припиняють суб'єктивні права і юридичні обов'язки. Сюди належать індивідуальні рішення: державних органів (рішення вищих органів державної влади й управління; рішення, вироки й постанови судів, рішення господарських органів; накази міністрів, керівників підприємств і установ, рішення державних інспекцій; акти слідства й дізнання й т.д.); крім того, до цієї групи варто віднести рішення органів громадських організацій і окремих осіб, коли їхнім рішенням у загальному чи індивідуальному плані надається юридично обов'язкове значення (рішення комісій по трудових спорах профспілкових комітетів, третейського судді й т.д.).

3) Документи, що фіксують юридичні факти. Це найбільш численна група юридичних документів. Якщо загальна кількість нормативних документів у країні складає близько 30–40 тисяч, то можна припустити, що кількість документів другої групи повинна вимірятися мільйонами, а третьої – десятками мільйонів.

Численність і розмаїтість останніх вимагають різних

²²⁵ Керимов Д. А. Законодательная техника / Д. А. Керимов. – М. : Филин, 1998. – С. 77.

класифікацій і насамперед за характером цих фактів²²⁶:

- документи, що фіксують факти, які визначають правовий статус суб'єктів (паспорт; військовий білет; документи про освіту; свідоцтво учасника війни, пенсіонера, інваліда; документи, що засвідчують службове становище, свідоцтва про народження, про шлюб, про усиновлення й т.д.);

- документи, що фіксують факти, від яких залежить правовий режим об'єктів права (документ про відвід земельної ділянки під будівництво, сільськогосподарське й інше використання; документ про відвід лісосіки; технічний паспорт автомашини; рахунки в ощадкасі й ощадні книжки й т.д.);

- документи, що фіксують факти волевиявлення суб'єктів права (угоди, договори, доручення, скарги, заяви й т.д.);

- документи, що фіксують факти-події (акти про псування чи знищення посівів, худоби, будівель, засобів транспорту й іншого майна в результаті стихійних лих тощо);

- документи, що фіксують факти руху товарно-матеріальних і інших цінностей (прибутково-видаткові фінансові документи банків, ощадкас, грошових кас підприємств і установ; прибутково-видаткові документи на приймання-передачу товарно-матеріальних цінностей від однієї організації іншій, від однієї матеріально-відповідальної особи іншій і т.д.).

4) Цінні папери й гроші. Цінні папери – це документи, що фіксують майнові права їхніх власників. І коли незабаром у них фіксуються юридичні права, це не просто документи, а юридичні документи. До них належать облігації, банківські сертифікати, чеки, акції, векселі та ін.

Своєрідними документами є паперові гроші у вигляді банківських білетів. Як юридичний документ, грошовий білет засвідчує майнове право особи – власника білета, право використовувати цей документ у цивільному обороті як засіб платежу за різного роду послуги й матеріальні цінності, а також

²²⁶ Манько Д. Г. Юридичні документи та їх легалізація / Д. Г. Манько // Матеріали 7-ї(59-ї) звіт. наук. конф. проф.-викл. і аспірант. складу, присв. четвертій річниці присвоєння ОНЮА статусу національної. – О. : Юрид. літ., 2004. – С. 35.

як засіб нагромадження.

5) Документи, що фіксують факти-докази, використовувані для обґрунтування (доведення) фактів, що мають юридичне значення (юридичних фактів).

Необхідно відзначити, що всі документи, перераховані в п. 3, служать для того, щоб бути доказами юридичних фактів, які вони фіксують. Однак у даному разі йдеться про фіксування таких фактів, що самі по собі не є юридичними, але служать для доказу таких.

До них належать різного роду процесуальні документи як джерела доказів: протоколи, що складаються в процесі слідства й дізнання (огляду місця події, допиту, очної ставки, обшуку, виїмки документів, висновку експертизи), судових процесах (протоколи судових засідань).

Юридичні документи як носії інформації, що має юридичне значення, мають, як правило, офіційний характер, за деякими винятками (наприклад, простий договір, нотаріально не засвідчений), бо виходять від офіційних органів, уповноважених на їх прийняття чи видачу.

Юридична сутність документів полягає не тільки в характері інформації, що в них міститься, але й у їх особливому зовнішньому оформленні. Воно досягається шляхом «прив'язок» документа до суб'єктів, від яких вони виходять. Це робиться чи в заголовку документа, що відображає його назву, чи в самому тексті (у паспорті зазначається орган, який його видав, і підпис посадової особи). Кожний документ, що виходить від офіційного органу, повинний мати підписи відповідних посадових осіб, а в необхідних випадках, коли, зокрема, документ виходить за межі органу, і печатку.

Юридичний документ повинний мати як мінімум дві «прив'язки» до суб'єктів: до суб'єкта – автора документа й до суб'єктів – адресатів. Нормативні документи «прив'язуються» до цілої групи (виду) адресатів (до всіх громадян держави, військовослужбовців, працівників МВС і т.д.), всі інші документи

– до адресатів, конкретно названих.²²⁷

У документах, що фіксують правовий режим об'єктів власності, спостерігається потрійна «прив'язка». Крім автора й адресата, це «прив'язка» документа до об'єкта власності. Наприклад, на першій сторінці технічного паспорта автомобіля зазначаються ознаки, що індивідуалізують автомобіль (марка, модель, рік випуску, номер двигуна, кузова, державний номер, юридичні підстави права власності), на другій – дані, що індивідуалізують його власника, і наприкінці сторінки – указівка на орган, що видав документ, дата видачі, підпис посадової особи й печатка. Таким чином, документ «прив'язаний» до двох суб'єктів і об'єкта. Основне його призначення – офіційно зафіксувати зв'язок об'єкта права власності з його суб'єктом, а також служити засобом державного контролю за використанням автотранспорту й дорожнім рухом.²²⁸

Потрійна «прив'язка» може бути здійснена й до трьох різних суб'єктів, наприклад при нотаріальному засвідченні доручення (довіритель, довірений і нотаріус).

В остаточному підсумку кожний юридичний документ «прив'язується» до суб'єктів, об'єктів, юридичних фактів (наприклад, при видачі довідки), а також до місця й часу видачі (складання) документа. Деякі з цих прив'язок (назва документа, органу, що видав документ, дата, місце видачі, підпис посадової особи, печатка) називаються реквізитами документа. Інакше можна сказати, що саме за допомогою реквізитів здійснюються «прив'язки» юридичних документів. Ці реквізити надають документу юридичної сили, легітимізують документ.

Дослідження, перевірка й контроль будь-якого документа звичайно починаються з перевірки його реквізитів, їх відповідності один одному. Потім переходять до перевірки компетенції органу, що видав документ (чи мав він право на видачу чи складання такого документа), і нарешті досліджують

²²⁷ Тертишник В. М. Зразки юридичних документів: Настільна книга слідчого : навч. посіб. для студ. вищих навч. закл. / В. М. Тертишник. – К. : Правова єдність, 2009. – С.64.

²²⁸ Тихомиров Ю. А. Правовые акты / Ю. А. Тихомиров, И. В. Котелевская. – М., 1995. – С.57.

зміст документа, відповідність його дійсності.

Право осіб приватного права на легалізацію є відносним на противагу абсолютним правам, бо носію права протистоять певні обов'язки іншої особи чи осіб, що виникають із правових актів.

Приватні документи – це й документи особистого характеру (трудові книжки, військові білети, свідоцтво особи), і документи, що виходять від інших осіб приватного права, а саме громадян (цивільно-правові договори, оригінали й засвідчені державними нотаріальними конторами копії особистих документів про реєстрацію актів цивільного стану, освіти, присудження наукового ступеня, присвоєння вченого звання й підвищення кваліфікації, реєстрацію транспортних і інших технічних засобів і право управління ними, виробничий стаж, проходження військової служби, участь у Великій Вітчизняній війні, поранення й лікування, нагороди, пенсії, спадщину та інші документи, що стосуються забезпечення прав і законних інтересів громадян і осіб без громадянства), індивідуальних підприємців (комерційні (торгові) угоди), юридичних осіб.²²⁹

Загальновідомо, що офіційного характеру письмовим документам надає та обставина, що вони виходять від державних органів, підприємств, організацій, установ, посадових або спеціально правомочних осіб у зв'язку з реалізацією ними своєї компетенції. Для таких документів характерна наявність певної форми, порядку їх видання, складання, видачі, необхідних реквізитів. Для засвідчення офіційних документів уживаються підписи й печатки.

Таким чином, для внутрішньодержавного офіційного діловодства характерно національне правове регулювання й національні вимоги до форми й змісту; міжнародний документообіг, навпаки, повинний відповідати уніфікованим вимогам. Колізії форми й змісту оформляються міжнародно-правовими засобами.²³⁰

²²⁹ Цивільне право України : підручник : у 2 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. 36.

²³⁰ Дашков Л. П. Предпринимательство и бизнес / Л. П. Дашков, А. И. Данилов, Е. Л. Тютюкина. – М. : Маркетинг, 1996. – С. 4.

Проблема розмежування приватних і публічних документів важлива в правозастосовному аспекті, оскільки від суб'єктивного критерію складання документа залежить, якими юридично пріоритетними нормами регулюватиметься процедура легалізації такого документа: чи шляхом консульської легалізації, чи за допомогою конвенційної норми, що передбачає спрощену процедуру – апостиляцію, бо ці договірні норми поширюються тільки на офіційні документи, що були утворені на території однієї з договірних держав і повинні бути подані на території іншої договірної держави, і не поширюються на:

а) документи, які зробили дипломатичні чи консульські агенти;

б) адміністративні документи, що мають пряме відношення до комерційної чи митної операції.²³¹

Якщо з документами, які утворюють дипломатичні чи консульські агенти, більш або менш ясно (ці положення абсолютно імперативні й зрозумілі внаслідок прийняття Європейської конвенції про скасування легалізації документів, складених дипломатичними агентами чи консульськими посадовими особами (ETS № 63), то щодо іншої групи документів виникають питання, які є предметом вивчення такої науки, як конфліктологія.²³²

Наступною істотною ознакою досліджуваного виду легалізаційної діяльності є таке поняття, як «правомірна діяльність», що означає діяльність, яка відповідає нормам права.

Така поведінка з погляду завдань правового регулювання є бажаною, а тому її гарантує й охороняє держава, її органи. Правомірна діяльність неминуче тягне юридично значимі наслідки, передбачені відповідною нормою права. Держава, її органи, що приймають закони, інші нормативно-правові акти, найбільше зацікавлені в правомірній поведінці громадян, інших суб'єктів і відповідній їхній правомірній діяльності.

²³¹ Кенсовский П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – СПб. : Юрид. центр пресс, 2003. – С. 59.

²³² Кенсовский П. А. Нострификация. Апостиляция. Легализация документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. – Краснодар, 1998. – С. 75.

Процедура консульської легалізації має такі юридично значимі наслідки.

По-перше, вона становить собою встановлення й засвідчення компетентною українською посадовою особою (консулом) дійсності підписів іноземних посадових осіб на документі, оскільки такі документи чи складаються за участі влади консульського округу, чи виходять від цієї влади. Нотаріально засвідчувані угоди, а також заяви й інші документи підписуються в присутності консула, котрий здійснює нотаріальні дії. Якщо угода, заява чи інший документ підписані під час відсутності консула, останній повинний особисто підтвердити, що документ підписав він.

По-друге, легалізуючи документ або акт, консул встановлює й свідчить його відповідність законам відповідної іноземної держави. Консул, як і нотаріус, робить нотаріальну дію (засвідчення дійсності підпису на документі), якщо зміст документа не суперечить законодавчим актам України.²³³

Наступна ознака, на якій доцільно зупинитися, стосується посадових осіб компетентних органів, їхніх повноважень.

Під правомочними слід розуміти органи, на які нормою права покладений обов'язок робити будь-які дії на користь іншої правомочної особи. Наявність такого способу правового регулювання обумовлюється використанням у правових нормах правомочності, що реалізуються тільки діями іншої особи. Тому кількість закріплених у праві позитивних обов'язків незмінно відповідає числу правомочностей.

Під органами публічної влади держави слід розуміти сукупність людських ресурсів і матеріальних засобів, покликаних забезпечити під керівництвом політичної влади виконання й застосування законів. Як орган політичної влади, держава має суверенітет, а також право видавати загальнообов'язкові норми, має апарат примусу, здатний забезпечити неухильну дію законів держави в конкретних відносинах. Орган держави – це така його

²³³ О порядке консульской легализации официальных документов в Украине и за рубежом : инструкция, утв. Приказом МИД Украины от 15 июля 1997 г. № 98-од // ВВР Украины. – 1997. – № 7. – С. 17-36.

частина, що має:

по-перше, компетенцію, тобто певну сукупність прав і обов'язків;

по-друге, право діяти від імені держави в межах своєї компетенції;

по-третє, можливість уживати примусових заходів у межах, обумовлених своєю компетенцією.²³⁴

Компетентні посадові особи – це особи, котрі мають певну сукупність прав і обов'язків і здійснюють функції представника влади чи обіймають посаду, пов'язану з виконанням організаційно-розпорядницьких або адміністративних обов'язків (наприклад, функції легалізації документа).²³⁵

Резюмуючи вищесказане, можливо скласти таке визначення: *підтвердження дійсності документів і підписів, печаток, штампів, що їх скріплюють*, як вид легалізаційної діяльності, становить собою діяльність правомочних органів (приватно та публічно-правових), спрямовану на встановлення, засвідчення, підтвердження дійсності наявних на документах печаток і підписів компетентних посадових осіб, а також встановлення відповідності вимогам закону країни їх походження.

Даний вид легалізаційної діяльності здійснюється в таких формах:

Нотаріальне засвідчення. Нотаріальне засвідчення – діяльність, пов'язана із системою органів і посадових осіб, на яких покладений обов'язок засвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення.

Нотаріальна діяльність пов'язана із системою органів і посадових осіб, на яких покладений обов'язок засвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення. Нотаріального засвідчення звичайно досить для пред'явлення документів усередині країни їх походження. Оригінали реєстраційних і низки

²³⁴ Загальна теорія держави і права / за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. – Х. : Право, 2002. – С. 73.

²³⁵ Чиркин В. Е. Основы государственной власти : учеб. пособие / В. Е. Чиркин. – М. : Юристъ, 1996. – С. 61.

інших документів компанії засвідчуються печаткою державного органу, що реєструє, а нотаріально звичайно засвідчуються копії установчих документів, таких як статут, установчий договір і т.д. Уявляється доцільним також нотаріальне засвідчення документів, що визначають право власності.²³⁶

Апостиляція – порядок підтвердження дійсності документів поза країною походження шляхом проставлення апостиля, що становить собою чи окремий лист із найменуванням «Апостиль», який прикріплюється до документа, що засвідчується, чи штамп із тим самим найменуванням і встановленим суворо визначеним змістом.

При цьому під апостилем слід розуміти спрощену процедуру легалізації документів, зроблених (складених і нотаріально засвідчених) на території однієї з держав, що підписали Гаазьку конвенцію 1961 року.²³⁷

У країнах, що приєдналися до Гаазької конвенції 1961 року (Україна входить у число країн, що приєдналися), дійсними вважаються документи, які мають гриф «Апостиль», що становить собою, так само як і інші види засвідчення, чи окремий лист із найменуванням «Апостиль», що прикріплюється до документа, який засвідчується, чи штамп із тим самим найменуванням і встановленим суворо визначеним змістом. Зокрема, апостиляція документів необхідна для відкриття рахунку в банку, утворення представництва чи дочірньої компанії, а також при інших контактах із офіційними органами поза країною походження документів.

Консульське узаконення. Це засвідчення дійсності підпису посадової особи, її статусу й, у належних випадках, печатки уповноваженого державного органу на документах і актах, а також відповідності їх законам країни перебування.

На практиці іноземні документи, призначені для використання на території України, можуть бути легалізовані на

²³⁶ Комаров В. В. Нотариат и нотариальный процесс / В. В. Комаров, В. В. Баранова. – Х. : Консум, 1999. – С. 27.

²³⁷ Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных документов // Бюл. междунар. договоров. – 1993. – № 6.

території тієї держави, де ці документи видані, чи ж безпосередньо в Україні.

У першому разі документ спочатку засвідчується в Міністерстві закордонних справ або іншому уповноваженому органі держави, на території якої він був виданий, а потім легалізується в консульській установі України в даній державі. У другому разі іноземний документ спочатку засвідчується в дипломатичному представництві чи консульській установі тієї держави, на території якої був виданий документ, а потім легалізується в консульській службі України. І в тому, і в іншому разі може бути затребуваний нотаріально засвідчений переклад документа визначеною мовою.²³⁸

Міжнародні угоди про правову допомогу – консульське узаконення й проставлення апостиля не вимагаються, якщо міжнародним договором передбачено скасування чи спрощення цих процедур.

Прикладом може послужити Конвенція про правову допомогу й правові відносини в цивільних, сімейних і кримінальних справах, підписана в Мінську 22 січня 1993 року, учасником якої є й Україна.²³⁹

Крім того, Україна також підписала договори про правову допомогу з КНР, Республікою Польща, Литовською Республікою, Республікою Молдова, Республікою Грузія, Естонською Республікою, Латвійською Республікою, Монголією, Фінляндською Республікою.

Значимість зазначеного виду легалізаційної діяльності для України визначається впливом глобалізаційних і інтеграційних тенденцій на існування сучасних держав. Діяльність правомочних органів публічної влади держави, спрямована на встановлення, засвідчення, підтвердження дійсності наявних на документах печаток і підписів компетентних посадових осіб і відповідності

²³⁸ О порядке консульской легализации официальных документов в Украине и за рубежом : инструкция, утв. Приказом МИД Украины от 15 июля 1997 г. № 98-од // ВВР Украины. – 1997. – № 7. – С. 17-36.

²³⁹ О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам : Конвенция от 22 января 1993 г. // ВВР Украины. – 1993. – № 1. – С. 37.

вимогам закону країни їх походження, є ефективним засобом розвитку співробітництва на міждержавному рівні в сучасному світі.

3.3. Легалізаційна процедура офіційного визнання окремих суб'єктів права та видача дозволів на виконання певних видів діяльності

Видача дозволу на заняття певною діяльністю – це вид традиційної легалізаційної процедури, яка виражається у допуску окремих суб'єктів до виконання певної діяльності, та, у окремих випадках, узаконення результатів діяльності на здійснення якої мали бути отримані дозвільні документи.

Суб'єктами даного виду легалізації можуть виступати як приватноправові так і публічно-правові особи.

Даний вид легалізації в основному відображає правові відносини в підприємницькій сфері і здійснюється в таких формах:

1) Державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності становить собою визнання державою учасників господарського обігу. Визнання складається з трьох основних процедур:

- а) державного обліку суб'єктів підприємницької діяльності;
- б) збору публічно-достовірних даних про їх правове, майнове й організаційне становище;
- в) здійснення контролю за законністю виникнення, зміни і припинення правового статусу підприємця.

2) Ліцензування і патентування окремих видів підприємницької діяльності як державно-правове регулювання підприємницької діяльності в інтересах держави, бізнесу, особистості, суспільства.

3) Видача дозволів на працевлаштування іноземних громадян.

4) Видача дозволів на проведення будівельних робіт (та у окремих випадках узаконення самочинного будівництва).

5) Недержавна реєстрація повноважень учасників підприємницької діяльності.

Вказані процедури регламентовані чинним законодавством України: Господарським кодексом України від 16.01.2003р., Податковим кодексом України від 02. 12. 2010 р., Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців» від 15 травня 2003 року, Законом України «Про громадські об'єднання» від 22.03.2012 р., Законом України «Про ліцензування певних видів підприємницької діяльності» від 01.06. 2000р., Постановою КМУ «Деякі питання виконання підготовчих та будівельних робіт» від 13. 04. 2011 р., Постановою КМУ «Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства» від 27.05.2013 р., та інших правових актах.

Розглядаючи процедуру дозволу на зайняття певною діяльністю як форму легалізаційної діяльності, виникає деяка колізія. Так, Ж. А. Іонова у своїй праці «Правові проблеми легітимації підприємництва» зазначає, що «державне підтвердження законності входження суб'єктів у господарський оборот, за допомогою їх державної реєстрації, є не що інше, як легітимація суб'єктів підприємницької діяльності».²⁴⁰

Подібної позиції дотримується й Н. О. Саниахметова у своїй праці «Підприємницьке (господарське) право України», де зазначається, що «однією з основних умов здійснення підприємницької діяльності є її легітимність, тобто державне підтвердження законності входження суб'єктів у господарський оборот».²⁴¹ Для позначення вищезазначеної процедури вживається поняття легітимації (в основному у зв'язку з державною реєстрацією суб'єктів підприємницької діяльності).

Поряд із державною реєстрацією «елементом легітимації підприємництва варто визнати ліцензування окремих видів діяльності, бо без нього участь суб'єктів підприємництва в

²⁴⁰ Ионова Ж. А. Правовые проблемы легитимации предпринимательства / Ж. А. Ионова // Гос. и право. – 1997. – № 5. – С. 46.

²⁴¹ Саниахметова Н. А. Предпринимательское (хозяйственное) право Украины : учебник / Н. А. Саниахметова. – Х. : Одиссей, 2005. – С. 73.

більшості сфер економіки найчастіше виявляється неможливою».²⁴²

Такого роду визначення бачаться спірними, бо легалізації властивий формально-юридичний підхід, у той час як легітимація заснована на фактичному відношенні, результат якого не завжди має процесуальне чи документальне закріплення, що не застосовується до тих відносин, які виникають у сфері дозволу на зайняття певною діяльністю, і до легалізації взагалі.

Фактично традиційно ці поняття розмежовуються в конституційному й міжнародному праві, коли під легітимацією слід розуміти процедуру суспільного визнання державної влади, а під легалізацією – наділення певного документа чи особи юридичними характеристиками.²⁴³

У контексті даної праці доцільно казати про більш широке розуміння легалізації як про процедуру, спрямовану на возведення у відповідне до закону становище.

Більш того, у ст. 14 Закону України «Про об'єднання громадян» від 16.06.92р., зазначалося, що легалізація (офіційне визнання) об'єднань громадян є обов'язковою і здійснюється шляхом їх реєстрації чи повідомлення про заснування, але у чинному законі який регламентує порядок об'єднання громадян (Розділ другий Закону України «Про громадські об'єднання» від 22.03.12р.) поняття «легалізація» виключено, та введено «утворення та реєстрація».²⁴⁴

Для уникнення колізій у розумінні співвідношення понять легалізації і легітимації колективних суб'єктів права слід проаналізувати природу цих явищ.

Треба відзначити, що питання встановлення сутності понять «легальність» і легітимність» уже тривалий час обґрунтовуються

²⁴² Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одіссей, 2010. –

²⁴³ Манько Д. Г. Легализация и легитимация государственной власти / Д. Г. Манько // Право і суспільство: актуальні проблеми взаємодії : матеріали другої міжнар. наук.-практ. конф. – Вінниця, 2001. – С. 29.

²⁴⁴ Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.03.12р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>

в юриспруденції.²⁴⁵

Згідно з нормами ЦК України, юридичною особою є організація, утворена й зареєстрована у встановленому законом порядку, наділена цивільною правоздатністю й дієздатністю, що має відокремлене майно та може бути позивачем і відповідачем у суді. Однак аналіз природи юридичної особи та законодавства, яке регулює порядок утворення, функціонування й припинення юридичних осіб, дозволяє виділити низку ознак юридичної особи, які не знайшли належного відображення в ЦК.

До матеріальних ознак юридичної особи, як правило, відносять внутрішню організаційну, економічну та функціональну єдність, самостійність, відокремленість майна юридичної особи від майна інших суб'єктів, а також наявність одного чи кількох органів, які здійснюють управління юридичною особою. Законність утворення юридичної особи, здатність від власного імені вступати в правовідносини та нести відповідальність визнаються правовими ознаками юридичної особи.

Відповідно сутнісними ознаками юридичної особи є похідний (від інтересу засновників) характер, наявність легальної мети, відповідність юридичної особи певній організаційно-правовій формі, внутрішньоорганізаційна, економічна та функціональна єдність, самостійність, відокремленість майна юридичної особи від майна інших суб'єктів, наявність одного чи кількох органів, які здійснюють управління юридичною особою, а також легальність утворення юридичної особи та наявність найменування.²⁴⁶

Виключно до правових ознак слід віднести державну реєстрацію, самостійну участь у цивільному обороті, майнову відокремленість та самостійну майнову відповідальність.

Відповідно до ст. 80 Цивільного кодексу України (надалі: ЦК), юридичні особи утворюються в порядку, встановленому

²⁴⁵ Дудченко В.В. Легітимність і легальність: питання співвідношення. // Актуальні проблеми держави і права: Зб. Наук. Праць. – О.: Юрид. Літ., 2005. – Вип.26. – С.58.

²⁴⁶ Хозяйственное право Украины: Учебник / Под ред. А.С. Васильева, О.П. Подцерковного. – 4-е изд., перераб и доп. – Х.: «Одиссей», 2010. – С. 82.

законодавством. Виникнення юридичної особи неможливо без певних установчих документів, якими можуть бути: розпорядчий акт, або статут (положення), або засновницький договір і статут, або протокол зборів тощо. В установчих документах мають зазначатися найменування юридичної особи, її місцезнаходження, цілі й предмет діяльності, склад і компетенція її органів, а також інші відомості, що їх передбачають законодавчі акти про юридичні особи відповідного виду. Установчі документи можуть містити й інші реквізити, які не суперечать законодавству.²⁴⁷

Законодавство передбачає кілька способів виникнення юридичних осіб. Заведено виділяти такі основні способи утворення юридичних осіб: розпорядчий, нормативно-явочний, дозвільний і договірний.²⁴⁸

Однак слід зазначити, що така класифікація є некоректною, оскільки за неї певною мірою ототожнюються порядок і підстава виникнення юридичної особи.

Так, підставою виникнення можна вважати те волевиявлення, яке спричинило утворення юридичної особи. Відповідно класифікація може бути проведена залежно від характеру такого волевиявлення.

З урахуванням цього критерію можна виділити:

а) утворення юридичної особи шляхом одностороннього волевиявлення (розпорядження Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування – для юридичних осіб публічного права, власника або уповноваженої ним особи – для юридичних осіб приватного права);

б) утворення юридичної особи шляхом договору між її засновниками. У таких випадках ініціатива щодо утворення юридичної особи може бути виражена в будь-якій формі: договір

²⁴⁷ Цивільний кодекс України. Кодекси України. У 3 кн./ Відп. ред. В.Ф. Бойко. - К.: Юрінком Інтер, 1997. - Кн. 2. – С. 80.

²⁴⁸ Цивільне право України: Підручник / Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. -- К.: Істина, 2003. – С. 77.

учасників, рішення зборів засновників тощо.²⁴⁹

Незалежно від порядку утворення початком всьому є інтерес, який в окремих випадках може бути обумовлений і необхідністю в здійсненні наявних у певних суб'єктів прав. Наприклад, кілька громадян України, бажаючи стати учасниками господарських правовідносин, досягають згоди заснувати товариство з обмеженою відповідальністю, зареєструвати його у встановленому порядку, отримати відповідні дозволи (витяг з державного реєстру, ліцензії) і т.д.

«Теорію інтересу» обґрунтував ще Р. фон Єринг. Її сутність пов'язана з тим, що права й обов'язки юридичної особи в дійсності належать тим реальним фізичним особам, які фактично використовують спільне майно й отримують від нього вигоду. Їхній спільний інтерес і реалізує юридичну особу.²⁵⁰ Рациональна зернина у вченні Єринга полягає в тому, що він не відриває юридичну особу від живих людей і їх відносин.

У сучасних умовах у зв'язку з популярністю й поширеністю у сфері підприємницької діяльності господарських товариств, а також із постійною динамікою їх організаційно-правових форм теорія інтересу набуває особливої актуальності. Господарські товариства утворюються й діють в інтересах багатьох осіб, а саме засновників і учасників, контрагентів, споживачів, найманих працівників, держави, тобто в даному разі йдеться про так званий інтерес товариства. Враховуючи той факт, що саме засновники можуть визначати мету й види діяльності юридичної особи, а звідси й обсяг її правосуб'єктності, не можна не звернути уваги на те, що саме засновники прагнуть утворити організацію, яка була б самостійним суб'єктом права.

У зв'язку з цим виникає питання про доцільність усталеного в даний час підходу про те, що виникнення колективного суб'єкта права пов'язано виключно з його державною реєстрацією.

У цивілістиці відбувається дискусія про момент набуття

²⁴⁹ Хозяйственное право: Учебник / В.К. Мамутов, Г.Л. Знаменский, К.С. Хахулин и др.; Под ред. Мамутова В.К. - К., 2002. – С. 127.

²⁵⁰ Иеринг Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Ч. 1 -СПб., 1875. – С. 38.

юридичною особою правоздатності й дієздатності. В українському правознавстві панує думка про те, що правоздатність і дієздатність юридичної особи виникають одночасно – з моменту її державної реєстрації.²⁵¹ Дана точка зору заснована на принципах «юридичної догматики» – методу, що входить до складу інструментарію традиційної методології юридичної науки.

Згідно з п. 4 ст. 87 ЦК України, юридична особа вважається утвореною з моменту її державної реєстрації; згідно з п. 1 ст. 89 ЦК України, юридична особа підлягає державній реєстрації; згідно з п. 4 ст. 91 ЦК України, цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її утворення й припиняється з дня внесення до Єдиного державного реєстру запису про її припинення.²⁵² Подібні правові норми є в законах, що регулюють правове становище юридичних осіб окремих організаційно-правових форм (наприклад, у тексті Закону про акціонерні товариства).

Однак, з іншого боку, колективний суб'єкт права, як певне соціальне відношення, утворюється з моменту виникнення суспільних відносин. Соціальне відношення між засновниками юридичної особи виникає до моменту державної реєстрації організації як юридичної особи. Причому характер цього відношення, його об'єкти й суб'єктний склад у цілому не відрізняються від характеру й відповідних елементів того суб'єкта, який складається як юридична особа після державної реєстрації останньої.

Подібний підхід відбитий у деяких правових актах і правозастосовній практиці. Наприклад, відповідно до Закону України «Про громадські об'єднання» від 22.03.12р, рішення про утворення громадського об'єднання, про затвердження його статуту та про формування керівних і контрольно-ревізійного органів приймаються на з'їзді (конференції) чи загальних зборах.

²⁵¹ Цивільне право України: Академічний курс: Підручник: У двох томах / За заг. ред. Я.М. Шевченко. – Т.1. Загальна частина. – К.: Концерн „Видавничий дім „Ін Юре”, 2003. – С. 52.

²⁵² Цивільний кодекс України. Кодекси України. У 3 кн./ Відп. ред. В.Ф. Бойко. - К.: Юрінком Інтер, 1997. - Кн. 2. – С. 90.

З моменту прийняття зазначених рішень громадське об'єднання вважається утвореним: здійснює свою статутну діяльність, набуває права, за винятком прав юридичної особи, і приймає на себе обов'язки, передбачені зазначеним законом.²⁵³

Громадське об'єднання існує не з моменту державної реєстрації, а з моменту прийняття низки рішень засновниками й простого повідомлення про таке рішення.

Згідно зі ст. 9 Закону «Про акціонерні товариства», утворення товариства здійснюється за рішенням засновників (засновника). Рішення про заснування товариства приймають установчі збори. У разі заснування товариства однією особою рішення про його заснування приймає ця особа одноосібно. Рішення про заснування товариства має відображати результати голосування засновників та їхні рішення щодо заснування товариства, затвердження статуту товариства, обрання органів управління товариства.²⁵⁴

Для утворення акціонерного товариства засновники мають провести закриті (приватне) розміщення акцій, установчі збори та лише потім здійснити державну реєстрацію акціонерного товариства.

З аналізу вищевказаних правових норм випливає, що юридична особа як соціальне відношення утворюється ще до моменту її державної реєстрації.

Подібний підхід до вивчення правоздатності юридичної особи мав місце і в дореволюційній науці. Наприклад, І. Т. Тарасов пише: «Визначаючи ставлення акціонерної компанії до держави, слід зауважити перш за все, що значення юридичної особи, властиве... кожній акціонерній компанії, анітрохи не обумовлюється необхідністю урядового дозволу для виникнення компанії...».²⁵⁵

Тобто юридична особа, як соціальне відношення, знаходить

²⁵³ Закон України «Про громадські об'єднання» від 22.03.12р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>

²⁵⁴ Закон України «Про акціонерні товариства». [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=514-17>

²⁵⁵ Тарасов І. Т. Учение об акционерных компаниях. М. : Статут, 2000. – С. 63.

фактичне визнання (легітимацію) не з моменту отримання на це санкції від держави, але з моменту, коли склалося дане соціальне відношення.

І. О. Покровський пише про те, що протягом ХІХ століття між двома системами виникнення юридичних осіб – концесійною («система затвердження») і «системою вільного утворення» – відбувається боротьба. За словами дослідника, «коливання від однієї до іншої з них відбиваються як у законодавстві, так і в судовій практиці. При цьому ці коливання, що надалі, тим помітніше схиляються в бік дедалі більшої і більшої свободи юридичних осіб».²⁵⁶

Подібним чином розвиваються як суб'єкти, що складають юридичну особу, як ідеальну сутність, так і інтерпретації юридичної особи – матеріальні сутності. В. А. Макєєв пише: «Із праць великих соціальних мислителів (Ф. Тенісу, М. Вебера), а також істориків господарського життя (Ф. Броделя, Ж. Ле Гоффа, І. М. Кулішера та інших) видно, що виникнення корпоративних відносин спочатку було пов'язано з особливими типами професійних спільнот, які існували задовго до появи сучасних корпорацій. Корпоративність як особливий тип соціальних зв'язків існувала ще в Середні століття, при цеховій організації виробництва. У цехових корпораціях формувалися особлива професійна етика і свої форми поведінки, продиктовані специфікою занять, а також особливі форми спілкування та моральної єдності».²⁵⁷

Тобто ступені свободи засновників обмежувалися правилами корпоративної етики. Мета останньої полягає в максимальному забезпеченні реалізації потреб і інтересів учасників корпорації. Ця мета досягається в даний час за допомогою найрізніших механізмів, у тому числі через механізм корпоративного контролю. Наприклад, за словами С. Д. Могілевського, корпоративний контроль – це «можливість

²⁵⁶ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 3-е, стереотип. М.: «Статут», 2001. – С. 54.

²⁵⁷ Макеев В. А. Становление и развитие корпоративной культуры // Российский следователь. 2008. № 4. С 25-26

впливати на прийняття стратегічних управлінських рішень, визначення та формулювання таких рішень».²⁵⁸

Прообразом перших юридичних осіб були прості товариства, іменовані в науці також прихованими. Я. І. Функ і В. В. Хвалей пишуть, що «просте товариство може розглядатися як найпростіша форма підприємницького об'єднання, у діяльності якого сильно виявляється особистісне начало його учасників. Внаслідок цього підприємницьке об'єднання, утворене у формі простого товариства не можна розглядати як щось відокремлене від його учасників, тобто об'єднання не стає самостійним суб'єктом».²⁵⁹

Просте товариство становило собою соціальне відношення між його суб'єктами, регульоване в основному позаправовими соціальними нормами, але частково й правовими нормами. К. П. Побєдоносцев вважає: «До виконання служби, до платежу податей, до виправлення повинностей, до несення будь-якої державної та громадської тяги застосовувалася форма обов'язкового союзу і взаємної кругової відповідальності: подібно до того селяни у своїх промислах і торгіві люди в торгівій своїй справі охоче складалися в союз товариства й нерідко складали про те запис».²⁶⁰

Тобто аж до перетворень Петра I соціальні відносини, що виступали як прообраз перших юридичних осіб, регулювалися переважно існуючими звичаями. Це свідчить про те, що позаправові соціальні зв'язки між суб'єктами досліджуваних відносин були настільки міцні, що необхідності у відокремленому від особистості фізичних осіб суб'єкті не виникало.

У російських купців, для яких природним було приватне об'єднання, регульоване переважно позаправовими соціальними нормами, не викликали довіри норми права, що не відповідали

²⁵⁸ Могилевский С. Д. Правовые основы деятельности акционерных обществ: Учебно-практическое пособие. М. : Дело, 2004. – С. 112.

²⁵⁹ Функ Я. И., Михальченко В. А., Хвалей В. В. Акционерное общество: история и теория (Диалектика свободы). Мн.: Амалфея, 1999. – С. 79.

²⁶⁰ Победоносцев К. Курс гражданского права. 4.1. Спб.: Суnodальная типография, 1892. – С. 34.

їхнім поняттям про підприємництво й насаджувалися урядом насильно. Я. І. Функ і В. А. Михальченко пишуть: «Однак аж до XVIII століття форми майнового спілкування не отримали на Русі такого поширення, як у Західній Європі. Російському побуту більш властиві форми особистого об'єднання, а не майнового».²⁶¹

Слід зауважити, що виникнення юридичної особи пов'язано з учиненням низки процедур, частина яких, безумовно, чітко регламентована чинним законодавством. Однак при уважному дослідженні механізмів утворення різних колективних суб'єктів права можна встановити обов'язковість досягнення згоди засновників (учасників) або рішення волевиявлення власника про цілі, організаційно-правову форму, назву, зміст статуту та інші аспекти утворюваного колективного суб'єкта.

Отже, у контексті виникнення юридичної особи доцільно виділити дві групи процедур: «процедури заснування» та «процедури реєстрації» (отримання дозволу на зайняття певним видом діяльності). Де перші мають своєю суттю фактичне визнання учасниками (майбутніми засновниками) відповідності утворюваного ними підприємства їхнім інтересам, потребам і вимогам законодавства. А інші виражаються у введенні й фіксації державним органом нового колективного суб'єкта, а також видачі йому відповідних документів, що дозволяють виконувати певні види діяльності.

Передумовами зазначених «процедур заснування» є в тому числі і юридичні консультації, які отримують зацікавлені суб'єкти. На основі сформованої господарсько-правової практики, усвідомлюючи завдання й цілі, у добровільному порядку майбутні засновники домовляються про утворення нового колективного суб'єкта права. Результатом процедури утворення юридичної особи (у даному разі розглядається процедура утворення ТОВ) є два юридичні документи: 1) протокол загальних зборів засновників (надалі: протокол). При уважному вивченні першого протоколу загальних зборів засновників підприємства можна виділити ті основні питання, вирішення яких

²⁶¹ Функ Я. И., вказана праця. – С. 80.

у ньому були зафіксовані. Серед них: найменування підприємства; юридична адреса; організаційно-правова форма; прийняття обумовленого тексту статуту; призначення директора; призначення осіб, відповідальних за реєстрацію; 2) статут (у якому зазначається обсяг правосуб'єктності особи, що утворюється). Закон встановлює обов'язкову форму нотаріального посвідчення підписів осіб, які склали ці документи. Останні підписують сторони, що є, з одного боку, вираженням їхньої волі, а з іншого – фактичним визнанням легітимності підприємства. Процедура легітимації юридичної особи включає в себе: виникнення інтересу (необхідності); набуття розуміння форми (організаційно-правової, податкової звітності тощо); досягнення згоди за основними умовами (цілі, назва й т.д.); вираження волі в конкретних юридичних документах (протокол загальних зборів № 1, статут і т.д.).

Ці документи підписуються сторонами, що є, з одного боку, вираженням їх волі, а з іншого, фактичним визнанням легітимності підприємства. Процедура легітимації юридичної особи включає в себе: 1) виникнення інтересу (необхідності) - набуття розуміння форми (організаційно-правової, податкової звітності тощо); 2) досягнення згоди за основними умовами (цілі, назва і т.д.); 3) Вираження волі в конкретних юридичних документах (протокол загальних зборів № 1, Статут і т.д.).

У свою чергу, під легалізацією СПД (у даному випадку юридичної особи), слід розуміти дію уповноваженого публічно-правового суб'єкта, результатом якої є допуск окремих суб'єктів до виконання певної діяльності у підприємницькій сфері (приміром, її реєстрація).

Легалізація суб'єктів підприємницької діяльності в Україні може включати: один елемент – державну реєстрацію (для заняття видами діяльності, що не вимагають ліцензування чи патентування); два елементи – державну реєстрацію і ліцензування (для заняття видами діяльності, що вимагають ліцензування); три елементи – державну реєстрацію, ліцензування і патентування (для заняття видами діяльності, що

вимагають ліцензування і патентування).

Суб'єктом легалізації у даному випадку виступає особа наділена публічно-правовими повноваженнями.

Державний реєстратор (як суб'єкт легалізації) це посадова особа, що відповідно до Закону здійснює державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців.

Єдиний державний реєстр – це автоматизована система збору, накопичення, захисту, обліку і надання інформації про юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців.

Державна реєстрація юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців – це засвідчення факту створення чи припинення юридичної особи, засвідчення факту набуття чи позбавлення статусу підприємця фізичною особою, а також здійснення інших реєстраційних дій, передбачених Законом, шляхом внесення відповідних записів у Єдиний державний реєстр.

Треба зауважити, що результат таких дій має юридичне значення та оформлюється у вигляді певного правового акту – витягу з Єдиного державного реєстру СПД.

Порядок проведення державної реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців включає: 1) перевірку комплектності документів, що подаються державному реєстраторові, і повноти відомостей, зазначених у реєстраційній картці; 2) перевірку документів, що подаються державному реєстраторові, на відсутність основ для відмовлення в проведенні державної реєстрації; 3) внесення відомостей про юридичну особу чи фізичну особу – підприємця в Єдиний державний реєстр; 4) оформлення державної реєстрації та видача виписки з Єдиного державного реєстру.

Окремим порядком здійснюється внесення зміни в установчих документах юридичної особи, а також зміна прізвища і/чи імені і/чи по батькові (далі – імені) чи місця проживання фізичної особи – підприємця.

Фактично, при державній реєстрації відбувається возведення легітимних відносин у стан, що відповідає чинному законодавству – що за своєю суттю є змістом легалізації.

Отже, державна реєстрація суб'єктів підприємництва – обов'язкова умова здійснення всіх видів підприємницької діяльності кожним суб'єктом підприємництва, що означає необхідність проходження ним певної процедури й засвідчення результатів такого проходження свідоцтвом про державну реєстрацію (витягом із Державного реєстру).²⁶² Державна реєстрація є загальною умовою здійснення підприємницької діяльності будь-яким суб'єктом незалежно від його організаційно-правової форми й виду здійснюваної діяльності.

Цікава позиція О. П. Подцерковного з даного питання, котрий зазначає, що легалізація господарської діяльності означає наділення суб'єкта господарювання необхідними юридичними документами, що дозволяють йому законно здійснювати господарську діяльність, а легітимація – підтвердження законності здійснення господарської діяльності суб'єктом господарювання за результатами перевірки його правовстановлюючих документів і самої діяльності на предмет відповідності вимогам законодавства.²⁶³

Якщо висловлювання щодо легалізації господарської діяльності юридичної особи не викликає обговорень, то позиція О. П. Подцерковного щодо легітимації таких суб'єктів викликає певні заперечення. Перевірка документів зареєстрованої та функціонуючої юридичної особи «на предмет відповідності вимогам законодавства» по своїй суті є діяльністю, що відображає контроль із боку держави за порядком здійснення підприємницької діяльності. У цій процедурі немає нічого такого, щоб вказувало на процеси фактичного визнання відповідності існування такого суб'єкта потребам, бажанням та інтересам індивідів. Перевірка законності діяльності не може бути порівняна з досягненням згоди щодо утворення (творіння) нового колективного суб'єкта права.

Відповідно парадигма входження юридичної особи як

²⁶² Саниахметова Н. А. Предпринимательское (хозяйственное) право Украины : учебник / Н. А. аниахметова. – Х. : Одиссей, 2005. – С. 173.

²⁶³ Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 193.

колективного суб'єкта в систему суспільних відносин уявляється як «легітимація – легалізація – функціонування». Де «легітимація» – фактичне визнання сформованого соціального відношення, а так само досягнення згоди між засновниками (учасниками), «легалізація» – формально-юридичне визнання (фіксація державою факту установи та видача відповідного документа – дозволу на здійснення певної діяльності), «функціонування» – реалізація передбаченої компетенції новоутвореним колективним суб'єктом права.

У контексті даного дослідження під дозволом на зайняття певним видом діяльності, як видом легалізаційної діяльності, слід розуміти дію уповноваженого суб'єкта, результатом якої є документально оформлений дозвіл на виконання певних дій у підприємницькій сфері.

Суб'єктами при даному виді легалізаційної діяльності можуть бути як особи, наділені державно-владними повноваженнями, так і інші уповноважені особи.

Установлені державою й закріплені в законодавстві необхідні вимоги проходження певних процедур, а саме державної реєстрації, ліцензування й патентування деяких видів підприємництва є умовами здійснення підприємництва.

Відповідно до чинного законодавства, необхідною умовою здійснення всіх видів підприємницької діяльності є державна реєстрація суб'єктів підприємництва, а окремих видів діяльності – ліцензування.

Державну реєстрацію регулюють ст. 58 Господарського кодексу України й Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців» від 15 травня 2003 року. Ліцензування регулює Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 року, а також численні відомчі нормативно-правові акти, що визначають особливості ліцензування відповідних видів діяльності.²⁶⁴

²⁶⁴ Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців від 15 травня 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/755-15>

В Указі Президента України «Про впровадження дозвільної системи у сфері підприємництва» від 20 травня 1999 року № 539 відзначена необхідність уживання заходів щодо впорядкування встановлених нормативно-правовими актами України правил і порядку одержання суб'єктами підприємницької діяльності дозволів (спеціальних дозволів, ліцензій, сертифікатів і ін.) на здійснення окремих видів підприємницької діяльності, виходячи з того, що єдиним документом дозвільного характеру, що дає право на зайняття певним видом підприємницької діяльності, підлягаючим обмеженню відповідно до законодавства, є ліцензія.²⁶⁵

Крім того, деякі види підприємницької діяльності вимагають одержання торгового патенту – державного свідоцтва, що засвідчує право суб'єкта підприємницької діяльності чи його структурного (відособленого) підрозділу займатися ними. Відповідно до Податкового кодексу України від 02.12. 2010 року, торгова діяльність за готівку з використанням інших форм розрахунків і кредитних карток на території України, діяльність з обміну наявних валютних цінностей (включаючи операції з готівкою, вираженою в іноземній валюті, і з кредитними картками), а також діяльність із надання послуг у сфері ігрового бізнесу й побутових послуг вимагає одержання торгового патенту.²⁶⁶

Згідно із ст. 14 Господарського кодексу України, ліцензування, патентування певних видів господарської діяльності є засобами державного регулювання у сфері господарювання, спрямованими на забезпечення єдиної державної політики в цій сфері та захист економічних і соціальних інтересів держави, суспільства й окремих споживачів.²⁶⁷

Умови здійснення підприємництва в юридичному сенсі

²⁶⁵ Про впровадження дозвільної системи у сфері підприємництва від 20 травня 1999 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/539/99>

²⁶⁶ Податковий Кодекс України від 02.12. 2010р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>

²⁶⁷ Господарський кодекс України від 16.01. 2003р.[Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>

варто відрізнити від умов здійснення підприємницької діяльності в економічному сенсі, якими є фактори виробництва. Економічна наука традиційно до факторів виробництва відносила землю, капітал і працю. Процес підприємницької активності передбачає обов'язкову наявність п'яти факторів виробництва: підприємницької ідеї; технології реалізації ідеї; засобів виробництва, що дають можливість використовувати вибрану технологію; капіталу; нарешті, самого підприємця.²⁶⁸

Законодавство практично всіх держав встановлює обов'язкову вимогу реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності. Звичайно така реєстрація здійснюється в торгових реєстрах, що ведуть судові чи адміністративні органи. Ведення торгових реєстрів має кілька основних цілей:

1. реєстрація торгових товариств;
2. реєстрація фірми (торгового найменування) суб'єктів торгової діяльності, а також видів діяльності, що мають право здійснювати дані суб'єкти;
3. надання всім учасникам торгового обороту відомостей про зареєстрованого суб'єкта (розміри статутного фонду, місце знаходження, органи управління, особи, що мають право укласти угоди від імені даного суб'єкта).²⁶⁹

Основне призначення державної реєстрації бачиться у видачі «дозволу» стати учасником господарського обороту в цілому, що складається з трьох основних елементів: а) державного обліку суб'єктів підприємницької діяльності; б) збору публічно-достовірних даних про їх правове, майнове й організаційне становище; в) здійснення контролю за законністю виникнення, зміни й припинення правового статусу підприємця.

Моніторинг сфери реєстрації показав, що в Україні її суб'єктами є 20 міністерств і відомств, 764 органи місцевої влади (532 районні адміністрації і 232 виконкоми місцевих рад), 24 представництва Ліцензійної палати в обласних центрах.

²⁶⁸ Хозяйственное право / под ред. В. К. Мамутова, Г. Л. Знаменского. – К. : Юрінком Інтер, 2002. – С. 75.

²⁶⁹ Квасніцька О. О. Державна реєстрація суб'єктів господарювання як інститут господарського права / О. О. Квасніцька // Юрид. вісник. – 2007. – № 3. – С. 34-38.

Реєстрацію визначають 16 законів, 8 постанов Кабінету Міністрів України й 14 відомчих актів.²⁷⁰

Справедливо відзначається, що державна реєстрація встановлюється не тільки в інтересах держави (зокрема, для виявлення державою платників податків і інших обов'язкових платежів, здійснення державного контролю за виконанням умов здійснення підприємницької діяльності й боротьби з незаконним підприємництвом, одержання державою відомостей статистичної звітності для здійснення регулювання сфери економіки), але й для утворення так названої прозорості ринку, тобто можливості не тільки для держави, але й для інших учасників ринкових відносин знати про своїх майбутніх партнерів і контрагентів, виробників продукції (товарів), емітентів цінних паперів. Для того щоб державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності виконувала всі ці функції, необхідно забезпечити повноту, публічність, загальновідомість і приступність відомостей такої реєстрації.²⁷¹

Легалізація суб'єктів підприємницької діяльності – це підтвердження державою законності входження суб'єктів підприємництва у відносини у сфері підприємництва, дозвіл на зайняття певним видом діяльності.

Для зайняття легальною підприємницькою діяльністю суб'єкт підприємництва повинний пройти державну реєстрацію, а для здійснення деяких зазначених у законодавстві видів діяльності – також ліцензування й патентування.

Відповідно до ч. 13 ст. 58 ГК України, діяльність незареєстрованого суб'єкта господарювання, що підлягає державній реєстрації, забороняється. Доходи, що отримує такий суб'єкт, стягуються в Державний бюджет України у встановленому законом порядку.

Реєстрація має конститутивне значення як юридичний факт, з яким пов'язується утворення суб'єкта підприємництва.

²⁷⁰ Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2010. – 115

²⁷¹ Кашанина Т. В. Предпринимательство: правовые основы / Т. В. Кашанина. – М., 1994. – С. 74.

Таким чином, законодавство України передбачає єдину систему державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності: всі суб'єкти підлягають державній реєстрації у відповідних органах в однаковому порядку. Винятки складають лише окремі суб'єкти підприємництва (наприклад, банки), специфіка діяльності яких вимагає спеціального порядку їх легалізації.

Закон може встановлювати особливості державної реєстрації об'єднань громадян (у тому числі професійних союзів), благодійних організацій, партій, органів державної влади й органів місцевого самоврядування, банків, торгово-промислових палат, фінансових установ (у тому числі кредитних союзів), бірж, а також інших установ і організацій.

Державна реєстрація юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців – це засвідчення факту утворення чи припинення юридичної особи, засвідчення факту набуття чи позбавлення статусу підприємця фізичною особою, а також здійснення інших реєстраційних дій, передбачених Законом, шляхом внесення відповідних записів у Єдиний державний реєстр.

Порядок проведення державної реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб – підприємців включає, зокрема: перевірку комплектності документів, що подаються державному реєстраторові, і повноти відомостей, зазначених у реєстраційній картці; перевірку документів, що подаються державному реєстраторові, на відсутність основ для відмовлення в проведенні державної реєстрації; внесення відомостей про юридичну особу чи фізичну особу – підприємця в Єдиний державний реєстр; оформлення й видачу свідоцтва про державну реєстрацію та виписку з Єдиного державного реєстру.

Зміни в установчих документах юридичної особи, а також зміна прізвища, і/чи імені, і/чи по батькові (надалі: імені) чи місця проживання фізичної особи – підприємця підлягає обов'язковій державній реєстрації шляхом внесення відповідних змін у записі Єдиного державного реєстру в порядку, установленому Законом.

Представництва, філії іноземних компаній в Україні підлягають акредитації на території України в порядку, встановленому законом.

Отже, державна реєстрація суб'єктів підприємництва – обов'язкова умова здійснення всіх видів підприємницької діяльності кожним суб'єктом підприємництва, що означає необхідність проходження ним певної процедури й засвідчення свідоцтвом про державну реєстрацію.

Якщо державна реєстрація є загальною умовою здійснення підприємницької діяльності будь-яким суб'єктом незалежно від його організаційно-правової форми й виду здійснюваної діяльності, то ліцензування й патентування є спеціальними умовами здійснення деяких видів підприємництва.

Щодо природи ліцензування у вітчизняній літературі висловлені різні думки. На думку одних учених, ліцензування – це форма державно-правового регулювання різних форм господарювання й забезпечення життєво важливих інтересів особистості, держави й суспільства²⁷², на думку інших – вид державного контролю.²⁷³

Обґрунтованим є позначення ліцензування як правового режиму здійснення окремих видів діяльності тільки за наявності спеціальних дозволів (ліцензій), що видають уповноважені органи публічної влади при дотриманні певних умов, призначення яких – у встановленні особливого державного контролю за здійсненням таких видів підприємництва, що внаслідок властивих їм особливостей сполучені з реалізацією найбільш важливих публічних інтересів.²⁷⁴

Ліцензування розглядається як адміністративно-правовий регулятор підприємницьких відносин, що має за мету забезпечення нормального співвідношення приватних інтересів комерційної організації з публічними інтересами суспільства в

²⁷² Административное право Украины / под. ред. С. В. Кивалова. – Х. : Одиссей, 2004. – С. 122.

²⁷³ Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одиссей, 2010. – С. 125.

²⁷⁴ Про ліцензування певних видів господарської діяльності. Закон України від 01.06.2000р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1775-14>.

цілому.²⁷⁵

Уявляється, що ліцензування є одним із засобів державного регулювання підприємницької діяльності.

Ліцензування визначається як вжиття заходів, пов'язаних із видачею ліцензій, призупиненням і анулюванням ліцензій і наглядом органів, що ліцензують, за дотриманням ліцензіатами при здійсненні видів діяльності, що ліцензуються, відповідних ліцензійних вимог і умов. Ліцензія – це дозвіл (право) на здійснення виду діяльності, що ліцензується, при обов'язковому дотриманні ліцензійних вимог і умов, яку видає орган, що ліцензує, юридичній особі чи індивідуальному підприємцеві.²⁷⁶

Пропонуються такі критерії для визначення видів діяльності, що ліцензуються, як небезпека конкретної діяльності для необмеженого кола осіб, що не беруть участі в її здійсненні, залучення нею у своє середовище необмеженого кола учасників; висока прибутковість такої діяльності. Критерії віднесення того чи іншого виду підприємницької діяльності до такої, що ліцензується, повинні бути науково обґрунтованими, і у їх основі має бути врахування ступеня займання цим видом діяльності суспільного інтересу (інтересів здоров'я й безпеки населення) та інтересів держави (державної безпеки).

Таким чином, окремі види діяльності, перелік яких установлений у законі, суб'єкт підприємництва може здійснювати тільки на підставі спеціального документа – ліцензії.

Перелік видів діяльності, що не можуть здійснюватися без ліцензії, визначений у Законі «Про ліцензування певних видів господарської діяльності». За кілька років з 1991 року, коли вперше був визначений перелік видів діяльності, що ліцензуються, який включав спочатку лише 11 видів діяльності, перелік був збільшений багаторазово (до 112). Останнім часом він був скорочений до 60, однак усе-таки більш ніж у 5 разів перевищує первісний перелік.

Основним нормативно-правовим актом, що регулює

²⁷⁵ Административное право Украины / под. ред. С. В. Кивалова. – Х. : Одиссей, 2004. – С. 67.

²⁷⁶ Алексей П. В. Правовой статус субъектов предпринимательской деятельности. – М., 1996. – С. 11.

ліцензування, є Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 1 червня 2000 року (надалі: Закон). Він визначає види господарської діяльності, що підлягають ліцензуванню, порядок їх ліцензування, встановлює державний контроль у сфері ліцензування, відповідальність суб'єктів господарювання й органів ліцензування за порушення законодавства у сфері ліцензування.

При цьому варто мати на увазі, що відповідно до Закону термін «господарська діяльність» уживається в такому значенні: будь-яка діяльність, у тому числі підприємницька, юридичних осіб, а також фізичних осіб – суб'єктів підприємницької діяльності, пов'язана з виробництвом (виготовленням) продукції, торгівлею, наданням послуг, виконанням робіт. Чинність Закону поширюється на всіх суб'єктів господарювання. Ліцензування банківської діяльності, зовнішньоекономічної діяльності, ліцензування каналів віщання, ліцензування у сфері електроенергетики й використання ядерної енергії, ліцензування у сфері інтелектуальної власності здійснюється відповідно до законів, що регулюють відносини в цих сферах.

Види господарської діяльності, крім випадків, передбачених ч. 2 ст. 2 Закону, що не включені в перелік видів господарської діяльності, установлений ст. 9 Закону, не підлягають ліцензуванню.

У цій сфері основними є поняття «ліцензія» й «ліцензування», що визначені в Законі.

Ліцензія – документ державного зразка, що засвідчує право ліцензіата на проведення зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом певного терміну за умови виконання ліцензійних умов.

Ліцензування – видача, переоформлення й анулювання ліцензій, видача дублікатів ліцензій, ведення ліцензійних справ і ліцензійних реєстрів, контроль за дотриманням ліцензіатами ліцензійних умов, видача розпоряджень про усунення порушень ліцензійних умов, а також розпоряджень про ліквідацію

порушень законодавства у сфері ліцензування.²⁷⁷

Суб'єктами відносин, що виникають у зв'язку з ліцензуванням, є, з одного боку, суб'єкт господарювання, а з іншого – орган ліцензування.

Суб'єкт господарювання – зареєстрована у встановленому законодавством порядку юридична особа незалежно від її організаційно-правової форми й форми власності, що провадить господарську діяльність, крім органів державної влади й органів місцевого самоврядування, а також фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності.²⁷⁸

Такий суб'єкт стає ліцензіатом із одержанням ліцензії на здійснення певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню.

Орган ліцензування – орган виконавчої влади, визначений Кабінетом Міністрів України, чи спеціально уповноважений виконавчий орган рад для ліцензування певних видів господарської діяльності.

У ст. 8 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» зазначено, що ліцензійні умови є нормативно-правовим актом, положення якого встановлюють кваліфікаційні, організаційні, технологічні й інші вимоги для проведення певного виду господарської діяльності.

Суб'єкт господарювання зобов'язаний провадити певний вид господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню, відповідно до встановлених для цього виду діяльності ліцензійних умов.

Ліцензійні умови й зміни до ліцензійних умов підлягають обнародуванню в порядку, установленому законодавством, і набирають чинності через десять днів із дати державної реєстрації нормативно-правового акта, якщо в ньому не передбачений більш пізній термін набрання чинності.

У літературі неодноразово відзначалися істотні недоліки,

²⁷⁷ Про ліцензування певних видів господарської діяльності. Закон України від 01.06.2000р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/1775-14>

²⁷⁸ Квасніцька О. О. Державна реєстрація суб'єктів господарювання як інститут господарського права / О. О. Квасніцька // Юрид. вісник. – 2007. – № 3. – С. 34-38.

що склалися в практиці державної реєстрації і ліцензування в Україні, численні порушення при здійсненні державної реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності й ліцензуванні певних видів підприємницької діяльності.²⁷⁹

Причинами недосконалого забезпечення легалізації суб'єктів підприємництва є, зокрема, слабкість організаційних засобів, у тому числі розосередження процедури легалізації в різних державних органах, що утрудняє цей процес, а також правовий нігілізм державних чиновників.

Поряд із вищезазначеними причинами слабого забезпечення процесу легалізації суб'єктів підприємництва є нескоординованість і непогодженість нормативно-правових актів, наявність внутрішніх суперечностей і непогодженостей у законодавстві, що регулює цей процес.

Слід зазначити важливість спрощення порядку державної реєстрації суб'єктів підприємництва, скорочення переліку видів підприємницької діяльності, що підлягають ліцензуванню, внаслідок внесення змін у чинне законодавство.

Разом з тим аналіз нормативної бази легалізації суб'єктів підприємництва в Україні показує, що існує безліч підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють легалізацію суб'єктів підприємництва, окремі положення яких суперечать законам України, а також містять додаткові вимоги, не передбачені законом, що ускладнюють процес легалізації. Особливо це стосується прийнятих різними міністерствами, державними комітетами й іншими відомствами нормативно-правових актів із ліцензування окремих видів підприємницької діяльності, що регулюють її не одноманітно, а з позиції відомчих інтересів.

Отже, законодавство про державну реєстрацію суб'єктів підприємницької діяльності, ліцензування й патентування окремих видів цієї діяльності має потребу в систематизації на законодавчому рівні. Необхідна розробка єдиного нормативно-правового акта, що регулює всю процедуру легалізації

²⁷⁹ Господарське право : підручник / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх [та ін.] ; за ред. О. П. Подцерковного. – Х. : Одіссей, 2010. – С. 12-14.

підприємництва. Вирішення цього питання на законодавчому рівні дозволить усунути внутрішню суперечливість відомих нормативно-правових актів, що вводять ускладнені умови й вимоги подання додаткових документів.

Відмовлення в державній реєстрації, а також відхилення від такої реєстрації можуть бути оскаржені в суд. У цьому корінна відмінність основ набуття правосуб'єктності фізичною особою і юридичною особою. Фізична особа одержує правосуб'єктність незалежно від будь-яких факторів у момент народження.

Юридична особа наділяється правосуб'єктністю державою, представленою в особі органу, що здійснює державну реєстрацію, і необґрунтоване відмовлення в ній є обмеженням прав тих осіб (як фізичних, так і юридичних), що утворюють дану юридичну особу й мають самі відповідну правосуб'єктність, яка дає їм можливість утворити юридичну особу й заперечити відмовлення державного органу в наділенні даної юридичної особи правосуб'єктністю.²⁸⁰

Державна реєстрація є завершальним етапом утворення юридичної особи, з яким закон пов'язує виникнення правоздатності. Державна реєстрація юридичної особи може бути визнана недійсною тільки судом, якщо при утворенні юридичної особи були допущені порушення закону, за наявності яких у реєстрації має бути відмовлено. Причому судові рішення про ліквідацію юридичної особи повинно прийматися тільки в тому разі, якщо порушення носять непереможний характер.

Також, особливу увагу варто приділити такому виду легалізаційної діяльності, як видача дозволів на працевлаштування іноземних громадян.

Однією з умов побудови в Україні правової, соціально орієнтованої держави є її відкритість для світового співтовариства. Це визначає появу на території країни дедалі більшої кількості іноземців, що прибувають в Україну з різноманітними цілями. Тому встановлення в законодавстві чіткого адміністративно-правового статусу зазначених категорій

²⁸⁰ Кибенко Е. Корпоративное право : учеб. пособие / Е. Кибенко. – Х. : Эспада, 1999. – С. 48

осіб дозволить уникнути непорозумінь і правопорушень як з їх боку, так і з боку уповноважених органів виконавчої влади.²⁸¹

Адміністративно-правовий статус іноземних громадян і осіб без громадянства встановлюють Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22.09.2011 року, інші закони й підзаконні акти з урахуванням Конвенції про статус біженців від 28 липня 1951 року, Конвенції про статус апатридів від 28 вересня 1954 року, Декларації про права людини щодо осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають, та ін. Відповідно до Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», іноземцями є особи, що мають громадянство іноземних держав і не є громадянами України, а також особи без громадянства, що не належать до громадянства жодної держави (ст. 1 Закону). Так, іноземці, що емігрували в Україну для працевлаштування на певний строк, можуть займатися трудовою діяльністю лише на підставі дозволу на працевлаштування.²⁸²

Порядок оформлення іноземцям і особам без громадянства дозволу на працевлаштування (від 1 листопада 1999 р.) затвердив Кабінет Міністрів України. Нині дозвіл на працевлаштування (використання праці іноземного громадянина) є документом, необхідним для роботи в Україні. Оформляється він в Державному центрі зайнятості за місцем реєстрації роботодавця. З травня 2013 року діють нові правила одержання даного документа, згідно з якими процедура ускладнилася. Метою введення нового порядку було запобігання нелегальній міграції і посилення контролю за прибуваючими іноземними працівниками, а також підтримка українських фахівців на ринку праці. Фактично було збільшено розмір держмита і затверджено більш великий список документів, відповідно, одержати дозвіл стало трохи складніше.²⁸³

²⁸¹ Административное право Украины / под. ред. С. В. Кивалова. – Х. : Одиссей, 2004. – С. 73.

²⁸² «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» Закон України від 22.09.2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3773-17>

²⁸³ Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства. Постанова КМУ від 27 травня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/437-2013-%D0%BF>

Згідно із зазначеними нормативними актами, дозвіл на працевлаштування таким особам оформляє й видає Державний центр зайнятості, відповідні центри зайнятості лише за умови, якщо в країні відсутні працівники, що здатні виконувати ці роботи, чи є достатні підстави доцільності використання роботи іноземних фахівців, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України. Іноземцям, що постійно проживають на території України, дозвіл на працевлаштування не обов'язковий.

Дозвіл, як правило, видається терміном до 1 року, за наявності певних підстав термін може бути продовжений, але в будь-якому разі безперервний термін перебування іноземців в Україні на підставі дозволу на працевлаштування не може перевищувати 4 роки.

До основних етапів легалізації трудової діяльності іноземних громадян належать:

- одержання дозволу на працевлаштування;
- одержання візи (для громадян тих країн, що мають візовий режим із Україною);
- реєстрація на митниці при в'їзді в Україну;
- одержання ідентифікаційного номера;
- реєстрація в органах внутрішніх справ.

Необхідно відзначити, що зазначена послідовність процедур дотримується в тому разі, якщо рішення про працевлаштування прийнято до в'їзду іноземного працівника в Україну.

Однак щоб запросити іноземного фахівця, необхідно насамперед пройти процедуру реєстрації приймаючого підприємства в органах Державної міграційної служби України.²⁸⁴

Для одержання доходів в Україні, у тому числі й для одержання заробітної плати, обов'язково оформлення ідентифікаційного номера платника податку. Довідка про присвоєння цього номера може бути отримана в податкових органах. Держмито за одержання такої довідки не стягується. Для

²⁸⁴ Питання Державної міграційної служби України Указ Президента України від 06.04.2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/405/2011>

одержання довідки потрібно надати копію паспортного документа з перекладом українською мовою, засвідченою печаткою перекладача, і заповнену заяву.

Законодавство України передбачає, що іноземцям і особам без громадянства, котрі прибувають в Україну з метою працевлаштування на підставі дозволу на працевлаштування, оформляється посвідчення на тимчасове проживання (тимчасова посвідка на проживання).

Постанова Кабінету Міністрів України від 27 травня 2013 року затвердила Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства (надалі: Порядок видачі дозволів).²⁸⁵

Відповідно до вимог ст. 7 Порядку видачі дозволів, усі видані зарубіжною країною та складені іноземною мовою документи для отримання дозволу на використання праці іноземця повинні бути легалізовані в установленому порядку, якщо інше не передбачено міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та подані разом із засвідченим в установленому порядку перекладом на українську мову..

Саме тут має місце використання двох видів легалізаційних процедур: по-перше процедур видачі дозволу на виконання певної діяльності; а по-друге, процедур підтвердження чинності документів і підписів, що їх скріплюють.

Так, перші процедури вказують на те, яким чином мають легалізуватися іноземні заробітчани в Україні, а другі встановлюють порядок легалізації документів, необхідних для видачі дозволу на працевлаштування.

Вищесказане свідчить про те, що процедура легалізації іноземного співробітника в Україні досить складна й витратна за часом, тому необхідно проведення загальнотеоретичних досліджень, спрямованих на вироблення рекомендацій із

²⁸⁵ Питання видачі, продовження дії та анулювання дозволу на застосування праці іноземців та осіб без громадянства. Постанова КМУ від 27 травня 2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/437-2013-%D0%BF>

удосконалення і спрощення цієї процедури.

Не менш значимими для суспільних відносин є й легалізаційні процедури щодо видання дозволу на здійснення окремих видів діяльності які здійснюються суб'єктом який наділений приватноправовими повноваженнями.

Так, для реалізації правосуб'єктності юридичної особи в її рамках утворюються відповідні органи. Під органом юридичної особи варто розуміти особу чи сукупність осіб, уповноважених, відповідно до закону, іншими правовими актами чи установчими документами здійснювати управління діяльністю юридичної особи, тим самим реалізуючи її правосуб'єктність. Склад, порядок утворення органів, а також розподіл компетенції між ними залежать від організаційно-правової форми юридичної особи й визначаються законом і установчими документами юридичної особи.²⁸⁶

Органи юридичної особи не можуть розглядатися як самостійні суб'єкти цивільних правовідносин і є частиною юридичної особи.

За загальним правилом, юридична особа має як мінімум два органи: орган, що поєднує й представляє засновників юридичної особи, а також виконавчий орган.

У ГК України, стосовно господарчих товариств і виробничих кооперативів ці органи іменуються, відповідно, вищим і виконавчим. Аналогічна класифікація існує й у системі некомерційних організацій.

Завдання вищого органу управління обмежується формуванням волі юридичної особи по основних питаннях діяльності юридичної особи, віднесенням до компетенції такого органу. Основна функція вищого органу управління некомерційною організацією полягає в забезпеченні дотримання некомерційною організацією цілей, в інтересах яких вона була утворена.

Виконавчий орган (директор, правління тощо) покликаний

²⁸⁶ Мартемьянов В. С. Хозяйственное право : курс лекций / В. С. Мартемьянов. – М., 1994. – Т. 1 : Общие положения. – С. 78.

здійснювати волю юридичної особи, виражену в рішеннях засновників (учасників), при веденні поточних справ юридичної особи (організації виробництва, здійсненні угод і т.д.).²⁸⁷

Основна відмінність виконавчого органу від інших органів полягає в тому, що саме він представляє юридичну особу в цивільному обороті, без доручення здійснити від його імені дії, спрямовані на встановлення, зміну й припинення цивільних прав і обов'язків юридичної особи. Разом з тим загальні збори учасників (акціонерів, членів) і рада директорів (наглядацька рада) господарчого товариства, виробничого кооперативу беруть участь у набутті юридичною особою цивільних прав і обов'язків за допомогою утворення виконавчого органу та прийняття в рамках своєї компетенції обов'язкових для виконавчого органу рішень, здійснення контролю за його діяльністю, у тому числі шляхом давання згоди на укладення великих і інших угод юридичною особою чи подальше схвалення таких угод. Дотримання органами юридичної особи своєї компетенції, визначеної відповідно до закону, інших правових актів і установчих документів, є необхідною умовою для визнання дійсності угод юридичної особи.²⁸⁸

По своїй суті низка повноважень виконавчого органу юридичної особи є не що інше, як повноваження у сфері легалізації. Дане твердження обґрунтовується такими фактами: а) суб'єктом легалізації виступає уповноважена особа (виконавчий орган юридичної особи); б) діяльність суб'єкта регламентована локальними актами (установчі документи компанії); в) результатом діяльності суб'єкта є винесення письмового приватноправового правозастосовного акта, відповідно до якого реалізуються інтереси зацікавленої особи. Прикладом є резолюція директора приватного підприємства на заяві особи щодо прийняття на роботу, або доручення, що видав директор, працівнику підприємства. У даному разі директор дозволив займатися певним видом діяльності (відповідно до штатного

²⁸⁷ Основы предпринимательства / под ред. А.С. Пелиха. – М. : Гардарика, 1996. – С. 192

²⁸⁸ Предпринимательское право : курс лекций / под ред. Н. И. Клейн. – М., 1993. – С. 40.

розкладу й установчих документів) конкретній особі (чим здійснив правозастосовну дію у формі «конкретизації»).

Резюмуючи, можна дійти висновку, що такий вид легалізації, як видача дозволу на зайняття певним видом діяльності, поширений як у приватноправовій, так і в публічно-правовій сфері та є важливим компонентом у побудові сучасної держави.

3.4. Узаконення грошових коштів та іншого майна

У рамках даного підрозділу характеризується не тільки такий вид легалізаційної діяльності, як узаконення коштів, але й аналізуються питання співвідношення понять «відмивання» й «узаконення» коштів. Це обґрунтовано, з одного боку, особою проблематикою взаємовідношення даних понять, а з іншого – неможливістю визнання легалізацією – діяльності по «відмиванню» коштів отриманих злочинним шляхом. Колізійність співвідношення цих понять визначається різною правовою природою їх походження.

Проблема «відмивання» «брудних» грошей прямо пов'язана з діяльністю організованої злочинності. За допомогою «відмивання» доходів, отриманих злочинним шляхом, надається респектабельний вид законним коштам, щоб надалі ввести їх в економічні й фінансові структури держав. Тому боротьбу з «відмиванням» грошей практично всі розвинені держави визнають одним із найважливіших способів протидії організованій злочинності, необхідним підґрунтям якої є тіньова економіка.²⁸⁹

На думку М. І. Логвиненка, «сьогодні в контексті вимог і викликів ХХІ століття найгострішими й найскладнішими проблемами нової української влади є виведення економіки з тіні

²⁸⁹ Беніцький А. С. Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (проблеми кримінально-правової кваліфікації) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. С. Беніцький; Луганська академія внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України. – Луганськ, 2002. – С. 80.

та подолання криміналізації суспільного життя, від вирішення яких безпосередньо залежать формування громадянського суспільства й побудова правової держави, їхньої соціально орієнтованої народної економіки та досягнення на цій основі стійкого економічного розвитку й сучасних європейських стандартів життя всього населення».²⁹⁰

Фактично в працях юристів-теоретиків країн СНД і, як наслідок, у багатьох національних нормативних актах України терміни «легалізація» й «відмивання» ототожнюються. Таке твердження бачиться досить спірним, оскільки зводити в єдине ціле два протилежних за своїм змістом і формальним проявом поняття некоректно по таких міркуваннях.

Легалізація як позитивна правова процедура, яку здійснює уповноважений суб'єкт, в законних інтересах особи, зацікавленої у возведенні у стан що відповідає чинному закону певних об'єктів; і абсолютно протилежна легалізації діяльність пов'язана з «відмиванням» – введенням в законний обіг коштів, отриманих злочинним шляхом.

Для усвідомлення правової природи «відмивання» коштів необхідно вдатися до передісторії появи цього поняття і його розвитку в міжнародній практиці.

Країною виникнення терміна «відмивання» коштів є США. Абревіатура «відмивання» походить від англійського слова *laundering* (відмивання), а передісторія появи даного поняття пов'язується з періодом мафіозних картелів у США, коли мафіозні структури «відмивали» через мережу пралень кошти, отримані від торгівлі спиртним.²⁹¹

Офіційно термін «відмивання грошей» (*money laundering*) уперше був використаний у 80-х роках у США стосовно доходів від наркобізнесу. Він позначає процес перетворення нелегально

²⁹⁰ Логвиненко М. І. Проблеми детінізації економіки в умовах нової економіко-правової політики / М. І. Логвиненко, П. Л. Пушкарєнко // *Право України*. – 2005. – № 7. – С. 97-100

²⁹¹ Попович В. М. Стан організаційно-правового забезпечення протидії відмиванню доходів злочинного походження в Україні: кримінологічний аспект / В. М. Попович // *Зб. пр. дослідників Проекту «А» наук.-дослід. Програми АПрН України та НІО США*. – Х., 2002. – С. 164-201.

отриманих грошей на легальні гроші.²⁹²

Запропоновано багато визначень цього поняття. Президентська комісія США з організованої злочинності 1984 року використала таке формулювання: «Відмивання грошей – процес, за допомогою якого ховається існування, незаконне походження чи незаконне використання доходів, і потім ці доходи маскуються таким чином, щоб здаватися такими, що мають законне походження».²⁹³

У міжнародному праві нормативне визначення «відмивання» доходів від злочинної діяльності було дано у Віденській конвенції ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин від 19 грудня 1988 року (надалі – Конвенція), що справила великий вплив на розвиток відповідного законодавства західних країн.²⁹⁴

Згідно із ст. 3 Конвенції під «відмиванням» доходів від злочинної діяльності, слід розуміти:

«конверсія чи передача майна, якщо відомо, що таке майно отримано в результаті правопорушення чи правопорушень або в результаті участі в такому правопорушенні чи правопорушеннях, із метою приховання чи утаювання незаконного джерела чи майна, з метою надання допомоги будь-якій особі, що бере участь у здійсненні такого правопорушення чи правопорушень, для того, щоб вона могла уникнути відповідальності за свої дії;

приховання чи утаювання справжнього характеру, джерела, місцезнаходження, способу розпорядження, переміщення, справжніх прав щодо майна чи його належності, якщо відомо, що таке майно отримано в результаті правопорушень або правопорушення, у результаті участі в такому правопорушенні чи правопорушеннях;

²⁹² Берізко В. Деякі аспекти механізмів побудови системи протидії відмиванню «брудних» грошей / В. Берізко // Право України. – 2005. – № 7. – С. 134.

²⁹³ Гусейнова С. М. Проблемы уголовно-правовой регламентации легализации (отмывания) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / С. М. Гусейнова. – Ростов-на-Дону, 2003. – С. 96.

²⁹⁴ Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин Конвенція Організації Об'єднаних Націй. Дата підписання Україною: 16 березня 1989 р. Набуття чинності для України: 27 листопада 1991 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_096

придбання, володіння чи використання майна, якщо в момент його одержання було відомо, що таке майно отримано в результаті правопорушення чи правопорушень або в результаті участі в такому правопорушенні чи правопорушеннях;

участь, співучасть або вступ у злочинну змову з метою здійснення будь-якого правопорушення чи правопорушень, наведених вище, замах на здійснення такого правопорушення чи правопорушень, а також пособництво, підбурювання, сприяння чи консультивання при їх здійсненні».

Віденська Конвенція ООН 1988 року визнала як злочин «відмивання» грошей, отриманих від незаконного обігу наркотиків. У той самий час розвиток організованої злочинності призвів до зростання доходів злочинних організацій, одержуваних з інших сфер злочинної діяльності. Частина цих доходів також стала піддаватися «відмиванню» й інвестуватися в легальну економіку.

Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом» від 8 листопада 1990 року (надалі Стразбурська Конвенція) визнала злочином дії, пов'язані з «відмиванням» грошей, отриманих не тільки від наркобізнесу, але й від інших видів злочинної діяльності. Стаття 6 Конвенції визначає перелік правопорушень, пов'язаних із «відмиванням» коштів.²⁹⁵

Розходження в законодавстві окремих країн пов'язані з визначенням переліку діянь, що є джерелом походження коштів, які легалізуються. Такими джерелами можуть визнаватися:

- злочини (будь-які, передбачені кримінальним законодавством);
- злочини, що є типовими для організованої злочинності;
- правопорушення;
- злочини й правопорушення, пов'язані з незаконним обігом наркотиків.

²⁹⁵ Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом

Рада Європи; Конвенція, Міжнародний документ від 08.11.1990. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_029

Як впливає з положень Страсбурзької Конвенції і рекомендацій Спеціальної фінансової комісії з проблем відмивання грошей, підготовлених 1990 року, *відмивання коштів і іншого майна* – це процес, під час якого кошти, отримані в результаті незаконної діяльності, тобто різних правопорушень, поміщуються, переказуються чи іншим способом пропускаються через фінансово-кредитну систему (банки, інші фінансові інститути), або на них (замість них) придбувається інше майно, або вони іншим способом використовуються в економічній діяльності й у результаті повертаються власникові в іншому, «відтвореному», вигляді для утворення видимості законності отриманих доходів, приховання особи, що ініціювала дані дії і (чи) одержала доходи, а також протизаконності джерел цих коштів.

Вивчення зарубіжного права й практики його застосування показує, що індустріально розвинені країни почали активно включатися в боротьбу з «відмиванням» наркогрошей на початку 80-х років. Очевидно, це було обумовлено зростанням злочинності, пов'язаної з наркотиками, що спостерігалось в 70-х роках, і активним інвестуванням капіталів сумнівного походження в економіку низки держав, що стабільно розвиваються, особливо тих із них, у яких було відсутнє чи відсутнє законодавство, спрямоване на боротьбу з «відмиванням» грошей, отриманих у результаті наркобізнесу.²⁹⁶

У даний час певні мінімальні стандарти співробітництва в забезпеченні контролю над «відмиванням» злочинних доходів починають широко застосовуватися як складова частина необхідного регулювання фінансового сектора як більшістю урядів, так і відповідальними представниками фінансової сфери.

Дані стандарти сформульовані в таких міжнародних документах:

Базельська декларація Комітету з банківських правил і

²⁹⁶ Беніцький А. С. Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (проблеми кримінально-правової кваліфікації) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. С. Беніцький; Луганська академія внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України. – Луганськ, 2002. – С. 47.

контрольної практики міжнародного банківського співтовариства (1988 р.). У неї входять представники центральних банків «групи десяти» (США, Канада, Японія, Франція, Німеччина, Велика Британія, Італія, Бельгія, Швеція, Швейцарія). Декларація містить рекомендації про проведення ідентифікації клієнтів, відмовлення від практики ведення анонімних рахунків, закликає до співробітництва правоохоронних органів різних країн. *Віденська конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин*. Прийнята 9 грудня 1988 року. Відповідно до даної Конвенції, всі її держави-учасниці зобов'язуються надавати взаємну правову допомогу й не відмовляти в її наданні під приводом збереження банківської таємниці. Зі змісту цього акту випливає, що «відмивання» грошей – навмисне приховання справжнього характеру, джерела майна чи фінансових коштів, розміщення чи володіння незаконними доходами, включаючи рух або конверсію доходів з метою їх легалізації. Даний нормативний документ ООН розглядає таке діяння як злочин. Стаття 3 цього правового акта є, таким чином, підставою для будь-якої держави, що підписала Конвенцію (її підписали в даний час понад 100 держав), почати кримінальне переслідування осіб, що займаються «відмиванням» грошей.²⁹⁷

Так само нормативне визначення «відмивання» коштів і іншого майна міститься в таких нормативних актах:

Модельний закон ООН *«Про відмивання грошей, отриманих від наркотиків»*, рішення низки конгресів ООН із боротьби зі злочинністю й поводження з правопорушниками.²⁹⁸

«Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму» Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 26 жовтня 2005 р. Директива ЄС стала важливим документом не

²⁹⁷ Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин. ООН; Конвенція, Міжнародний документ від 20.12.1988 Електронний ресурс. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_096

²⁹⁸ Коттке К. «Грязные» деньги – что это такое? : справ. по налоговому законодательству в области «грязных» денег : пер. с нем. / К. Коттке. – М., 1998. – С. 67.

тільки для країн-членів ЄС, але й для держав, можливих нових членів цього Союзу в майбутньому. Директива вимагає від держав-членів організації визнати кримінально караним діянням «відмивання» злочинних доходів як від наркозлочинів, так і інших злочинів. Що стосується прозорості, то директива вимагає від фінансових установ забезпечити й ідентифікацію клієнтів, утворювати й вести облік великих угод із валютою та повідомляти владі про підозрілі угоди. Більш того, ці вимоги з прозорості фінансової системи мають бути поширені на професії і бізнес, які можуть ймовірно використовуватися для «відмивання» грошей.²⁹⁹

Координація дій на міжнародному рівні здійснюється в рамках різних міжнародних організацій.

Financial Action Task Force on Money Laundering («Спеціальна група з боротьби з відмиванням грошей» (ФАТФ)) здійснює координацію роботи з боротьби з «відмиванням» грошей. Утворена 1989 року. Її штаб-квартира розташована в Парижі. Основна мета – розкривати спроби «відмивання» злочинних грошей. ФАТФ діє по всьому світу, але перебувають у ній лише розвинені країни Заходу, а також Гонконг. Фінансування цієї міжнародної валютної інспекції здійснює Організація з економічного співробітництва й розвитку (ОЕСР). У число основних завдань входить також перевірка підготовленості національних служб, що відстежують спроби «відмивання» незаконних грошей. У першу чергу це стосується поліції, банківської системи й служб з боротьби з економічною злочинністю.

1990 року ця організація прийняла 40 рекомендацій, що вважаються сьогодні найкращим зразком механізму із запобігання відмиванню грошей. Вони визначають ідентифікацію справжніх бенефіціарів банківських угод, ведення обліку, що дозволяє урядовим органам відновлювати угоди, а також

²⁹⁹ Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання коштів та фінансування тероризму Директива 2005/60/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 26 жовтня 2005 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_774

правовий захист при повідомленнях про підозрілі угоди.³⁰⁰

Група міжнародних фінансових дій (Groupe D'Action Financiere International – GAFI). Утворена 1989 року з ініціативи президента Франції Ф. Міттерана. Мета діяльності – оцінка результатів співробітництва із запобігання використанню банків і фінансових інститутів для «відмивання» грошей і його подальшого поглиблення. У даний час членами GAFI є Німеччина, Австралія, Австрія, Бельгія, Канада, Данія, Іспанія, США, Фінляндія, Франція, Греція, Гонконг, Ірландія, Італія, Японія, Люксембург, Норвегія, Нова Зеландія, Нідерланди, Португалія, Велика Британія, Сінгапур, Швеція, Швейцарія і Туреччина. Членами групи є також дві міжнародні організації – Європейська комісія та Рада із співробітництва країн Перської затоки. У рамках нарад GAFI, що проводяться з 1990 року на регулярній щорічній основі, виробляються конкретні рекомендації з розвитку національного й кримінального законодавства, пропозиції з розширення міжнародного співробітництва у сфері боротьби з «відмиванням» грошей.

Міжнародна організація кримінальної поліції – Інтерпол здійснює координацію діяльності правоохоронних органів країн-учасниць у запобіганні й розслідуванні «відмивання» грошей, розробляє та приймає рекомендації.³⁰¹

Сесія Ради ЄС (Брюссель, 10 грудня 1993 р.) схвалила план дій про якнайшвидше утворення «Європолу», покликаною стати регіональним центром боротьби з наркобізнесом. Серед інших організацій, що координують діяльність із контролю за «відмиванням» доходів, здобутих злочинним шляхом, можна відзначити Європейський комітет із боротьби з наркотиками та Групу фінансових дій проти «відмивання» капіталів (ГФДО), що була утворена 1989 року для координації конкретних дій і розробки рекомендацій із боротьби зі злочинним бізнесом.

Якщо оцінювати країни з позицій їх протидії «відмиванню»

³⁰⁰ Міжнародна економіка : підруч. / за ред. Ю. Г. Козака, Д. Г. Лук'яненка, Ю. В. Макогона. – К. : Центр учб. літ-ри, 2009. – С. 365.

³⁰¹ Нешатаева Т. Н. Международные организации и право. Новые тенденции в международно-правовом регулировании / Т. Н. Нешатаева. – М., 1998. – С. 6

грошей, то їх можна умовно розділити на три групи:

1) країни, що активно борються з цим видом злочину (наприклад, США, Німеччина, Франція, Велика Британія);

2) країни «фінансового раю» – це офшорні території (Швейцарія, Ліхтенштейн, острови протоки Ла-Манш і ін.), а також країни, які для надходження на свою територію коштів недбало ставляться до перевірки легальності джерел капіталу, що надходить (країни Карибського басейну, Південної Америки та ін.);

3) інші держави (у тому числі й Україна), в яких спостерігається недостатньо суворий і ефективний фінансовий контроль, але які починають спроби поставити законодавчим шляхом перешкоди на «відмивання» коштів, що мають на практиці через низку причин досить незначний ефект.³⁰²

Розглядаючи законодавство зарубіжних країн, спрямоване проти «відмивання» коштів, отриманих злочинним шляхом, виявлені норми можна систематизувати в такий спосіб:

1) норми, що містяться в кримінальних кодексах;

2) спеціальні закони, що регулюють боротьбу з «відмиванням» грошей, отриманих злочинним шляхом;

3) спеціальні закони, що регулюють боротьбу з «відмиванням» грошей, отриманих тільки в результаті наркобізнесу.

При аналізі чинного законодавства окремих країн, регламентуючого питання «відмивання» коштів, спостерігається такий загальний аспект боротьби з цим злочином, як залучення до співробітництва з правоохоронними органами різних фінансових інститутів – банківських і небанківських.

Співробітництво полягає в першу чергу в зобов'язанні персоналу фінансових установ розпізнавати підозрілі угоди й сповіщати про це у відповідні органи. Внаслідок того, що ця діяльність суперечить обов'язку зберігати банківську таємницю,

³⁰² Манько Д. Г. Сравнительный анализ зарубежного законодательства в сфере легализации доходов, полученных преступным путем / Д. Г. Манько // Шляхи та механізми протидії відмиванню коштів злочинного походження : зб. матеріалів наук.-практ. конф., 27 листоп. 2002 р., Київ. – К., 2003. – С. 174.

у багатьох країнах, які активно борються з «відмиванням» грошей, видаються нормативні акти, що обмежують поширення банківської таємниці й знімають відповідальність зі службовців фінансових установ за повідомлення відомостей про клієнтів органам із боротьби із зазначеним злочином.

Мабуть, найактивнішою країною, що бореться з «відмиванням» «брудних» грошей, можна вважати США. Так, тільки протягом 11 років – з 1984-го по 1995-й – було прийнято кілька актів, спрямованих безпосередньо проти легалізації коштів. 1995 року в Керівництві до Закону «Про таємницю банківських вкладів» була подана програма «Знай свого клієнта», що ставить за обов'язок фінансовим установам вивчати своїх клієнтів і їхню діяльність із метою розпізнавання серед нормальних фінансових операцій підозрілих. Для успішного здійснення цих функцій персонал фінансових установ повинний пройти спеціальну програму навчання.³⁰³

У Німеччині поряд із § 261 «Відмивання грошей» Кримінального кодексу (надалі: КК) 1993 року був прийнятий Закон «Про виявлення прибутків від тяжких кримінальних злочинів» (Закон про «відмивання грошей»), що тісно пов'язаний із розпорядженнями § 261 КК. Але цей Закон стосується не відмивателів грошей, а осіб, що забезпечують законність наявного обігу: кредитних інститутів, фінансових інститутів, страхових компаній, ігорних будинків, Німецької федеральної пошти й деяких інших осіб (наприклад, адвокатів, нотаріусів). У даному Законі чітко визначений предмет регулювання – дії фізичних осіб у сфері наявного обігу, здійснюваного тільки певним колом установ, зазначених у цьому Законі. Закон зобов'язує установи, що займаються обігом готівки, робити певні дії, пов'язані з діяльністю своїх клієнтів: а) ідентифікація фізичних осіб, що провадять операції з готівкою на суму понад 20 тисяч марок; б) проведення процедури фіксації і використання інформації про фізичну особу (тільки для кримінального

³⁰³ Бірюков П. Н. Проблеми взаємодії кримінальних норм // Московський журнал міжнародного права. М., 2002. № 2. – С. 38.

переслідування за § 261 КК і за певних обставин у проведенні податкових проваджень); в) подача повідомлень про підозрілі випадки; г) вжиття внутрішніх профілактичних заходів безпеки, що запобігають самій можливості їх використання з метою «відмивання» грошей: призначення керівної особи, що контактуватиме з правоохоронними органами в цій сфері управління; розробка внутрішніх процедур контролю проти «відмивання» грошей; перевірка надійності співробітників; регулярне інструктування їх про методи «відмивання» грошей.³⁰⁴

У Швейцарії 1 квітня 1998 року набрав чинності новий закон про боротьбу з «відмиванням брудних» грошей, що передбачає посилення контролю за банками й фінансовими посередниками. Контроль здійснюватимуть як федеральні власті, так і різні професійні організації. Під підозрою може виявитися кожний вкладник або підприємець, оскільки закон не обумовлює граничного розміру «сумнівної» суми.³⁰⁵

У мексиканському Кримінальному кодексі появилась ст. 115, що передбачає кримінальну відповідальність банківських службовців (аж до тюремного ув'язнення), якщо вони вчасно не проінформують поліцію про підозрілі фінансові операції. Національна банківська комісія Мексики розробила для асоціації мексиканських банків «Посібник із протидії відмиванню грошей». Рада Європейських співтовариств у своїх Рекомендаціях указала 46 ознак «відмивання» грошей; до числа таких, зокрема, належать: а) рідке використання чеків при оплаті покупки; б) вкладення й зняття з рахунку значних грошових сум, не пов'язаних із легальною діяльністю клієнта; в) проведення фінансових операцій без видимої необхідності з клієнтами з країн, що розглядаються зручними для «відмивання» грошей; г) часті перекази значних сум із організацій і фондів типу

³⁰⁴ Манько Д. Г. Сравнительный анализ зарубежного законодательства в сфере легализации доходов, полученных преступным путем / Д. Г. Манько // Шляхи та механізми протидії відмиванню коштів злочинного походження : зб. матеріалів наук.-практ. конф., 27 листоп. 2002 р., Київ. – К., 2003. – С. 176.

³⁰⁵ Київець О. Чи бувають брудні гроші в банках? [Електронний ресурс]. – Режим лоступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1416>

«офшор» і ін.³⁰⁶

Своєрідний законодавчий досвід Японії, де діє закон про припинення незаконних діянь членів бандитських угруповань від 15 січня 1991 року зі змінами 1993 року. У цілому закон присвячений боротьбі з проявами організованої злочинності. Однак у ньому у ст. 9 розділу 1 закріплені, зокрема, заборонені діяння, що мають характер насильницьких вимог. Японський законодавець забороняє робити, прикриваючись впливом банди, такі діяння: 1) вимагати від кого б то ні було готівку, товари й інші майнові вигоди; 2) безпідставно вимагати від кого б то ні було подарунки у вигляді готівки й товарів; 3) вимагати від власників підприємств, розташованих у зоні впливу банди, готівку й товари як подяку за дозвіл хазяювати на своєму підприємстві; 4) у порядку компенсації вимагати від власників підприємств, розташованих у зоні впливу банди, право продавати їм предмети, інвентар, звичайно застосовувані на цьому підприємстві; 5) без будь-яких підстав вимагати для себе від своїх кредиторів повного чи часткового звільнення від боргу чи його відстрочки.³⁰⁷

Одним із важливих моментів, виділених у проблемі «відмивання» грошей, є залучення в цей процес грошей, отриманих у результаті незаконної діяльності організованих злочинних груп, осіб і організацій, що працюють у сфері економічної злочинності, не пов'язаних прямо зі злочинами, що чинять дані групи. Це походить від того, що організовані злочинні групи не мають можливості для «відмивання» грошей, отриманих у результаті своєї незаконної діяльності, на постійній основі. Одним із прикладів такого залучення була діяльність банку Амбросіано, що протягом низки років легалізовував і

³⁰⁶ Манько Д. Г. Сравнительный анализ зарубежного законодательства в сфере легализации доходов, полученных преступным путем / Д. Г. Манько // Шляхи та механізми протидії відмиванню коштів злочинного походження : зб. матеріалів наук.-практ. конф., 27 листоп. 2002 р., Київ. – К., 2003. – С. 177.

³⁰⁷ Отчет и рекомендации международной конференции «Предупреждение и борьба с «отмыванием» средств и использованием доходов от преступной деятельности: глобальный подход», Кумайор, Италия, 18-20 июня 1994 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.faft-gafi.org>

вкладав у обіг виторг від міжнародного перевезення наркотиків воюючих кланів сицилійської мафії.³⁰⁸

Неможливість легального використання грошей, здобутих у результаті злочинної діяльності, через необхідність доводити їх чистоту перед вкладенням змушує злочинні групи, що рідко мають у наявності економічні підрозділи, довірятися людям, далеким за походженням і досвідом від мафії.

Постійна пильна увага різних злочинних угруповань, у тому числі й міжнародних, до цих людей ставить перед інститутами, що можуть бути залучені в процес «відмивання» грошей, завдання ретельного підбору своїх співробітників і періодичного контролю за їхньою службовою діяльністю для виявлення можливих контактів із членами організованої злочинності. І дійсно, важко встояти перед значними сумами, виплачуваними за подібні операції, і способами, що може використовувати мафія для схиляння потенційного кандидата до здійснення даної діяльності.

Одна із сучасних тенденцій у розвитку «відмивання» грошей – вихід цього процесу на міжнародний рівень, у результаті чого й боротьба з даним явищем набуває міжнародного характеру.³⁰⁹

У загальносвітовому масштабі вона складає 5–12% ВЗП у Польщі, Чеській Республіці, Естонії й Узбекистані – 5–13, Білорусі – 19,3, Казахстані – 34,3 і в Росії – 41,6% (1,80). З початком 1960-х років тіньовий сектор економіки колишнього Радянського Союзу збільшився у 30 разів і, навіть за заниженими оцінками, досяг 20% національного доходу. Кількість підпільних мільйонерів, що нажили за цей час багатство явно злочинним шляхом, зросло зі 100 до 150 тис. чоловік. Різні міжнародні організації приймають документи, розробляють типові закони, спрямовані проти посилення організованої міжнародної

³⁰⁸ Погосян Т. Ю. Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных незаконным путем / Т. Ю. Погосян // Уголовное право. Особенная часть : учебник для вузов / отв. ред. П. Я. Козлаченко, З. А. Незнамова, Г. П. Новоселов. – М., 2000. – С. 57.

³⁰⁹ О предотвращении использования финансовой системы для отмывания денег (91/308/ЕЭС) [Електронний ресурс] : Директива Европейского Экономического Союза от 19 июня 1991 г. – Режим доступа: <http://www.faft-gafi.org>

злочинності, зокрема у сфері «відмивання» грошей. Наприклад, відповідно до Конвенції Ради Європи «Про відмивання, виявлення, вилучення й конфіскацію доходів від злочинної діяльності» від 8 листопада 1990 року (надалі: Конвенція Ради Європи), країни, що входять у Раду Європи, зобов'язалися вжити законодавчих заходів, щоб кваліфікувати як злочини відповідно до свого внутрішнього права навмисні дії, спрямовані на «відмивання» доходів, отриманих злочинним шляхом.³¹⁰

Міжнародний досвід свідчить, що органи регулювання повинні мати у своєму розпорядженні досить широкі повноваження для здійснення контролю за фінансовими установами, збором і передачею інформації про підозрілі операції. Практика свідчить також, що ефективність боротьби з «відмиванням» грошей тісно пов'язана з можливістю доступу регуляторів до необхідної інформації навіть за наявності в законодавстві положень про комерційну й банківську таємницю. Обов'язковою умовою в цьому разі повинно бути дотримання регуляторами вимог конфіденційності отриманої інформації.³¹¹

Важливим також є питання розділу повноважень і відповідальності між контрольованими організаціями. У різних державах адміністративна система боротьби з «відмиванням» грошей побудована по-різному, у залежності від загальних принципів регулювання й контролю, конкретних завдань боротьби з «відмиванням» коштів. У цьому контексті безпосередній інтерес становлять самі типові схеми адміністративного забезпечення боротьби з «відмиванням» грошей, їхні переваги й недоліки.

Разом із цим в окремих державах інформація про підозрілі операції відразу передається від регульованих державних або урядових організацій у правоохоронні органи, що здійснюють її

³¹⁰ Тосунян Г. А. Противодействие легализации (отмыванию) денежных средств в финансово-кредитной системе: Опыт, проблемы, перспективы : учеб.-практ. пособие / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин. – М. : Дело, 2001. – С. 38.

³¹¹ Чаричанський О. О. Підстави кримінальної відповідальності за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, за Кримінальним кодексом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. О. Чаричанський ; Нац. юрид. академія України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2004. – С. 134-138.

аналіз, провадять необхідні розслідування й передають справу, у разі потреби, у суд. Ця система досить проста, бо не вимагає корінних змін в адміністративній системі держави, утворення будь-яких нових організацій. Разом з тим уся величезна й надзвичайно важлива робота з боротьби з «відмиванням» грошей, включаючи збір і аналіз величезного масиву фінансової інформації, покладається на плечі вже існуючих організацій, що мають і інші завдання, крім боротьби з «відмиванням» грошей. На практиці це рідко дозволяє поставити таку боротьбу на систематичну основу, побудувати ефективну систему запобігання відмиванню грошей у цілому.³¹²

Аналізуючи наведені матеріали, можна дійти висновку, що в багатьох зарубіжних країнах, на відміну від розробок вітчизняних юристів-теоретиків, поняття «узаконення» й «відмивання» розглядаються як автономні, різні інститути. Це обґрунтовується правовою природою терміна «відмивання» та його зв'язком із правопорушенням.

Бачиться досить спірним прийняте у вітчизняній практиці віднесення «відмивання» коштів до легалізації. Подібне твердження ґрунтується на таких положеннях:

1) за своїм змістом «відмивання» коштів є правопорушенням (у свою чергу, легалізація це регламентована законом «позитивна» діяльність);

2) різні вимоги до (змісту й форми) процедур «відмивання» коштів і легалізації (легалізацію здійснює уповноважений суб'єкт у рамках установлених законодавством процедур із метою реалізації законних інтересів зацікавлених осіб; на відміну від названої процедури, «відмивання» здійснюється як винне протиправне діяння, метою якого є реалізація протизаконного інтересу зацікавленої особи);

3) різний історичний генезис понять «відмивання» коштів – як винне протиправне діяння та «узаконення» коштів – як особлива діяльність, за своїм формальним проявом подана у

³¹² Шелудько Н. М. Проблеми тіньової економіки в Україні / Н. М. Шелудько // Фінанси України. – 2002. – № 9. – С. 80.

якості однієї з легалізаційних процедур;

4) алогічність використання терміна «легалізація» = «відмивання», бо легалізація здійснюється в таких традиційних видах: а) узаконення коштів (декларування, амністування); б) визнання державної влади (конституційне визнання, договірне визнання, міжнародне визнання); в) дозвіл на зайняття певним видом діяльності (державна реєстрація, ліцензування); г) підтвердження дійсності документа, надання юридичної сили документам, печаткам і підписам, якими скріплений документ (нотаріальна діяльність, консульська легалізація, апостилізація, міжнародні угоди про правову допомогу); у свою чергу, «відмивання» коштів є діями результатом яких є введення у законний обіг майна та коштів отриманих злочинним шляхом («податков ями», офшорні «схеми», та ін..).

При вивченні «узаконення» доходів на понятійному рівні необхідно враховувати критерій походження доходів: 1) злочинне походження доходів і, як наслідок, їх подальше – «відмивання»; 2) доходи, що перебувають поза офіційною економікою і, як наслідок, вимагають їх подальшого «узаконення» чи за допомогою декларування, чи амністування капіталу.³¹³

На основі цього критерію, по-перше, можливо розділяти поняття «відмивання» й «узаконення», а по-друге – утворити таку нормативну базу, що, з одного боку, дозволила б ефективно боротися з доходами, які мають кримінальне походження, а з іншого – стимулювала «узаконення» доходів, що тимчасово перебувають за межами офіційної економіки.

Однак тут необхідно визначитися з питанням незлочинного походження доходів, що тимчасово перебувають поза офіційною економікою. Ясним бачиться обґрунтування моменту декларування як підвиду «узаконення», складніше така справа з фінансовою амністією. У разі з амністією в наявності формальна відповідність легалізаційній процедурі (здійснює уповноважена

³¹³ Манько Д. Г. «Узаконение» или «отмывание»: к вопросу о видах легализационной процедуры / Д. Г. Манько // *Держава і право : зб. наук. пр. Серія «Юридичні та політичні науки»*. – К. : Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2010. – Вип. 47. – С. 47.

особа в інтересах зацікавлених осіб за встановленою законом процедурою й т.д.), а от з боку змісту виникає низка колізійних моментів. Так, утворюючи закони, покликані перешкоджати «відмиванню» коштів, отриманих злочинним шляхом, не доцільно займатися амністуванням капіталів, бо норми, регламентуючі відносини в першій сфері, суперечитимуть другій.

Російський юрист Арман Шайкенов, досліджуючи проблему амністії коштів, дійшов висновку про її неправомірність. Він зазначає, що саме неправовою є вся акція з легалізацією грошей і пов'язана з нею амністія. Свою точку зору він аргументує тим фактом, що держава амністує осіб, які порушили законодавство, у тому числі й у сфері підприємництва, і легалізує їхні доходи, тим самим вводячи в обіг у приватноправову сферу ринкової гри кошти, отримані неправовими методами. Більш того, це ставиться прямою метою такого роду акцій (у преамбулі закону прямо сказано про те, що закон приймається «з метою залучення додаткових фінансових коштів у економіку».³¹⁴

Усупереч глибинним принципам цивільного права особи, що скоїли правопорушення, ставляться в кращі умови в порівнянні з тими, хто правила гри не порушував. Такий підхід не може бути правовим. Цивільне право встановлює чіткий список основ виникнення права власності, виходячи із загального принципу законності, іншими словами, власність не може, за цивільним правом, визнаватися й законно використовуватися, будучи отримана в результаті неправомірних дій. Держава в даному разі порушує цей найважливіший принцип.

Уже багато хто з російських юристів, усвідомлюючи помилковість рівняння легалізації й «відмивання», використовують у своїх працях традиційне для європейського, і насамперед американського, законодавства визначення «відмивання» – як правопорушення, пов'язаного з введенням в офіційний обіг коштів, отриманих злочинним шляхом.

³¹⁴ Шайкенов А. Еще раз о легализации. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://neweurasia.info/archive/2001/ka_press/06_15_Komment.htm

Наприклад: А. Ю. Лазутін у своїй праці «Відмивання грошей: традиційні форми, сучасні тенденції», В. Д. Ларичев у своїй праці «Боротьба з “відмиванням” грошей» та ін.³¹⁵

Слід відмітити, що акумулюючи досвід міжнародного і європейського законодавства, Україна утворила національну систему запобігання й боротьби з «відмиванням» грошей, що: по-перше, відповідає кращим світовим стандартам, забезпечує прозорість процесу боротьби з «відмиванням» коштів, дає можливість надійно захищати банківську таємницю, істотно зменшує ризик корупції; по-друге, повинна надійно працювати вся національна система протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом. Побудова й підтримка функціонування такої системи вимагає істотних зусиль із боку координатора – Держфінмоніторингу й погоджених дій усіх учасників системи.³¹⁶

При цьому задекларовані Україною прагнення до побудови діючої національної системи боротьби з легалізацією кримінальних доходів і встановлення підрозділу фінансової розвідки України знайшли відображення в Указі Президента України «Про Державний комітет фінансового моніторингу України» від 28 грудня 2004 року № 1144. Стаття 1 цього Указу передбачає на базі Державного департаменту фінансового моніторингу – урядового органу державного управління, що діє у складі Міністерства фінансів України, утворити Державний комітет фінансового моніторингу України як центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом.³¹⁷

Головними завданнями Держфінмоніторингу є: одержання

³¹⁵ См. Лазутин А.Ю. Отмывание денег: традиционные формы, современные тенденции // Интерпол. Информационно-аналитический бюллетень национального бюро Интерпола в России. - М., 1999, № 2. - С. 17-21 ; Ларичев В. Д. Понятие и особенности организованной преступной деятельности в сфере экономики / В.Д.Ларичев, А.В. Покаместов, В.Ф. Щербаков // Государство и право. - 2003. - N12. - С. 36-42.

³¹⁶ Беніцький А. С. Легалізація (відмивання) грошових коштів та іншого майна, здобутих злочинним шляхом (проблеми кримінально-правової кваліфікації) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / А. С. Беніцький; Луганська академія внутр. справ ім. 10-річчя незалежності України. – Луганськ, 2002. – С. 64.

³¹⁷ Про Державний комітет фінансового моніторингу України. Президент України; Указ від 28.09.2004р. [Електронний документ]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1144/2004>

інформації про фінансові операції від фінансових посередників, її аналіз, передача узагальнених матеріалів правоохоронним органам; утворення й забезпечення функціонування єдиної державної інформаційної системи у сфері запобігання й протидії легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом, і фінансування тероризму; забезпечення ефективного обміну інформацією з правоохоронними органами й підрозділами фінансових розвідок інших держав. Достойною оцінкою проведеної роботи є прийняте в лютому 2004 року рішення FATF про виключення України з «чорного» списку.

Наведені дослідження дозволяють стверджувати, що розуміння легалізації як процедури «відмивання» коштів, яке стало загальноприйнятим серед російських і, як наслідок, серед українських учених, є передчасним і теоретично необґрунтованим. Необхідно розділяти «узаконення» як позитивне правове явище та «відмивання», що становить собою винне, протиправне діяння, пов'язане з введенням у законний обіг грошових і інших коштів, отриманих злочинним шляхом.

У зв'язку з викладеним вище уявляється необхідним внесення змін у назву й текст статей 209, 209¹ КК України, Закону України «Про запобігання і протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом» шляхом виключення терміна «легалізація» з тексту зазначених нормативних актів. Подібні зміни є необхідною умовою для якісного функціонування законодавства в Україні й допоможуть уникнути можливих колізій як у правозастосовній практиці, так і при теоретичному аналізі поняття «легалізація».

Отже, узаконення *коштів і іншого майна* як вид легалізаційної діяльності – це введення державою в законний обіг коштів і іншого майна, що перебувають поза офіційною економікою.

До видів узаконення (легалізації) коштів і іншого майна належать:

1) амністування – введення державою в законний обіг коштів і іншого майна, що перебувають поза офіційною економікою, за допомогою видання спеціального нормативного акта;

2) декларування – введення в законний обіг коштів і іншого майна за допомогою інформування державного органу в установленому порядку, й фіксації державним органом законності такої процедури.

У процесі дослідження питань, пов'язаних із узаконенням коштів, особливої актуальності набувають проблеми гармонізації законодавства про узаконення доходів і іншого майна, а також стимулювання узаконення коштів, що тимчасово перебувають поза офіційною економікою.

Уявляється неможливим *одночасно* вирішити проблему забезпечення повернення вивезених грошей за рубіж (на основі амністії) і залучення способів протидії відмиванню грошей кримінального походження. Вирішення даної суперечності бачиться можливим тільки шляхом *розмежування* (на понятійному рівні) двох явищ: кримінальне походження доходів, тобто доходи від злочинних дій, і доходи від абсолютно легальної діяльності, але які перебувають за межами національного господарського обороту (у тому числі й вивезені за рубіж).

Отже, і підходи до вирішення цих проблем повинні бути діаметрально протилежними. З першим явищем необхідно нещадно боротися, як це прописано в законі. Під протидію повинні потрапити дійсно кримінальні кошти, що несуть із собою небезпеку суспільству й продовжують використовуватися в особистих (у тому числі й злочинних) інтересах.

Але щодо другого явища, очевидно, необхідно утворення проекту нового закону – *про стимулювання узаконення доходів, що тимчасово перебувають за межами офіційної економіки*. Метою такого узаконення є юридичне забезпечення виведення цих доходів з тіні, приведення їх до законного нормального оподаткування. Кінцевим підсумком легалізаційних дій стане зникнення «сірого» (тіньового) капіталу, на який зменшений офіційний обсяг ВЗП. Іншими словами, даний проект закону повинний прописати певні стимули для того, щоб бізнес працював у більш відкритому просторі.

ВИСНОВКИ

Існування сучасної держави неможливо без ефективного механізму легалізаційної діяльності, яка виражається в процедурах визнання, дозволу, узаконення й підтвердження чинності певних об'єктів, їх возведення у стан що відповідає чинному законодавству.

У даній праці проведений науково-практичний аналіз легалізації, встановлена її структура, роль і місце в системі дії права й загальнотеоретичної юриспруденції.

Юридична конструкція легалізації уявляється як система взаємозалежних компонентів правового характеру, що забезпечує функціонування зв'язків між суб'єктами та учасниками легалізаційної діяльності. Основне значення для легалізації має можливість здійснення законного інтересу стороною, зацікавленою в результатах легалізаційної діяльності.

Легалізація становить собою правову процедуру, яка належить до похідної формалізації права. Їй властивий специфічний суб'єкт, наділений певними повноваженнями, вона є діяльністю, пов'язаною з розглядом конкретної юридичної справи, а її процедура й результати вимагають нормативної регламентації.

Обґрунтовано, що існування легалізації нерозривно пов'язано з необхідністю здійснення певних, регламентованих правом дій. Легалізаційна процедура – це певний юридичний алгоритм результатом здійснення якого є типове втілення в життя права.

У процесі формально-логічного дослідження принципів, ознак і властивостей легалізації була встановлена її правова природа. Обґрунтовано необхідність дослідження легалізації як на науково-теоретичному, так і на конкретно-практичному рівнях.

У межах науково-теоретичного рівня легалізація подана як самодостатня й взаємопогоджувана система понять, об'єднаних

єдиною метою та функціональною спрямованістю. На даному рівні легалізація розглядається у вигляді правової категорії.

У межах конкретно-практичного рівня елементи легалізації знаходять нормативне закріплення в чинному законодавстві. Відповідно на цьому рівні наукові поняття перетворюються на інститути, категорії права.

Проведено дослідження юридичної конструкції легалізації. На основі отриманих даних були класифіковані структурні елементи легалізації.

Установлено, що за структурою і зовнішніми характеристиками, порядком протікання, тобто за формою відображення, легалізація виступає як правова процедура. Легалізація, як правова процедура, визначає склад і послідовність юридичних дій (юридичний алгоритм), пов'язаних із задоволенням потреб суспільства й держави у возведенні певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству, а її результати мають юридичне значення та вираз у письмових правових актах.

Інституціональною основою виникнення легалізації є законний інтерес особи в здійсненні юридично закріплених можливостей. Легалізаційна процедура виступає як форма взаємодії особи, що впроваджує в життя нормативно передбачені можливості, і суб'єкта, який має повноваження на їх втілення в життя.

Можливість використання легалізаційної процедури в процесі регулювання суспільних відносин, значна поширеність відносин, пов'язаних із легалізаційною діяльністю, дозволяють охарактеризувати легалізацію як специфічну правову процедуру, що має нормативно встановлену структуру погоджених дій, зміст яких визначається їхніми цілями, завданнями, методом і предметом правового регулювання.

Було проведено всебічне об'єктивне вивчення, зіставлення й визначення оптимальних правових умов, параметрів підвищення результативності функціонування легалізаційної процедури в існуючій нормативно-правовій базі, знайдені

резерви стимулювання цієї діяльності, особливо за рахунок її правового регулювання й удосконалення цього регулювання.

Установлено, що легалізація є специфічним правовим явищем, ступінь дослідження якого в цілому неадекватний його значенню в правовій реальності.

На основі проведеного аналізу, пов'язаного з установленням змісту й специфіки природи легалізації, видів і форм її здійснення, була усунута колізійність у підходах до визначення цього явища, та сформульовано наступне визначення легалізації – це правова процедура, яка здійснюється вповноваженим суб'єктом, результатом якої є возведення певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству.

Розроблено пропозиції до вдосконалення чинного законодавства України, що регламентує відносини, виникаючі у сфері узаконення коштів, а саме: сформульовано рекомендації щодо внесення змін у ст.ст. 209, 209¹ чинного КК України, Закон України «Про запобігання і протидію легалізації (відмиванню) доходів, отриманих злочинним шляхом», шляхом виключення терміна «легалізація» з тексту зазначених нормативних актів.

Набули подальшого розвитку питання пов'язанні із процедурами визнання державної влади де поряд із традиційними алгоритмами її обов'язкової легітимності та легальності виводиться необхідність легалізації. Державна влада у «сучасній державі» повинна бути легітимна – визнана й підтримувана народом, легальна – закріплена в чинному законодавстві (її інститути, їх компетенція й порядок функціонування), легалізована – (визнання легітимності й легальності державної влади уповноваженим суб'єктом іноземної держави).

Сформульовано парадигму входження особи, як колективного суб'єкта права, в систему суспільних відносин, яка складається з наступних етапів: «легітимація – легалізація – функціонування». Де «легітимація» – фактичне визнання сформованого соціального відношення, а так само досягнення згоди між засновниками (учасниками), «легалізація» – формально-юридичне визнання (фіксація державою факту

утворення та видача відповідного документу – дозволу на здійснення певної діяльності), «функціонування» – реалізація передбаченої компетенції новоутвореним колективним суб'єктом права.

У монографії проведені теоретичне узагальнення й нове вирішення наукового завдання, що відобразилося у складанні й обґрунтуванні універсального, загальнотеоретичного поняття легалізації як особливої правової процедури у механізмі дії права.

Отже, можна дійти висновку, що результати й висновки всебічного дослідження легалізації визначають їх подальше використання як на науковому, так і на практичному рівні. Так, стосовно наукової сфери була вирішена проблематика алогічності побудови дефініцій, обґрунтований новий, самостійний напрям подальших досліджень у сфері легалізації; закладені передумови введення спецкурсу «Легалізація в механізмі дії права» в програми навчання юридичних вузів; у практичній сфері, у разі використання законодавцем пропозицій, обґрунтованих у даній монографії, доцільно буде казати про скасування існуючих і запобігання можливих колізій.

Подане розуміння легалізації є відображенням авторської позиції щодо сутності даного явища, однак воно обґрунтовано й виведено з існуючих теоретичних розробок цього поняття.

ТЕЗАУРУС

Визнання (легалізація) державної влади – становить собою дію суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному визнанні легальності й легітимності державної влади іноземної держави та встановлення із нею відносин представницького та політичного характеру.

Первинне визнання (легалізація) державної влади – це дія суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному закріпленні інститутів, їх компетенції й порядку функціонування у чинному законодавстві держави.

Похідне визнання (легалізація) державної влади – це дія суб'єкта, наділеного публічно-правовими повноваженнями, що полягає у формально-юридичному визнанні легальності й легітимності державної влади іноземної держави та встановлення із нею відносин представницького та політичного характеру.

Визнання окремих суб'єктів права та видача дозволів на виконання певних видів діяльності – це вид традиційної легалізаційної процедури, яка здійснюється вповноваженим суб'єктом, та виражається у допуску окремих осіб до виконання певної діяльності, та, у окремих випадках, узаконення результатів діяльності на здійснення якої мали бути отримані дозвільні документи.

Суб'єктами даного виду легалізації можуть виступати як приватноправові так і публічно-правові особи.

Даний вид легалізації в основному відображає правові відносини в підприємницькій сфері і здійснюється в таких формах:

1) Державна реєстрація суб'єктів підприємницької діяльності становить собою визнання державою учасників господарського обігу. Визнання складається з трьох основних процедур:

а) державного обліку суб'єктів підприємницької діяльності;
б) збору публічно-достовірних даних про їх правове, майнове й організаційне становище;

в) здійснення контролю за законністю виникнення, зміни і припинення правового статусу підприємця.

2) Ліцензування і патентування окремих видів підприємницької діяльності як державно-правове регулювання підприємницької діяльності в інтересах держави, бізнесу, особистості, суспільства.

3) Видача дозволів на працевлаштування іноземних громадян.

4) Видача дозволів на проведення будівельних робіт (та у окремих випадках узаконення самочинного будівництва).

5) Недержавна реєстрація повноважень учасників підприємницької діяльності.

Дія права – це характеристика формування та устрою права, а також порядку здійснення ним регулювання та впливу на суспільні відносини. Відтак визначення права – це лише характеристика системи, в свою чергу дія права – це відображення того, як ця система формується і втілюється у життя.

Види легалізаційної діяльності:

за характером здійснення діяльності:

правотворча – піднесення на відповідне об'єктивному (чинному) закону становище, яке здійснюється завдяки прийняттю закону (наприклад, легалізація права, Закон про амністування грошових коштів та ін.);

правозастосовна – піднесення на відповідне об'єктивному (чинному) закону становище, яке здійснюється завдяки прийняттю акта застосування права (процедури державної реєстрації юридичних осіб).

у відносності до статусу суб'єкта здійснення легалізаційної діяльності: публічно-правова – легалізаційна діяльність, що здійснюють суб'єкти, які наділені державно-владними повноваженнями (наприклад, консульська легалізація);

приватноправова – легалізаційна діяльність, що здійснюють суб'єкти, які наділені приватноправовими повноваженнями (наприклад, директор приватного підприємства).

за рівнем затребуваності окремих легалізаційних процедур у суспільстві:

процедури легалізації традиційних відносин суспільства (наприклад, визнання державної влади, узаконення коштів, підтвердження чинності документів, видача дозволу на виконання окремих видів діяльності);

процедури легалізації нетрадиційних відносин суспільства (наприклад, евтаназія, проституція, вогнепальна зброя, наркотики та ін.).

Легалізація це – правова процедура, яка здійснюється вповноваженим суб'єктом, результатом якої є возведення певних об'єктів у стан, який відповідає чинному законодавству.

Легалізаційна діяльність – це різновид юридичної діяльності яку здійснює вповноважений суб'єкт щодо возведення певних об'єктів у стан що відповідає чинному законодавству, а її результати й процедури втілення оформлюються в письмових правових актах і мають юридичне значення.

Механізм дії права – це конкретні алгоритми регулювання суспільних відносин та особливості впливу права на свідомість і поведінку людей. Це втілення у життя характеру та цілей права. Основна регулятивна функція механізму дії права і юридико-логічний зміст дії права в цілому полягають у тому, щоб наявну абстрактно-загальну норму статичного права, тобто загальне правило для загального випадку, належним чином перетворити на актуальну «казусну» норму, тобто на конкретне правило для конкретного випадку.

Об'єкти легалізаційної діяльності – є певні дії чи діяльність; матеріальні блага (майно, кошти); документи; певні стани; особисті, не пов'язані з майном права (інтелектуальна власність, авторське право); суб'єкти права; державна влада.

Підтвердження чинності документів і підписів, що їх скріплюють – це діяльність правомочних органів (приватно та

публічно-правових), спрямована на встановлення, засвідчення, підтвердження дійсності наявних на документах печаток і підписів компетентних посадових осіб, а також встановлення відповідності вимогам закону країни їх походження.

Даний вид легалізаційної діяльності здійснюється в таких формах: нотаріальне засвідчення, апостиляція, консульське узаконення, міжнародні угоди про правову допомогу.

Правова процедура – це окремий юридичний алгоритм результат втілення у життя якого має юридичне значення. Правові процедури характеризуються меншим (у порівнянні з юридичним процесом) ступенем правової деталізації. Суб'єктами правових процедур можуть виступати всі дієздатні суб'єкти права.

Процедурно-процесуальний механізм права – це регламентована процедурно-процесуальними нормами права форма здійснення юридичної діяльності та окремих юридично-значимих дій суб'єктами права, яка пов'язана з втіленням в життя певного порядку, послідовності вирішення юридичної справи або реалізації права.

Суб'єкти легалізаційної діяльності – публічно-правові чи приватноправові суб'єкти права, які мають повноваження на здійснення легалізаційної діяльності. Але поряд із повноваженнями таких суб'єктів значна роль надана рівню їх професіоналізму та правової культури. Так, суб'єкт легалізації має бути не тільки обізнаним у праві, юридичній техніці та технології складання правових актів, але й ще він має бути носієм високого рівня правової культури, а його поведінка повинна відповідати суті соціально-активної правової поведінки.

Сучасне право – це відповідна правам людини легітимна і легальна система принципів та нормативних приписів, яка направлена на справедливе регулювання найбільш значущих суспільних відносин.

Учасники легалізаційної діяльності – є окремі особи чи їх групи (свідки, експерти), які сприяють діяльності суб'єктів у процесі вирішення ними питань, пов'язаних із проведенням

легалізації певних об'єктів. Від учасників слід відрізняти зацікавлених у результатах легалізації осіб, які не беруть участі в легалізаційній діяльності.

Узаконення грошових коштів та іншого майна – це введення державою в законний обіг коштів і іншого майна, що перебувають поза офіційною економікою.

До видів узаконення (легалізації) коштів і іншого майна належать:

1) амністування – введення державою в законний обіг коштів і іншого майна, що перебувають поза офіційною економікою, за допомогою видання спеціального нормативного акта;

2) декларування – введення в законний обіг коштів і іншого майна за допомогою інформування державного органу в установленому порядку, й фіксації державним органом законності такої процедури.

Формалізація права – це заснована на високому рівні правової культури професійна інтелектуальна діяльність компетентного суб'єкта, пов'язана з використанням технологій творіння, впорядкування, тлумачення та обслуговування письмових правових актів за допомогою певних юридично-технічних засобів.

Формалізація права отримує вираження у зведенні легітимного соціального явища (порядку вирішення спору, наприклад) у чітку об'єктивну форму. Формалізація права – це вираження нормативних фактів у особливих юридичних документах, вона є завершальною фазою правоутворення та виражається в набутті правом загальнообов'язкової форми й зобов'язуючої сили.

Юридичний алгоритм – це регламентована правом послідовність дій. Це «конструкція», яка зумовлює форму, як для юридичного процесу, так і правової процедури. Юридичний алгоритм включає в себе: процедурно-процесуальний механізм права і алгоритми дотримання правових установлень (юридично-значима бездіяльність, яка виражається в дотриманні норм

права). У свою чергу процедурно-процесуальний механізм права включає в себе: правові процедури і юридичний процес, де правові процедури ширше за обсягом свого логічного змісту і включають в себе юридичний процес в якості особливого елементу.

Незалежно від порядку (послідовності) здійснення правових приписів, будь це дія або бездіяльність (як у випадку з алгоритмом дотримання заборони), в основі такого здійснення лежить юридичний алгоритм (регламентована правом послідовність діянь). Отже, юридичний алгоритм є формою вираження правової активності суб'єктів права, а відповідно основою процедурно-процесуального механізму права.

Юридичний процес – це системна та детально регламентована діючими нормами права послідовність порядку протікання і фіксації результатів діяльності з вирішення юридичної справи, яка здійснюється окремими суб'єктами права що володіють винятковими (юрисдикційними) повноваженнями.

Юридичний процес, є не що інше, як вища ступінь конкретизації правової процедури. Це особлива і значима для суспільства діяльність, здійснення якої «довіряється» чітко встановленим колу суб'єктів.

Навчальне видання

Манько Денис Григорович

**ЛЕГАЛІЗАЦІЯ
В МЕХАНІЗМІ ДІЇ ПРАВА**

Спеціальність: 12.00.01

МОНОГРАФІЯ

Підписано до друку _____, 2014

Формат 60x84¹/₁₆.

Папір офсет. Друк офсет. Ум. друк. арк. 13,49

Тираж 300 прим.

Видавництво та друк: Грінь Д.С.

73033, м. Херсон, а/с 15

e-mail dimg@meta.ua

Свід. ДК 4094 від 17.06.2011