



Щомісячний науково-практичний
юридичний журнал
видається з 1 січня 1996 р.

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА АПРн УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНИК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

БЕЛЯНЕВИЧ О.
ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЄЦОВА Н.
ЛУК'ЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНІК Р.
МАМУТОВ В.
МАХІНЧУК В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
ПОГРІБНИЙ О.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Андрій Кучук

Теорія держави і права: сучасний стан і перспективи розвитку 3

В'ячеслав Назаренко

Поняття, сутність та тенденції розвитку юридичного процесу і юридичної процесуальної форми від стародавнього Риму до сучасності 7

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Ірина Похиленко

Про співвідношення термінів «суб'єкти малого підприємництва», «мале підприємство», «малий підприємець» і «малий бізнес» 12

Ірина Лубенець

Зловживання та інші правопорушення, що мають місце під час емісії акцій акціонерних товариств 16

Роксолана Коротка

Особливості агентських правовідносин на ринку зерна 20

Микита Козачук

До питання про принципи господарського права 24

Наталія Трофуненко

Співвідношення понять «якість будівельних робіт» і «безпечність будівельних робіт» 28

АГРАРНЕ ПРАВО

Олена Батигіна

Основні етапи становлення законодавства про оптовий ринок сільськогосподарської продукції в сучасній Україні 31

Максим Гребенюк

Правовий аспект співвідношення понять «продовольча незалежність» та «продовольча безпека» 35

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Ольга Шевченко

Особисте немайнове право фізичної особи на індивідуалізацію світоглядних переконань як важливий елемент приватної сфери автономії людини в глобалізованому світі 39

Юлія Борисова

Аналіз регулювання електронної комерції в окремих країнах СНД 42

Галина Михайлюк

Цивільно-правовий аспект нетрадиційної банківської послуги інтернет-банкінг 45

Олена Файер

Правові засади здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів 49

Надія Хащівська

Гарантійні строки у договорах про передання майна у тимчасове користування 53

Денис Кошелев

Правове регулювання реорганізації та ліквідації об'єднання співвласників багатоквартирного будинку 57

Володимир Ольшанченко

Деякі аспекти правового регулювання деліктної відповідальності держави перед підприємствами 61

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Анатолій Куліш, Євгенія Горева

Участь юридичної служби в розробленні локальних правових актів суб'єктів господарювання 64

Анфіса Нашинець-Наумова

Поняття адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій в Україні 67

Юрій Дем'янчук, Валентина Помуран

Професійна відповідальність – основа особистісного морального статусу службовця 70

Інна Сорокіна	Надання адміністративних послуг районною державною адміністрацією: проблеми та перспективи розвитку	74
Дмитро Мороз	Захист прав інтелектуальної власності в умовах євроінтеграції України	78
Володимир Заяць	Сутність процесуального представництва у судовому адміністративному процесі	81
Павло Дуравкін	Правова природа податкової поруки як способу забезпечення погашення податкового боргу	84
Валентин Спасибо	Фінансово-правові штрафи у податковому праві України	87
Інна Жадан	Нормативно-правовий аспект виникнення аудиту в системі фінансового контролю України	90
Григорій Линник	Принципи адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки в Україні	93
ФІЛОСОФІЯ ПРАВА		
Ірина Киріченко	До питання визначення права в умовах неklasичного нормативізму	98
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО. МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО		
Людмила Гудзь	Наукові дослідження інституту забезпечення виборчих прав громадян України: вітчизняна та закордонна практика	102
Жанна Богословська	Судові органи в системі реалізації конституційного права людини та громадянина на соціальний захист в Україні	106
Олена Власенко	Конституційно-правовий механізм реалізації права громадян на свободу мирних зборів	111
Катерина Полетило	Інформаційні права і свободи людини та громадянина й їх судовий захист у конституційних нормах України та Росії	114
Валерій Гончаренко	Аспекти забезпечення прав і свобод особи в системі місцевої публічної влади	118
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО		
Ірина Новосельська	Роль міжнародної організації праці в забезпеченні виконання Україною законодавства із захисту трудових прав працівників	123
ТРУДОВЕ ПРАВО		
Наталія Швець	Роль національної служби посередництва і примирення у попередженні страйків	127
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ		
Галина Чеботарьова	Загальні проблеми кримінально-правової оцінки тяжкої шкоди як змісту суспільно небезпечних наслідків злочинів у сфері медицини	131
Руслан Волинець	Порушення бюджетного законодавства: кримінально-правовий аспект	135
Юлія Старук	Характеристика умисної форми вини злочину, передбаченого ст. 306 Кримінального кодексу України	139
Юлія Жмур	Суспільна небезпечність злочину, передбаченого ст. 162 Кримінального кодексу України (порушення недоторканності житла)	144
Марина Зенова	Проблеми співвідношення зловживання владою або службовим становищем і привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем	148
Анелія Смирнова	Кримінологічна автентичність суб'єктів співучасті у структурі економічної злочинності	151
ПРОКУРАТУРА		
Ігор Озерський	Оперативно-розшукова діяльність у контексті прокурорського нагляду	155
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА		
Ярослава Тросянська	Принципи правового регулювання визнання і виконання в Україні вироків іноземних судів у кримінальних справах	159
Євген Дехтярьов	Накладення арешту на поточні банківські рахунки під час розслідування злочинів	163
Олександр Сербінов	Відомості щодо наданих телекомунікаційних послуг як один із видів криміналістично значимої інформації про абонента мобільного зв'язку	166
РЕЦЕНЗІЯ		
Сит'юв О. В.	Рецензія на монографію М. Міняйла, Ю. Кіщак «Адміністративно-правове забезпечення реалізації права громадян на звернення»	3-я стор. обкл.

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА: сучасний стан і перспективи розвитку

Андрій Кучук,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри теорії держави і права

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті аналізується стан відповідності положень теорії держави і права реаліям сьогодення, визначаються негативні властивості теорії радянського права та держави, які збереглися і в сучасній юриспруденції, окреслюються перспективи розвитку теорії держави і права.

Ключові слова: енциклопедія права, неправо, права людини, право, предмет теорії держави і права, радянське право, філософія права.

Загальноновизнаним є положення про фундаментальність такої науки та навчальної дисципліни, як теорія держави і права, її важливе методологічне призначення. Однак фундаментальність не означає незмінність. Гуманітарні науки, насамперед юриспруденція, не можуть не сприймати змін, що відбуваються у суспільстві. У зв'язку з цим ще раз нагадаємо вислів С. Голова-того, який порівняв «сучасні» підручники з теорії держави і права та положення, що містяться в праці засновника «советского» права І. Вишенського, про змістовну, сутнісну їх подібність [1, с. 1571]. Доречним у цьому аспекті є факт про квазінауковість значної частини радянської «науки» [2, с. 68]. Крім того, не слід забувати прагнення української держави долучитися до європейської спільноти, а європейські та радянські цінності є вельми різними. Слід зазначити, що зважаючи на методологічне значення теорії держави і права, на те, що саме теорія держави і права формує «поняттєвий апарат системи юридичних наук, створює універсальну юридичну мову, яка забезпечує однаковість у класифікації та оцінці явищ фахівцями різних галузей права» [3, с. 12], актуальність дослідження не може викликати заперечення.

Зазначимо, що важливою методологічною засадою цієї статті є кредо відомого педагога П. Фрейре, зміст якого можна виразити такими словами: «Теза про позаідеологічність освіти, її відстороненість від історичних, політичних, культурних процесів є абсурдною і лицемірною. Важливим є сповідування в педагогічній діяльності гуманістичної ідеології, врахування ідеологічного характеру освіти» [4, с. 4]. Це положення стосується й теорії держави і права.

Метою цієї статті є визначення відповідності положень теорії держави і права реаліям сьогодення, вироблення відповідних пропозицій.

Для досягнення визначеної мети необхідно вирішити такі завдання: проаналізувати сучасний стан науки та навчальної дисципліни теорії держави і права; виявити й узагальнити їх кризові аспекти, визначити необхідність удосконалення теорії держави і права.

Зазначимо, що російська правнича наука вже досить тривалий час вказує на неадекватність положень теорії держави і права її предмету, необхідність значного коригування змісту як науки, так і навчальної дисципліни теорії держави і права. Так, О. Пучков вказує на такі негативні властивості радянської теорії держави і права, які збереглися і на початку ХХІ ст., як: міфологічність, аутоцентризм і спекулятивність, утопізм і ортодоксальність, антиантропоцентризм, нерациональність, «засилля традицій», надмірне ідеологічне навантаження, несамотійність, неспроможність до прогнозованої діяльності, неорієнтованість на потреби соціальної й юридичної практики, методологічна слабкість наукових основ [5, с. 5–10]. При цьому автор робить висновок, що теорія держави і права залишається наукою достатньо консервативною, недосконалою, затеоретизованою й, як наслідок, у багатьох своїх постулатах неістинною [5, с. 5].

Окреслене нами питання досліджували такі науковці як М. Байтін, А. Величко, С. Ємельянов, А. Закомлисов, В. Лазарєв, А. Поляков, Е. Поцелуєв, О. Пучков, І. Честнов та ін.

В Україні, на жаль, до недавнього часу питання, що розглядаються, не порушувалися на належному рівні. Виходили поодинокі статті, в яких автори розкривали питання не кумулятивного, а революційного розвитку теорії держави і права [6], традиційності та новацій у розвитку теорії держави і права [7], диференціації й інтеграції у розвитку юриспруденції [8]. Заслужують на увагу, на нашу думку, проведені за підтримки Координа-

тора проектів ОБСЄ в Україні та за участю Української Правничої Фундації у 2007 р. спеціалізовані семінари «Верховенство права», а також науково-практична конференція «Верховенство права в українській правничій освіті» (2008 р.) та монографія С. Голова-того «Верховенство права».

Питання, що розглядається, тісно пов'язане з *розмежуванням енциклопедії права, філософії права і теорії держави та права*. Слід зазначити, що у правознавстві спостерігається стійка тенденція до узагальнення знань. Постійна диференціація юридичного знання неминуче призводить до протилежного процесу – його узагальнення. Ще М. Коркунов зазначав, що нарівні із спеціальними юридичними науками існує прагнення створити науку, яка б давала цілісне знання про право. Такою є, перш за все, енциклопедія права: вона йде першим із намічених шляхів до узагальнення знання, піклуючись про розширення кількості знання, про об'єднання всього фактичного матеріалу в одній загальній системі. Філософія права, навпаки, прагне дедуктивно побудувати вчення про право. Нарешті, загальна теорія права має на меті «витягти» загальні основи права з накопиченого спеціальними юридичними науками емпіричного матеріалу [9].

Існування енциклопедії зумовлюється, передусім, тим, що незручно починати вивчення права із спеціальних наук, наприклад, цивільного або кримінального права; окреслюючи окремі аспекти правової дійсності, вони припускають вже ознайомлення з низкою загальних юридичних понять, наприклад, про право в суб'єктивному й об'єктивному значенні, про юридичний інститут, про правоздатність і дієздатність тощо. Таким чином, дійсно відчувається потреба в особливому курсі, що вводить у вивчення права, знімаючи необхідність починати одразу з частин невідомого цілого.

Оскільки право є явищем не матеріальної, зовнішньої природи, а продуктом духовної діяльності людини, воно завжди відносилося до предметів філософського дослідження. З'ясування ідеї права, визначення його джерел та інші загальні питання розглядалися у так званій практичній або етичній філософії. У XVII і XVIII ст. філософське вчення про право було відоме під назвою природного права (*jus naturale*); у XX ст. – під назвою філософії права.

На сучасному етапі особливої актуальності набула теорія держави та права. Прийнятий курс на формування основ громадянського суспільства та правової держави не може бути обмежений галуззю суто юридичних уявлень. Докорінне питання суспільного життя – питання про державу, про право.

Сучасні інтеграційні процеси, що відбуваються в Європі та у світі, не можуть оминути таку потенційно сильну в економічному,

духовному та культурному аспекті європейську державу, якою є Україна. Разом із тим, політична, економічна, ідеологічна кризи, що супроводжують українські державотворчі процеси, заважають країні вийти на європейський рівень суспільного життя. Важливим аспектом виходу України з такої ситуації є належне теоретичне забезпечення цих процесів. Не можна й далі реформувати окремі елементи соціальної, у тому числі правової, системи, не маючи чіткої програми, концепції, яка слугує «дороговказом». Крім того, негативні тенденції посилюються під впливом правового нігілізму значної частини населення. Необхідність правового виховання, підвищення правової свідомості є незаперечною. А це ще раз підтверджує важливість теорії права. Лише адекватно сприймаючи право, можна позбутися правового нігілізму чи ідеалізму, чітко усвідомлювати зміст державотворчих процесів, розуміти необхідність останніх.

Однак, на думку багатьох науковців, сучасний стан теорії держави і права не відповідає реаліям сьогодення. У підручниках, навчальних посібниках з теорії держави і права майже класичним можна вважати таке визначення права: право – це система норм (правил поведінки) і принципів, встановлених або визнаних державою регуляторами суспільних відносин, які формально закріплюють міру свободи, рівності та справедливості відповідно до суспільних, групових та індивідуальних інтересів (волі) населення країни, забезпечуються всіма заходами легального державного впливу аж до примусу [3, с. 216]. Іншими словами, право і законодавство ототожнюються. Як стверджували засновники марксизму-ленінізму, «право – это возведенная в закон воля господствующего класса». При цьому, важливим є ієрархія та субординація як органів влади, так і, відповідно, актів, які вони приймають. У зв'язку з цим всі нормативно-правові акти мають відповідати Основному Закону держави – Конституції. Важливо, щоб державний орган не вийшов за межі компетенції, дотримувався приписів, процедури тощо. Тобто вирішується питання не відповідності букви духу закону, а з'ясовується відповідність букви букві закону (що в народі може називатися бюрократією). Таким чином, за цього підходу важлива не відповідність закону праву, а відповідність закону закону (принцип верховенства закону). І всі теми з теорії права викладаються саме за такого – нормативістського – підходу до розуміння права. Однак предметом теорії держави та права є сутність держави і права; *загальні закономірності* виникнення, функціонування та розвитку держави і права. *Обмежене викладення* розуміння права *спотворює* істинне його розуміння.

Відмінність ж між правом (*jus*) і законом (*lex*) вбачали ще стародавні римські юристи,

які вважали, що в разі розходження між цими явищами *lex* необхідно було приводити у відповідність із *jus*. Заслужують на увагу роздуми з приводу розмежування понять «право» і «закон» Т. Гоббса, який вважав, що необхідно розрізняти *jus* і *lex* (право і закон), хоча той, хто пише на цю тему, як правило, змішує ці поняття, оскільки право полягає у свободі чинити або не чинити щось, а закон визначає та зобов'язує до того чи іншого члена даної альтернативи. Отже, закон і право розрізняються між собою як обов'язок і свобода, що несумісні щодо однієї і тієї ж речі [10, с. 8].

Г. Гегель активно використовував категорію «неправа», визначив три форми неправа: ненавмисне неправо (існує серед суб'єктів з примітивною, нерозвинутою правосвідомістю, які не вбачають різниці між правом і його протилежністю); свідомий обман, що дозволяє одним суб'єктам створювати видимість права для інших, щоб ті не помічали підміни, за якої загальне замінене особистим, дійсне – мнимим, реалії – ілюзіями; злочин. За цієї форми суб'єкти самі бажають неправа, навіть не намагаючись використовувати видимість права, інтерпретувати неправу як право [11, с. 14].

Право називають природним і позитивним, об'єктивним і суб'єктивним, суддівським, делегованим, санкціонованим, підзаконним, партійним, політичним, конституційним, кримінальним, міжнародним, приватним... І якщо все це право, то на чому сходяться, до чого звернені численні епітети? Свобода і не-свобода, воля і неволя, суще і належне, ідеал і реальність – куди спрямувати погляди? До економіки, політики, класової боротьби, до соціального єднання, до Бога, нарешті? Та й узагалі, чи маю я моральне право шукати право? Не кожному належить офіційне право озвучувати волю Аллаха. Не кожен «єретик» наважиться відкрито протиставити тіньове право державному [12, с. 4].

Дозволимо собі продовжити слова В. Лазарева, однак, мовою оригіналу: «Мы живем в *пространстве* права. А, может быть, в правовом *поле*? Хозяйствуем на *ниве* права. Однако в поиске права оказываемся часто в правовом *вакууме*. Бумажного права нам часто недостает для решения насущных дел. Оно оказывается *неэффективным*. Устаревшим. Чужим. А еще есть право «*наше и ваше*». О, великий, могучий и богатый русский язык! Теоретики права из россиян недаром ссылаются на латынь, немецкий и английский языки, стараясь доказать единство в понимании права. Не все функции права благородны – некоторые из них приходится скрывать. Фасад права расцветен и привлекателен. Но у медали есть оборотная сторона, и вместо государственного символа на монете можно увидеть *цену* права, которую приходится платить. В особенности в так называ-

емые переходные периоды (а в России других-то и не было)» [12, с. 4].

Це стосується і прав людини. *По-перше*, мова про права (як можливості людини) може йти лише в межах так званої європейської цивілізації та суспільств, на які поширилися цінності останньої: приватна власність, свобода, верховенство права. Досить цікавою в цьому аспекті є думка К. Ясперса про те, що серед «осьових народів» (китайці, індійці, іранці, іудеї, греки) наука і техніка виникла саме у романо-германських народів. А однією з причин цього, вважає мислитель, є те, що Заходу відома ідея політичної свободи. В Греції – правда, тільки короткочасно – існувала свобода, що не виникала більш ніде. Китай та Індія не знають подібної політичної свободи [13, с. 84].

По-друге, права людини не можна ставити в залежність від держави. Адже люди є рівними від народження. Стаття 1 Загальної декларації прав людини проголошує, що всі люди народжуються вільними та рівними в своїй гідності і правах. Вони наділені розумом і совістю, повинні ставитись один до одного у дусі братства. Якщо ж права розуміються як «гарантована законом міра свободи (можливості) особи, яка відповідно до досягнутого рівня еволюції людства в змозі забезпечити її існування і розвиток, та закріплена у вигляді міжнародного стандарту як загальна і рівна для усіх людей [3, с. 172], то можна зробити висновок про те, що, наприклад, право на життя в різних державах в різні історичні епохи було різне.

По-третє, радянська правова доктрина якщо й розглядала питання забезпечення прав, то мова йшла про так звані колективні права, а не права людини, особи. Індивідуальність – це те, що необхідно було зламати в радянській людині. За такого підходу право, свобода фактично заперечуються.

Дотримання будь-якого права, реалізація принципів права пов'язана, передусім, з наявністю правосвідомості, правової культури. Остання, перш за все, має виходити з розрізнення ПРАВА і закону, з усвідомлення можливості існування неправового закону, неправа. А в цьому для українського суспільства є найбільша проблема. Патерналізм, колективне мислення, бачення в інших (нерадянських) людях ворогів, експлуататорів, зневага до права, поклоніння органам влади – ось лише невеликий перелік якостей, які виховували в радянських людей і які міцно вкоренилися в свідомості суспільства. Саме тому на сьогодні в правовій дійсності в Україні численними є рудименти радянського права. А ці рудименти є несумісними з ПРАВОМ.

Разом із прагненням побудувати складні суспільні форми виключно на етичних принципах наша інтелігенція в своїх організаціях знаходить *вражаючу пристрасть до фор-*

мальних правил і докладної регламентації; в цьому випадку вона виявляє *особливу віру в статті і параграфи* організаційних статутів. Явище це, що може здатися незрозумілою суперечністю, пояснюється саме тим, що в правовій нормі наша інтелігенція *вбачає не правове переконання, а лише правило*, що отримало зовнішній вираз. Можна сказати, що *правосвідомість нашої інтелігенції знаходиться на стадії розвитку, відповідній формам поліцейської державності* [14].

Як бачимо, дійсно стан теорії держави і права не відповідає реаліям сьогодення. Її кризовий стан зумовлюється антиантропоцентризмом, утоцентризмом, неспроможністю до прогнозування державно-правових явищ, спекулятивністю, нерациональністю, «засиллям традицій», методологічною слабкістю, ортодоксальністю РАДЯНСЬКОГО ПРАВА.

Зважаючи на важливість теоретичних знань про державу та право, можна зробити **висновок** про необхідність існування теорії держави і права як науки та навчальної дисципліни. Однак вона *матиме майбутнє лише за умови позбавлення зазначених негативних ознак*. Слід пам'ятати, що наука, яка не наважується забути своїх засновників, загинула. Доречними в цьому аспекті є й слова Т. Куна про деякі закономірності наукових революцій: майже завжди люди, які успішно фундаментально розробляють нову парадигму, були чи дуже молодими, чи новачками в тій сфері, парадигму якої вони змінювали. І, можливо, цей пункт не потребує роз'яснення, оскільки, очевидно, вони, будучи мало пов'язані попередньою практикою з традиційними правилами нормальної науки, можуть швидше за все бачити, що правила більше не придатні, і починають підбирати іншу систему [15].

Таким чином, для українського суспільства, яке обрало для себе європейський напрям розвитку, настав час радикальних змін, наслідком яких може стати не формальне визнання людини найвищою цінністю, а фактичне втілення цього положення в суспільні

відносини, визнання та прийняття принципу верховенства права. Але вже сьогодні необхідно звернути увагу на зміст фундаментальної, методологічної юридичної науки – **теорії держави і права**.

Література

1. Головатий С. П. Верховенство права: У 3 кн. – К., 2006. – Кн. 3.
2. Лелер В. А. Идеология и квазинаука // Философские исследования. – 1993. – № 3. – С. 68–82.
3. Скакун О. Ф. Теория держави і права. – Х., 2001. – 656 с.
4. Дем'янчук О. Передмова до українського видання // Фрейре П. Педагогіка свободи: етика, демократія і громадянська мужність / Пер. з англ. О. Дем'янчука. – К., 2004. – 124 с.
5. Пучков О. А. Теория государства и права: проблемы и перспективы // Правоведение. – 2001. – № 6. – С. 3–15.
6. Кельман М. С. Єдність переривчастості і безперервності в розвитку науки про державу і право // Держава і право. – Вип. 36. – С. 34–41.
7. Кельман М. С. Аналіз традиційності і новацій у розвитку теорії держави і права // Право України. – 2006. – № 9. – С. 38–41.
8. Кельман М. С. Диференціація й інтеграція у розвитку юриспруденції як взаємодіючі тенденції // Право України. – 2008. – № 8. – С. 48–51.
9. Лекции по общей теории права Н. М. Коркунова. – <http://allpravo.ru/library/doc108p0/instrum109/item252.html>.
10. Селіванов В. Нетотожність права і закону (методологічний аспект) // Право України. – 2005. – № 5. – С. 7–11.
11. Бачинин В. А. Неправо (негативное право) как категория и социальная реальность // Государство и право. – 2001. – № 5. – С. 14–20.
12. Лазарев В. В. Поиск права // Журнал российского права. – 2004. – № 7. – С. 3–14.
13. Ясперс К. Смысл и назначение истории / Пер. с нем. – М., 1991. – 527 с.
14. Кистяковский Б. В защиту права (интеллигенция и правосознание). – <http://www.vehi.net/vehi/kistyak.html>.
15. Кун Т. Структура научных революций. – <http://www.philosophy.ru/library/kuhn/01/00.html>.

Status of conformity of state and law provisions with the realities of the present time is analyzed in the article. Negative properties of theory of soviet law and state, preserved in the modern jurisprudence, are determined. Perspectives of development of theory of state and law are outlined.

В статье анализируется состояние соответствия положений теории государства и права современным реалиям, определяются негативные свойства теории советского права и государства, которые сохранились и в современной юриспруденции, рассматриваются перспективы развития теории государства и права.



ПОНЯТТЯ, СУТНІСТЬ ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ЮРИДИЧНОГО ПРОЦЕСУ І ЮРИДИЧНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ ВІД СТАРОДАВНЬОГО РИМУ ДО СУЧАСНОСТІ

В'ячеслав Назаренко,

*старший викладач кафедри аграрного,
земельного та екологічного права ім. акад. В. З. Янчука
Національного університету біоресурсів і природокористування України,
м. Київ*

Стаття присвячена розкриттю сутності поняття «юридичний процес» і «юридична процесуальна форма», а також тенденціям їх розвитку. Дослідження здійснювалось з урахуванням впливу римського права (рецепції).

Ключові слова: юридичний процес, юридична процесуальна форма, рецепція.

Дослідження тенденцій розвитку юридичного процесу і юридичної процесуальної форми здійснювалось з урахуванням рецепції римського права, під якою розуміють активне пристосування римського приватного права до нових виробничих відносин Південної і Центральної Європи, яке згодом поширювалося на всю територію Європи [1, с. 18].

Мета цієї статті полягає у дослідженні та розкритті поняття «юридичний процес», «юридична процесуальна форма» і тенденцій їх розвитку, а також їх значенню в сучасних умовах.

Зараз є всі підстави стверджувати, що юридичний процес і відповідно юридична процесуальна форма започатковані ще з часів Стародавнього Риму. Майже за півтисячоліття до нашої ери було прийнято відомі Закони XII таблиць, в яких викладено початкові правові засади організації громадського суспільства.

Як наголошував видатний український вчений О. Підпригора, протягом тисячоліття ці засади розвивалися, набувши згодом досконалої системи римського приватного права. Вершиною його розквіту було III ст. нашої ери. Римлянам вдалося досягти таких висот правової культури, які здатні слугувати людству і в наші часи [1, с. 3–4].

Римський історик Тіт Лівій назвав Закони XII таблиць «*fontes omnis publici privatique juris*» – джерелом усього публічного і приватного права. Відомий російський вчений І. Новицький характеризує Закони XII таблиць як джерело («источник») всього публічного і приватного права, підкреслював: «Слово «источник» в этой фразе употребляется в смысле корня, из которого выросло могучее дерево римского права; Ливий хотел термином «источник» обозначить начало, от которого идет развитие римского права» [2, с. 13].

Проте, за твердженням І. Новицького, «Выражение источники римского права» употребляется

также в смысле источников познания римского права. Сюда относятся юридические памятники, например, кодификация императора Юстиниана, произведения римских юристов: Тита Ливия (конец I в. до н. э. – начало I в. н. э.); Тацита (I–II вв. н. э.); Авла Геллия (вторая половина II в. н. э.); Аммиана Марцеллина (IV в. н. э.); римских антикваров («грамматиков»): Варрона (II–I вв. до н. э.); Феста (I в. н. э.); римских ораторов (в особенности Цицерона, I в. до н. э.); римских писателей: Плавта и Теренция, в комедиях которых немало указаний на состояние права; лириков и сатириков (Катулла, Горация, Ювенала и др.)» [2, с. 14].

Серед джерел, що мали велике значення, були роботи республіканських юристів Секста Елія Пета Ката (II ст. до н. е.), якому належить збірник, що охоплює закони, тлумачення їх та описання форм процесу, а також Марка Манілія, Юнія Гору та Публія Муція Сцероли, про яких юрист Помпоній говорив, що вони «*jus civile fundaverunt*» – заснували цивільне право [2, с. 25].

Римське право було правом високоорганізованого суспільства, яке у своєму розвитку пройшло декілька етапів – архаїчний, період республіки, період принципату і абсолютної монархії. Судоустрій і судочинство періоду республіки істотно відрізнялися від устрою і судочинства імператорського періоду.

Найбільшого розвитку римське право набуло у так званій класичній період, тобто у перші три століття н. е.

Римські юристи вперше розробили абстрактне право приватної власності і взагалі приватне право, як право абстрактної особи. Блискуче було розроблене питання регулювання договірних відносин, створено теорію договірного права, його загальну концепцію, теоретичні основи окремих видів договорів, що відзначалися чіткістю, якістю і доступністю. Бездоганність, витонченість формувань, якість змісту, глибина осягнення суті правових відносин робила римську договірну систему майже досконалою [3, с. 32–33].

Виникнення юридичного процесу і відповідно юридичної процесуальної форми значною мірою пов'язують з виникненням державного суду у Римі, який виник разом з утворенням державних органів, оскільки був і залишається складовою державного апарату.

У Стародавньому Римі вже в республіканський період існувало і публічне і приватне право, і, відповідно, – публічні суди, які розглядали справи, що стосувалися інтересів держави, і цивільні суди, які розглядали майнові спори і деякі дрібні кримінальні справи.

Саме діяльність судових органів, спрямована на здійснення правосуддя, називається **судовим процесом**. Залежно від характеру розглядуваних справ він поділявся на кримінальний і цивільний [4, с. 98].

Характерною особливістю римського цивільного процесу класичного періоду був поділ його на дві стадії провадження: а) розгляд справи у претора (jus); б) розгляд справи у суді (judicium).

Тобто судочинство розпочиналося з розгляду справи у претора (стадія jus). На цій стадії сторони викладали вимоги, заявляли претензії. При цьому особа, яка вважала разом з порушенням порушеним і котра зверталася до суду за захистом, була позивачем, а особа, до якої заявлена претензія чи вимога позивача – відповідачем.

Вимога позивача, подана до суду з приводу надання захисту порушеному праву – позов. Таким чином, позов є правом і засобом, за допомогою якого особа може задовольнити в судовому порядку свої вимоги. Якщо відповідач визнавав пред'явлені йому вимоги і зобов'язувався їх виконати, то подальший розгляд справи припинявся. У разі його незгоди претор просив свідків засвідчити зроблені сторонами заяви і передавав справу на розгляд судді (стадія judicium).

Така організація судового процесу існувала в Римі впродовж століть. Вона вважалася нормальним ординарним (тобто звичайним) порядком. Тому, коли в період монархії поділ судового процесу на дві стадії був скасований, він дістав назву екстраординарного (надзвичайного) [4, с. 99].

З урахуванням зазначеного можна стверджувати, що право на позов могло бути реалізоване як у приватних, так і в багатьох публічних відносинах за допомогою спеціальної юридичної процедури, що дістала назву судового процесу [4, с. 100].

Упродовж тривалого періоду римського права судовий процес також неодноразово змінювався як за формою, так і за своїм внутрішнім змістом. Його найдавнішою формою був легісакційний процес, який існував за часів республіки до 126 р. до н. е. Вважалося, що він був організований на протипагу застарілим формам приватної саморозправи.

В Інституціях Гая вислів «*lege agere, legisactio*» пояснюється неоднозначно: чи (за словами Гая) такий вислів походить від того, що ці форми процесу були створені законами, чи ж від того, що претензії сторін у легісакційному процесі мали бути висловлені словами відповідного закону (і, відповідно, лише за умови, що ця претензія підходить під текст закону і є можливість її вирішити).

Проте це пояснення поставили під сумнів як І. Новицький, так і І. Покровський. Вони вважали, що в ті далекі часи, коли з'явився легісакційний процес, законів було ще дуже мало, і тому може бути, що *lege agere* означало: діяти законним чином, тобто без застосування недозволеного насилля [2, с. 35].

Легісакційний процес характеризувався обтяжливим формалізмом і складною процедурою, охоплюючи при цьому досить вузьку сферу господарського обігу. Так, процес розгляду суперечки розпочинався зверненням позивача зі своєю вимогою до претора. Для підтвердження своїх вимог була встановлена спеціальна форма звернення, найменший відступ від якої автоматично позбавляв позивача права на позов, і процес припинявся.

При цьому треба враховувати, що до претора необхідно було звертатися з дотриманням позовної форми, яку знали лише жерці (понтифіки), які тримали їх у суворій таємниці і надавали за відповідну плату.

Водночас із зверненням до претора позивач повинен був доставити йому спірну річ, причому рухома річ безпосередньо доставлялася до претора, а нерухомі речі доставлялися під виглядом їх символів (грудка землі зі спірного поля, камінь з будинку, жмут шерсті з тварини та ін.). Крім того, позивач зобов'язаний був забезпечити явку відповідача до претора і в суд. Для ведення процесу також вимагалось внести певну грошову заставу своєї правоти – сакрамент у розмірі 50 асів (За Законами XII таблиць). Якщо вартість спірної речі перевищувала 1000 асів, розмір застави зростав до 500 асів.

У разі виграшу справи сакрамент повертався, в разі програшу – надходив до державної скарбниці.

Звертатися до претора дозволялося лише у спеціально відведені дні. Заборонялося звертатися у сезон сільськогосподарських робіт, у дні трауру, свят, під час війни тощо.

Процесуальні дії відбувалися у претора в присутності 5–7 свідків. Причому вони були свідками не у справі, а мали засвідчити процедуру дійства у претора, тобто здійснити летісконтентацію (засвідчення спору). Це мало важливе значення, оскільки погашало позов і відповідно позбавляло позивача права повторно подати позов по тій самій справі проти того ж відповідача.

Лише за дотримання всіх зазначених вище вимог могло розпочатися судочинство у претора відповідно до встановленого ритуалу, який називався віндикацією (*vindicatio*). Ця процедура описана в Інституціях Гая. Позивач брав у руки віндикту – спеціальну палицю, яка символізувала спис воїна, клав її на спірну річ або її символ і проголошував: «*Hanc ego ret ex jure Quiritium meam esse aio; sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui*», тобто: «Я стверджую, що цей раб по квіритському праву належить мені, як я сказав, так ось я накладаю перед тобою *vindicta*». Якщо відповідач мовчав чи був згодним з цією заявою, то позов вважався визнаним (*confessio in-jure*, судове визнання), справа цим закінчувалася, і позивач уносив чи вводив спірну річ.

Якщо же відповідач не визнавав позову, то він мусив здійснити ті самі дії – накласти свою віндику на спірну річ і виголосити такі самі слова (здійснити контрвіндикацію). Тоді претор, ніби-то рознімаючи позивача і відповідача, проголошував: «Mittite ambo rem», тобто: «Обидва залиште річ». Після команди претора сторони знімали зі спірної речі свої віндики. Після цього позивач ставив відповідачу нове запитання: «На якій підставі ти претендуєш на цю річ?» («postulo an ne dikas que ex causa vindicaveris?»). На що відповідач заявляв: «Наклавши віндику, я чиню по праву» («jus feci sicut vindictam imposui»). Після цього він наводив необхідні пояснення та обґрунтування своєї точки зору.

Вислухавши заперечення відповідача, позивач вимагав: «Оскільки ти претендуєш на річ всупереч праву, то я викликаю тебе встановити заставу в сумі 50» (чи 500 залежно від суми спору). Латиною, тобто мовою оригіналу: «quando tu iniuria vindicavisti, quinquaginta (чи залежно від ціни спірної речі) quin genti aeris sakramento te provoko». Відповідач вимагав того самого від позивача: «et ego te» (і я тебе).

Вислухавши сторони, претор повинен був вирішити питання про те, у кого з них має залишитися спірна річ до закінчення розгляду спору. Сторона, в якій річ залишалася, забезпечувала її схоронність і гарантувала передачу стороні, що виграла спір, шляхом забезпечення поручниками виконання цього обов'язку. Згодом сторони в урочистій формі зверталися до свідків, присутніх при цьому в претора, і просили їх бути свідками того, що відбулося: «testes estote» [2, с. 36]. Звернення до свідків – літисконтестація (litis contestatio – за свідчення спору) – мало важливе правове значення, оскільки погашало позов. Тобто після розгляду спору у претора позивач уже не мав права повторно звернутися з тим самим позовом до того самого відповідача, якщо навіть з якихось причин справа не розглядалась у суді і позивач не отримав задоволення позову [1, с. 50].

Крім описаного вище обряду legis actio sakramento, ще були й такі основні види legis actiones: накладанням руки, шляхом взяття застави у формі вимоги про призначення судді і шляхом запрошення відповідача до суду [2, с. 36].

Моментом літисконтестації справа провадженням у претора закінчувалась, далі у присутності сторін претор призначав суддю, і справа переходила в другу стадію – in iudicium (до суду).

Тобто провадження справи у претора не було розглядом справи по суті. Тут не оцінювались докази, не викликалися свідки по справі, не заслуховувалися їхні показання.

На другій стадії справу розглядав присяжний суддя або судово колегія. Суд збирав докази, перевіряв їх достовірність, заслуховував показання свідків. Процес проходив у простій доступній формі. Суддя, розібравшись у суті спору, визначивши правого і винного, виносив рішення по справі, яке сам оголошував учасникам процесу в усній формі. Рішення було остаточним і не підлягало ні оскарженню, ні опротестуванню. Навіть

при його явній незаконності, несправедливості, неправосудності змінити або відмінити його вже ніхто не мав права.

У другій половині республіканського періоду, який характеризувався інтенсивним розвитком сільського господарства, ремесел, поживавленням торгівлі, лихварства, що призводило до значного зростання майнових спорів, виникла необхідність у заміні складної процедури легісакційного процесу на більш гнучку і доступну форму судочинства.

За повідомленням Гая, законом Ебуція між 149 і 126 рр. до н. е. і двома законами Юлія (час прийняття невідомий) до цивільного судочинства було внесено істотні зміни, які ґрунтовно змінили легісакційний процес. Вони в основному зводилися до того, що позивач звільнявся від неухильного обов'язку формулювати свої вимоги в чітко встановленій формі. Позивач мав тепер право викладати претору свої позовні вимоги вільно, без дотримання формальностей і ритуалів. Вислухавши пояснення сторін, їх докази й заперечення, претор самостійно формулював юридичну сутність позову. Зміст спору він викладав у спеціальній записці судді, яку почали називати формулою, звідси і назва нового порядку судочинства.

Спрощений порядок судового процесу, який отримав назву формулярного процесу (per formulas), з'явився спочатку в практиці претора peregriniv, оскільки застосовувати до peregriniv цивільної форми legis actio було не дозволено. Згодом і міський претор (претор квіритів) став практикувати цей спрощений порядок. Характеризуючи формулярний процес, російський вчений І. Новицький зазначав: «Отличие формулярного процесса от легисакционного не исчерпывается упрощением судебной процедуры. Самое основное заключалось в том, что теперь претор давал исковую защиту, не был связан старым правилом об изложении иска в точных словах закона. Пользуясь своим impetium, претор получил возможность признавать новые отношения развивавшейся жизни или, наоборот, оставлять порой без защиты отношения, формально отвечающие закону, но по существу отрицающие вместе с этим законом, отказывая в подобном рода случаях о выдаче истцу формулы иска» [2, с. 37].

У своєму едикті претор заздалегідь оголошував, в яких випадках він буде надавати позовний захист, а в яких не буде. При цьому він оголошував і формули позовів. Таким чином, виходило, що судовий позовний захист став не просто засобом визначення і охорони матеріальних цивільних прав, а основним моментом, відповідно до якого і можна було робити висновки про наявність матеріального цивільного права. У зв'язку з цим римське приватне право прийнято характеризувати як систему позовів [2, с. 37].

Що стосується складових преторської формули, то вона починалась із призначення судді, якому доручалося розглянути справу («Octavius iudex esto» – «Нехай Октавій буде суддею»); потім послідовно йшли: інтенція – викладення вимог позивача, сутності спору; кондемнація – доручення судді звинуватити чи виправдати відповідача

залежно від підтвердження чи спростування інтенції.

Отже, формула – не тільки формулювання юридичної сутності майнового спору, а й інструкція, вказівка судді, як треба вирішувати справу за конкретних обставин, певні обов'язкові межі, в яких суддя має вирішити спір. Тому, якщо претор припускався помилки в формулі, її обов'язково повторював суддя.

Але найістотнішим у формулярному процесі була не формула, а те, що претор перестав бути простим статистом, фіксатором ритуальних дій. Він починає формулювати основи приватно-правової політики в державі. Зростає його вплив у судовій сфері. І з часом, судова практика визначалася не нормами цивільного права, а потребами в преторських едиктах та іншій його діяльності. Але зі встановленням абсолютної монархії інститут претора як демократичне утворення республіканського Риму починає занепадати. Державна перебудова вимагала перебудови судової системи. У цей період судові функції вже виконували: в Римі і Константинополі – начальник міської поліції, в провінціях – правитель провінції. Деякі майнові спори імператор розглядав особисто, а незначні – муніципальні магістрати.

Характеризуючи екстраординарний процес, О. Підпригора також звертає увагу на принципове нововведення – встановлення офіційного виклику відповідача до суду і допущення оскарження судового рішення (начальнику поліції, правителю провінції і навіть імператору).

Крім того, в екстраординарному процесі не лише зберігся, а навіть одержав подальший розвиток принцип змагальності, проте принцип публічності був обмежений. Вперше було запроваджено судове мито на покриття судових витрат [1, с. 50–55].

Досліджуючи тенденції розвитку юридичного процесу і юридичної процесуальної форми, треба враховувати і вплив на них рецепції римського приватного права. На думку ряду вчених, при визначенні поняття рецепції за основу може бути взяте її розуміння як відновлення дії (відбір, запозичення, переробка та засвоєння) того нормативного, ідейно-теоретичного змісту римського права, що виявилось придатним для регулювання нових відносин більше високого ступеня суспільного розвитку [3, с. 126; 5, с. 206].

На думку Є. Харитонова, таке визначення більшою мірою враховує сутність та зміст рецепції. Він також звертає увагу на те, що, коли говорять про рецепцію, то йдеться про право, яке є елементом культури, що вже не існує й не має прямих, безпосередніх наступників.

Отже, насамперед, рецепція – це відродження системи права, яка існувала раніше. Саме це є ключовим моментом у визначенні цього поняття [3, с. 126–127].

Дослідження тенденцій розвитку юридичного процесу і юридичної процесуальної форми і впливу на це рецепції, неможливе без урахування її форм, видів і типів.

Наприклад, рецепція може бути у формі вивчення, коментування та засвоєння положень рим-

ського права або використання його як взірця при створенні кодифікованих актів законодавства. Крім того, рецепція можлива й у формі вивчення та усвідомлення юристами, котрі застосовують право, або потенційними законодавцями головних засад римського права. При цьому спеціальні кодифікаційні акти можуть не прийматись, але дух, ідеї рецепованої системи права глибоко проникає у правову систему, яка сприймає це.

Крім того, треба враховувати, що рецепція може бути не лише явною, а й латентною (прихованою) [3, с. 124–130].

Проте основні дослідження, пов'язані з юридичним процесом і юридичною процесуальною формою, проводилися за радянських часів, коли фактично було накладено табу на пряме рецитування норм римського права [3, с. 163]. Хоча все-таки у вчених того часу була можливість рецепції опосередкованої – через використання цивільних і цивільних процесуальних кодексів європейських країн як зразків законодавчих рішень, при розробці проектів ЦК і ЦПК РРФСР, УРСР та інших республік СРСР.

Тобто за радянських часів мала місце латентна, похідна рецепція римського права.

Як за радянських часів, так і зараз застосування процесуальної форми традиційно розглядалося стосовно діяльності юрисдикційних органів держави і лише в плані вирішення правових спорів і розгляду справ про правопорушення. Так, ще на початку 40-х років минулого століття один із провідних радянських учених С. Голунський стверджував: «... если для судов соблюдения процессуальных правил является неперменным условием их деятельности, то для административных органов какие-либо процедурные правила не имеют столь существенного значения, ибо повседневная их деятельность требует оперативного руководства, которое конкретизирует в зависимости от обстановки» [6, с. 17–18]. На думку ж одного із провідних учених в галузі теорії держави і права В. Горшенёва, ця концепція головним чином підтримується в учбовій літературі з кримінального і цивільного процесу [7, с. 7].

Так, С. Абрамов з цього приводу писав, що процесуальна форма – одна із суттєвих ознак, які відрізняють суд і судову діяльність від інших органів держави в їх діяльності [8, с. 5]. У свою чергу, М. Гурвіч зазначав, що цивільне процесуальне право є «формой принудительного осуществления гражданско-правовых обязанностей, формой защиты субъективных прав, когда содержащиеся в нормах права предписания не исполняются обязанными лицами добровольно» [9, с. 19].

Ще на початку 70-х років минулого століття видатний радянський вчений в галузі права С. Алексеев писав, що «... объединение юридических процедур деятельности всех государственных органов под рубрикой процесс обескровливает, выхолащивает это богатое и содержательное понятие и что не всякая урегулированная правом процедура совершения юридических действий может быть признана процессом в том специальном юридическом смысле, который исторически сложился и

принят в законодательстве, на практике, в науке» [10, с. 122].

Хоча з цим твердженням категорично не були згодні П. Недбайло і В. Горшенёв, які зазначали: «Приведенное утверждение неосновательно, на наш взгляд, потому, что в широком распространении свойств процессуальной формы надо видеть не ее выходолаживание, а ее обогащение за счет более широкого поля охвата, т. е. сохраняя свои традиционные качества, процессуальная форма обогащается и приобретает еще большую социальную ценность, поскольку используется не только в юрисдикционной, но и в иных отраслях государственно-правовой деятельности» [7, с. 8–9]. Вони підкреслювали, що у цьому випадку мова йде не про механічне поширення процесуальної форми на діяльність інших органів, а про відповідне її пристосування до вимог практики.

Також вони зазначали, що стосовно діяльності державних органів і посадових осіб радянської держави, поняття «процедура» і «процес» збігаються [7, с. 9]. Крім того, ще у 50-х роках минулого століття П. Недбайло стверджував, що «процессуальная форма присуща всякой деятельности по применению правовых норм» [11, с. 22].

З цього самого приводу М. Строгович підкреслював, що: «процессуальное право – это всегда право, устанавливающее определенную процедуру... это право, определяющее процесс, т. е. движение, развитие деятельности органов и лиц» [12, с. 44–45].

Висновки

У зв'язку з вищевикладеним можна стверджувати, що у плані загальної теорії права: «Под процессуальной формой следует понимать совокупность однородных процедурных требований, предъявляемых к действиям участников процесса и направленных на достижение определенного материально-правового результата» [7, с. 13].

Іншими словами, процесуальна форма являє собою особливу юридичну конструкцію, що втілює принципи найбільш доцільної процедури здійснення певних повноважень.

Це визначення процесуальної форми однаковою мірою підходить для характеристики процесуальної діяльності всіх органів правосуддя, щодо

яких традиційно використовувалася категорія «процесуальна форма» [7, с. 13].

Стосовно ж впливу рецепції римського права на тенденції розвитку юридичного процесу і юридичної процесуальної форми можна зазначити, що:

1) за радянських часів рецепція більшою мірою була латентною (прихованою), найчастіше у формі вивчення і засвоєння фахівцями положень римського права, з подальшим використанням цих знань при створенні кодифікованих актів законодавства без констатації цього;

2) за роки незалежності України намітилися тенденції впливу римського права головним чином, у таких напрямках: а) вплив на філософію права; б) вплив на правотворення; в) вплив на формування правосвідомості; г) вплив на формування загальної правової культури правника (особливо у галузі приватного права) [3, с. 166].

Аналіз наукових досліджень щодо процесуальної форми за роки незалежності свідчить про стійку тенденцію застосування при цьому основних форм рецепції.

Література

1. Підпригора О. А. Основи римського приватного права. – К., 1997. – 336 с.
2. Новицький І. Б. Римське право. – М., 1998. – 245 с.
3. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право. – К., 2007. – 512 с.
4. Трофачук Г. І. Римське приватне право. – К., 2006. – 248 с.
5. Косарев А. И. Римское частное право. – М., 1998. – 296 с.
6. Голунский С. А. Основные понятия о суде и правосудии // Труды Военно-юридической академии. – Вып. III. – 1943.
7. Юридическая процессуальная форма: теория и практика / Под ред. П. Е. Недбайло, В. М. Горшенева. – М., 1976. – 280 с.
8. Абрамов С. Н. Гражданский процесс. – М., 1952.
9. Гурвич М. А. Советское гражданское процессуальное право. – М., 1964.
10. Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе. – М., 1971.
11. Недбайло П. Е. О юридических гарантиях правильного осуществления советских правовых норм // Сов. государство и право. – 1957. – № 6.
12. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. – Т. 1. – М., 1968.

The paper reveals the essence of the concepts of «a legal process» and «a form of legal proceedings», as well their evolution.

Fred's in the development of «the legal process» are investigated taking in to account the influence of Roman law (reception).

Статья посвящена раскрытию сущности понятий «юридический процесс» и «юридическая процессуальная форма», а также тенденциям их развития. Исследование осуществлялось с учетом влияния римского права (рецепции).



ПРО СПІВВІДНОШЕННЯ ТЕРМІНІВ «СУБ'ЄКТИ МАЛОГО ПІДПРИЄМНИЦТВА», «МАЛЕ ПІДПРИЄМСТВО», «МАЛИЙ ПІДПРИЄМЕЦЬ» І «МАЛИЙ БІЗНЕС»

Ірина Похиленко,

канд. юрид. наук,
викладач кафедри господарського права та процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті здійснюється комплексний аналіз термінів «суб'єкти малого підприємництва», «малий підприємець», «мале підприємство» та «малий бізнес», пропонується запровадження єдиного понятійного апарату.

Ключові слова: суб'єкти малого підприємництва, малий підприємець, мале підприємство, малий бізнес.

Одним із основних факторів стабілізації економіки України є всебічний розвиток усіх видів та організаційних форм підприємництва, в тому числі малого. Досвід роботи суб'єктів малого підприємництва свідчить про позитивні особливості у вирішенні ними як виробничих, так і соціальних завдань. Як правило, суб'єкти малого підприємництва успішно працюють як у великих та малих містах, а також у селах; суб'єктам малого підприємництва властива висока маневреність виробництва, здатність до швидкого запровадження нової техніки та технології, готовність до виправданого комерційного ризику. Проте на сьогоднішній день законодавець оперує різними термінами («суб'єкти малого підприємництва», «малий підприємець», «мале підприємство», «малий бізнес»), іноді ототожнюючи їх, а іноді вкладаючи різний зміст у розуміння цих понять. З метою уникнення подвійного тлумачення та помилок у застосуванні зазначених термінів доцільно внести відповідну термінологічну ясність.

Окремі питання, присвячені малому підприємству, розглядались у працях таких учених, як З. Варналій, І. Труш, О. Гордієнко, В. Нагребельний.

Метою цієї статті є комплексний аналіз термінів «суб'єкти малого підприємництва», «малий підприємець», «мале підприємство», «малий бізнес» та вироблення єдиного понятійного апарату.

Розпочнемо термінологічний аналіз із дефініції підприємництва. Так, відповідно до ст. 42 Господарського кодексу (далі – ГК) України підприємництво – це самостійна,

ініціативна, систематична, на власний ризик господарська діяльність, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та отримання прибутку. Іншими словами, ця діяльність здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями). Оскільки ми досліджуємо мале підприємство, то з'ясуємо законодавчі критерії віднесення тих чи інших суб'єктів господарювання до категорії малих.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про державну підтримку малого підприємництва» суб'єктами малого підприємництва є: фізичні особи, зареєстровані у встановленому законом порядку як суб'єкти підприємницької діяльності; юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб, а обсяг річного валового доходу не перевищує 70 млн грн. Середньооблікова чисельність працюючих визначається з урахуванням усіх працівників, у тому числі тих, які працюють за договорами та за сумісництвом, а також працівників представництв, філій, відділень та інших відокремлених підрозділів.

Порівняння цього визначення з аналогічним, що міститься у ст. 1 Указу Президента України «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва», свідчить про низку відмінностей у критеріях розмежування. Зокрема, до фізичних осіб суб'єктів малого підприємництва відносяться особи, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи й у трудових відносинах

з якими, включаючи членів їх сімей, протягом року перебуває не більше 10 осіб, а обсяг виручки від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за рік не перевищує 500 тис. грн, тобто для фізичних осіб вводиться порівняно із Законом «Про державну підтримку суб'єктів малого підприємництва» критерій кількості працюючих та обсяг виручки. Що ж стосується юридичних осіб суб'єктів малого підприємництва, то до них відносяться суб'єкти підприємницької діяльності будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, в яких за рік середньооблікова чисельність працюючих не перевищує 50 осіб і обсяг виручки яких від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за рік не перевищує 1 млн грн. Відразу впадає в очі різниця в обсягах виручки, яка в Законі «Про державну підтримку суб'єктів малого підприємництва» у 70 разів перевищує суму, встановлену в Указі. Слід зазначити, що такий підхід призводить до парадоксальних ситуацій.

Так, господарський суд м. Києва розглянув справу за позовом товариства з обмеженою відповідальністю (далі – ТОВ) «А» до Державної податкової інспекції про зобов'язання видати свідоцтво. Позовні вимоги мотивовані тим, що відповідно до положень Закону України «Про державну підтримку малого підприємництва» ТОВ «А» має право на застосування ним спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності. Відповідач проти позову заперечував, посилаючись на положення Указу та те, що обсяг виручки від реалізації продукції позивача на дату подання заяви становить 1145,95 тис. грн, у зв'язку з чим позивач не може бути платником єдиного податку. Рішенням суду від 23.03.2004 р. в задоволенні позовних вимог було відмовлено. Постановою Київського апеляційного господарського суду від 25.05.2004 р. рішення господарського суду скасовано, апеляційну скаргу ТОВ «А» задоволено, відповідача зобов'язано видати відповідне свідоцтво. Колегія суду апеляційної інстанції встановила, що єдиною підставою для відмови позивачу у видачі свідоцтва про право сплати єдиного податку, був той факт, що обсяг річного валового доходу позивача перевищував 1 млн грн, що не заперечувалося представниками сторін. Апеляційна інстанція вважає, що Закон України має переважну силу, порівняно з підзаконним актом, який такої сили не має, а тому колегія суддів погодилась з твердженням позивача, що положення Указу Президента застосуванню не підлягає.

Постановою Вищого господарського суду України постанова апеляційного суду залишена без змін. Постановою Верховного Суду України Постанови КАГС та ВГСУ скасовані, рішення суду у справі залишене без змін.

Незважаючи на різну кваліфікацію дій відповідача, яку дали по цій справі суди різних інстанцій, вбачається правильним висновком про те, що Закон має переважну силу над іншими нормативно-правовими актами. Крім того, з 01.01.2004 р. набрав чинності Господарський кодекс України, положення якого прямо передбачають середньооблікову чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік не більше 50 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період не більше 70 млн грн. Вихід із ситуації вбачається в закріпленні відповідних положень в оподаткуванні на законодавчому рівні, адже податки мають встановлюватися виключно законами України, а не іншими нормативними актами. На сьогодні положення щодо спрощеної системи оподаткування, обліку та звітності знайшли своє відображення у законопроекті № 4186-3 зареєстрованому 17.05.2005 р. «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва» та проекті Податкового кодексу України № 3405, зареєстрованому 28.03.2007 р.

Повертаючись до аналізу визначень, слід згадати ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. Так відповідно до цієї статті малий і середній підприємств – це суб'єкт господарювання, дохід (виручка) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній фінансовий рік чи вартість активів якого не перевищує суми, еквівалентної 500 тис. євро, визначеної за курсом Національного банку України, що діяв в останній день фінансового року, якщо на ринках, на яких діє цей підприємств, є конкуренти із значно більшою ринковою часткою. Аналіз цього визначення свідчить, що воно йде в розріз як із згаданими статтями Закону України «Про державну підтримку малого підприємництва» та Указу Президента «Про спрощену систему оподаткування, обліку та звітності суб'єктів малого підприємництва», адже не тільки не враховує критерій працюючих, а й суперечить положенням ст. 63 ГК України, яка передбачає критерії розмежування малих, середніх і великих підприємств. Крім того, законодавець забув внести зміни, передбачені Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань регулювання підприємницької діяльності» від 18.09.2008 р., які змінили обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) з суми, еквівалентної 500 тис. євро на 70 млн грн.

Звернімося до категорії «мале підприємство». Відповідно до ч. 7 ст. 63 ГК України малими (незалежно від форми власності) визнаються підприємства, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний

(фінансовий) рік не перевищує 50 осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період не перевищує 70 млн грн. Слід зазначити, що нарешті значення хоч двох законодавчих термінів збігаються, а саме – визначення юридичної особи як суб'єкта малого підприємництва (Закону України «Про державну підтримку малого підприємництва») та «малого підприємства».

Нарівні з терміном «мале підприємство» найактивніше законодавець використовує термін «малий бізнес». Так, пункт «в» ст. 1 Закону України «Про першочергові заходи щодо запобігання негативним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31.10.2008 р. передбачає здешевлення кредитування проєктів малого та середнього бізнесу, зокрема таких, що впливають на підвищення рівня зайнятості населення. Чи у Європейській хартії малих підприємств, запровадженій Постановою Кабінету Міністрів України від 02.07.2008 р. № 587 «Про запровадження в Україні принципів Європейської хартії для малих підприємств», зазначається, що малі підприємства – це основа європейської економіки. Вони є ключовим джерелом робочих місць і благодатним ґрунтом для бізнесових ідей. Зусилля Європи з відкриття нової економіки матимуть успіх, лише за умови, що малий бізнес посяде перше місце в порядку денному. Зазначене дає підстави стверджувати, що у першому реченні йдеться про мале підприємство, а у третьому – про малий бізнес. Отже, якщо виходити із змісту, складається враження, що ці два терміни синоніми, а що ж тоді робити фізичним особам суб'єктам малого підприємництва, адже, якщо виходити із цієї логіки, вони не вписуються у положення хартії.

Що стосується доктринального визначення суб'єктів малого підприємництва, то різні вчені визначають його по-різному: одні розмежовують поняття «суб'єкт малого підприємництва», «мале підприємство» та «малий бізнес», інші – отождожують їх. Так, З. Варналій розмежовує поняття «суб'єкт малого підприємництва», «малий бізнес» і «мале підприємство». При визначенні поняття суб'єктів малого підприємництва він виділяє базові та похідні властивості цього типу підприємницької діяльності. На думку З. Варналія, малий бізнес – це діяльність будь-яких малих підприємств та окремих громадян (фізичних осіб) з метою отримання прибутку, а малі підприємства – це організаційно-економічний вид підприємств, що кваліфікуються за показником чисельності зайнятих працівників [1, с. 23–25].

І. Труш також розрізняє поняття «мале підприємництво» та визначає його як особ-

ливу підприємницьку діяльність фізичних осіб-підприємців та юридичних осіб (малих підприємств), не заборонену законом, на власний ризик, при повній або частковій господарській відповідальності з метою отримання прибутку; та поняття «мале підприємство» як самостійний суб'єкт господарювання будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, який має право юридичної особи [2, с. 3–4].

О. Гордієнко, навпаки, отождожує поняття «суб'єкт малого підприємництва» та «суб'єкт малого бізнесу», вважаючи, що суб'єкт малого бізнесу формується залежно від традицій національної економіки. Тому єдиних критеріїв віднесення суб'єктів підприємницької діяльності до сектора малих у світі не існує [3, с. 8]. Такої думки дотримується також Мамдух Тайє Аль Зіадат, який визначає мале підприємництво (або ж малий бізнес) як сукупність малих підприємств незалежно від форм власності та відповідно до критеріїв, що визначені законодавством країни, на теренах яких ці підприємства здійснюють свою господарську діяльність, а громадян-підприємців, які ведуть самостійну господарську діяльність для забезпечення самозайнятості та зайнятості членів своєї родини, інших громадян на власний ризик, як правило, маючи на меті отримання прибутку [4, с. 6].

В. Нагребельний наводить лише визначення малого підприємства, не згадуючи ні про мале підприємництво, ні про малий бізнес. Так, на його думку, мале підприємство – це різновид підприємства в Україні, самостійно господарюючий суб'єкт, який має права юридичної особи та здійснює виробничу, науково-дослідну або комерційну діяльність з метою отримання відповідного прибутку (доходу) [5, с. 561].

На нашу думку, поняття «суб'єкт малого підприємництва», «малий бізнес» та «мале підприємство» слід розуміти таким чином: *мали підприємства* є одним із суб'єктів малого підприємництва разом із громадянами-підприємцями, а *малий бізнес* – це діяльність суб'єктів малого підприємництва, тобто термін «бізнес» виступає в ролі зарубіжного аналога терміна «підприємництво», який запозичений із зарубіжного законодавства. На нашу думку, такий підхід може призвести до плутанини та порушень чинного законодавства; крім того, законодавство пострадянських країн (положення якого були проаналізовані) оперує терміном «мале підприємництво», тому доцільно внести відповідні зміни, замінивши іноземний термін «бізнес» вітчизняним «підприємництво».

Викладене дозволяє запропонувати замінити у п. «в» ст. 1 Закону України «Про першочергові заходи щодо запобігання негатив-

ним наслідкам фінансової кризи та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 31.10.2008 р. термін «малий та середній бізнес» на «мале та середнє підприємництво», а у подальшій законотворчості вживати вітчизняну термінологію.

Крім того, доцільно запровадити єдині критерії віднесення до категорії суб'єктів малого підприємництва як фізичних осіб-підприємців, так і юридичних. З цього приводу заслуговує на увагу думка народного депутата І. Зайця, висловлена на пленарному засіданні Верховної Ради України щодо необхідності запровадження єдиних критеріїв віднесення суб'єктів підприємництва до категорії малих [6].

У зв'язку з викладеним пропонуємо внести зміни до ст. 1 Закону України «Про державну підтримку малого підприємництва», виклавши її у такій редакції:

«Суб'єктами малого підприємництва є: фізичні особи, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи (громадяни-підприємці) у трудових відносинах з якими, включаючи членів їх сімей, протягом року перебуває не більше 50 осіб та обсяг річного валового доходу не перевищує 70 мільйонів гривень;

юридичні особи – суб'єкти підприємницької діяльності будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, в яких середньооблікова чисельність працюючих за звітний період (календарний рік) не перевищує 50 осіб та обсяг річного валового доходу не перевищує 70 мільйонів гривень».

Крім того, аналогічні зміни слід внести до ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» замінивши дефініцію «малий та середній підприємець» на «суб'єкти малого підприємництва» із запропонованим тлумаченням.

Доцільно було б, доповнити п. 1 ст. 128 ГК України таким положенням:

«Громадяни-підприємці, у трудових відносинах з якими, включаючи членів їх сімей, протягом року перебуває не більше 50 осіб та обсяг річного валового доходу не перевищує 70 мільйонів гривень, відносяться до категорії суб'єктів малого підприємництва і мають право на державну підтримку».

Література

1. Варналій З. С. Мале підприємництво: основи теорії і практики. – К., 2001. – 277 с.
2. Труш І. В. Господарсько-правове забезпечення державної підтримки малого підприємництва в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2005. – 23 с.
3. Гордієнко О. Малі підприємства: критерії правового статусу і проблеми його вдосконалення // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 6. – С. 8–11.
4. Мамдур Тайє Аль Зіадат. Розвиток малого підприємництва в умовах перехідної економіки (на прикладі України та Йорданії): Автореф. дис. ... канд. екон. наук. – Д., 1999. – 15 с.
5. Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 2001. – Т. 3. – 792 с.
6. Заєць О. І. Стенограма від 18.09.2008 року, засідання № 11 (вечірнє) // Офіційний сайт ВРУ: http://www.rada.gov.ua/zakon/new/STENOGR/18_09.htm.

The complex analysis of terms «small business entity», «small employer», «small enterprise» and «small business» is show, and introduction of the uniform conceptual device is offered.

В статтє осуцествляється комплексный анализ терминов «субъект малого предпринимательства», «малый предприниматель», «малое предприятие», «малый бизнес», предлагается введение единого понятийного аппарата.



ЗЛОВЖИВАННЯ ТА ІНШІ ПРАВОПОРУШЕННЯ, ЩО МАЮТЬ МІСЦЕ ПІД ЧАС ЕМІСІЇ АКЦІЙ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

Ірина Лубенець,

науковий співробітник 2-го науково-дослідного відділу
лабораторії проблем боротьби з економічною злочинністю
Державного науково-дослідного інституту МВС України

У статті приведено перелік зловживань та правопорушень, що скоюються при емісії акцій акціонерних товариств, та рекомендації щодо їх виявлення.

Ключові слова: акції, акціонерні товариства, засновники АТ, реєстратор, аудит, емісія, проспект емісії.

Кількість акціонерних товариств (далі – АТ) в Україні становить близько 32 тис., із них 11 тис. відкриті та майже 21 тис. – закриті. Вони виробляють майже 75 % валового внутрішнього продукту країни. Саме в АТ зосереджено понад 60 % промислово-виробничого потенціалу України¹.

Цінні папери використовуються як фінансові інструменти у діяльності АТ для вирішення завдання акумуляції значних обсягів фінансових ресурсів у загальній системі фінансового забезпечення суб'єктів господарювання.

Проблематика емісії (випуску) та обігу цінних паперів АТ (у тому числі акцій) аналізувалась у працях багатьох науковців, зокрема, П. Андрушка, Г. Шевченка, Н. Рупняк, Н. Виноградової та ін. Проте недостатньо дослідженими залишаються питання виявлення правопорушень у цій сфері.

Метою цієї статті є дослідження та систематизація основних видів правопорушень, що здійснюються під час емісії акцій АТ, а також розробка практичних заходів, спрямованих на їх виявлення.

За даними Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР) України протягом I півріччя 2009 р. обсяг випуску акцій, зареєстрованих центральним апаратом Комісії, становив 39,28 млрд грн. Обсяг випусків акцій, зареєстрованих центральним апаратом Комісії, порівняно з аналогічним періодом 2008 р., збільшився на 17,47 млрд грн. за рахунок реєстрації випусків акцій банківськими установами з метою збільшення статутного капіталу. Найбільший обсяг торгів у I півріччі 2009 р. зафіксовано з акціями на суму 4,38 млрд грн (45,65 %

до загального обсягу виконаних біржових контрактів у I півріччі 2009 р.)².

Таким чином, із збільшенням обсягів випуску акцій та їх обігу існує тенденція до збільшення зловживань з цінними паперами АТ, які охоплюють як емісійну діяльність, так і професійну діяльність на ринку, що гальмує розвиток у цій сфері.

З метою дослідження проблем, пов'язаних з діяльністю органів внутрішніх справ України щодо виявлення та запобігання правопорушенням, пов'язаним із випуском та обігом цінних паперів АТ, фахівцями ДНДІ МВС України було проведено анкетування працівників підрозділів ДСБЕЗ (у кількості 335 осіб з 13 областей України міст Києва та Севастополя).

Результати анкетування та вивчення нормативно-правової бази України, що регулює діяльність АТ, емісійну діяльність на ринку цінних паперів дали нам можливість визначити та систематизувати найбільш поширені способи вчинення **злочинів та інших правопорушень, що мають місце під час емісії акцій:**

з боку засновників АТ та посадових осіб органів АТ:

- підроблення документів, які подаються до ДКЦПФР для реєстрації випуску акцій;
- видача фіктивних документів, що підтверджують право власності на акції;
- здійснення первинного (додаткового) випуску (емісії) громадянином або посадовою особою АТ акцій у формі їх відкритого розміщення без реєстрації емісії у встановленому законом порядку;
- нездійснення реєстрації інформації про випуск акцій АТ;
- ненадання або несвоєчасне надання емітентами інформації до ДКЦПФР;

¹Коташевська К. Публічні і приватні – замість ВАТ і ЗАТ. Коментарі до Закону «Про акціонерні товариства» // Юридичний журнал. – 2009. – № 3. – С. 1.

²Інформаційна довідка щодо розвитку фондового ринку України (за 2008 р. – I півріччя 2009 р.)/ ДКЦПФР // [www.ssmc.gov.ua/UserFiles/File/ InfHelp/ 06m09-1.doc](http://www.ssmc.gov.ua/UserFiles/File/InfHelp/06m09-1.doc).

- неопублікування (порушення термінів публікації) або оприлюднення емітентами у загальнодоступній інформаційній базі даних ДКЦПФР України інформації про випуск акцій (публікація менш як за 10 днів до початку підписки на цінні папери);

- непроведення протягом року оплати акцій товариства, розміщених при первинному випуску;

- прийняття рішення про емісію акцій некомпетентним органом (не загальними зборами акціонерів);

- порушення порядку, термінів та умов проведення загальних зборів акціонерів, на яких прийнято рішення про випуск акцій чи зміну розміру статутного фонду АТ;

- випуск АТ акцій для покриття збитків, пов'язаних з його господарською діяльністю;

- фальсифікація головою та членами правління АТ відомостей щодо кількості поданих заявок на купівлю акцій додаткової емісії або порушення процедури реєстрації подачі заявок на їх купівлю (черговості подачі цих заявок);

- необґрунтоване підвищення посадовими особами правління АТ цін на акції додаткової емісії та маніпулювання термінами проведення підписки з її достроковим закінченням у випадку здійснення підписки на необхідну кількість акцій зацікавленим акціонером;

- створення більш сприятливих (штучно створених пільгових) умов придбання цінних паперів для окремих категорій потенційних інвесторів;

- проведення підписки на акції з порушенням умов, зазначених у проспекті емісії;

- випуск акцій АТ при прийнятті уповноваженою особою ДКЦПФР або судовими органами рішення про зупинення обігу (розміщення) цінних паперів такого АТ;

- здійснення підписки на акції до реєстрації чи опублікування інформації про випуск цих цінних паперів або змін до цієї інформації;

- порушення термінів видачі акціонерам акцій (сертифікатів акцій) (видача цих акцій пізніше, ніж через шість місяців після реєстрації випуску);

- порушення термінів та умов реєстрації змін до інформації про випуск акцій або нездійснення реєстрації таких змін;

- надання емітентом для реєстрації звіту про підсумки випуску емісійних цінних паперів завідомо недостовірної інформації;

- використання для реклами діяльності АТ відомостей, які відсутні в зареєстрованій інформації про випуск акцій (повідомлення завідомо недостовірної інформації потенційним інвесторам, у тому числі викривлення інформації про дохідність і надійність акцій, які пропонуються для продажу);

- порушення термінів проведення відкритої підписки на акції відкритого АТ (строк

відкритої підписки на акції перевищує шість місяців);

- прийняття в оплату акцій неліквідного майна;

- свідоме заниження при створенні закритих АТ службовими особами балансової вартості активів підприємства, що фіксується у документах, які подаються до ДКЦПФР для реєстрації емісії акцій;

- порушення вимог щодо подання фінансової звітності, у тому числі подання викривленої звітності, з метою залучення додаткових інвестицій;

- приховування реальної низької вартості акцій акціонерного (корпоратизованого) товариства та збільшення курсової вартості акцій; *з боку посадових осіб реєстратора.*

- ведення реєстрів власників іменних цінних паперів без спеціального дозволу ДКЦПФР;

- порушення порядку ведення реєстру власників іменних цінних паперів;

- видача подвійних сертифікатів акцій на основі злочинної змови керівництва (правління) товариства з реєстратором з метою придбання контрольного пакета акцій;

- з боку службових осіб держорганів, на які покладено обов'язок здійснювати нагляд і контроль за створенням і діяльністю АТ:*

- службове підроблення, тобто внесення службовою особою до офіційних документів щодо здійснення нагляду та контролю за діяльністю АТ завідомо неправдивих відомостей, інше підроблення документів, а також складання і видача завідомо неправдивих документів в інтересах інших осіб (наприклад, видача фіктивних ліцензій та ін.);

- службова недбалість, тобто невиконання або неналежне виконання службовою особою своїх службових обов'язків щодо нагляду та контролю за дотриманням законності у сфері діяльності АТ з цінними паперами через несумлінне ставлення до них;

- виконання чи невиконання службовою особою в інтересах конкретних осіб АТ будь-якої дії з використанням наданої їй влади чи службового становища з метою отримання винагороди;

- незаконне використання інсайдерської інформації (даний спосіб характерний для всіх перелічених вище суб'єктів).

При проведенні анкетування практичних працівників підрозділів ДСБЕЗ з'ясувалося, що у більшості випадків (268 – 82,7 %) кримінальні справи за їх матеріалами не порушувалися. Причинами, з яких не порушувалися кримінальні справи, у більшості випадків (171 – 56,4 %) була проблема збору доказів, у частині випадків (102 – 32,6 %) – відсутність матеріалів. Крім зазначених, респонденти називали й інші причини, зокрема, недостатню інформацію про схеми вчинення злочинів, а також відсутність розробок в даній сфері щодо виявлення правопорушень.

Для виявлення зазначених правопорушень необхідно перевірити та проаналізувати такі документи:

а) звіт про наслідки підписки на акції, проспект емісії акцій.

Відповідно до Положення про порядок реєстрації випуску акцій, затвердженого Рішенням ДКЦПФР від 24.06.2007 р. № 942, у проспекті емісії акцій можна отримати інформацію:

щодо характеристики емітента (повне та скорочене найменування, місцезнаходження, поштова адреса, дата державної реєстрації), про перелік засновників із зазначенням кількості, типу і категорій належних їм акцій на дату прийняття рішення про випуск акцій;

дані про посадових осіб емітента, а саме: голову та членів виконавчого органу, голову та членів ради (спостережної ради) товариства (у разі її створення), голову ревізійної комісії та головного бухгалтера;

відомості про участь емітента в холдингових компаніях, концернах, асоціаціях тощо; відомості про юридичних осіб, у яких емітент володіє більше ніж 10 % статутного капіталу (активів), у тому числі про дочірні підприємства;

адреси місць, дати початку та закінчення проведення першого етапу підписки на акції (при додатковому випуску акцій);

адреси місць, дати початку та закінчення підписки на акції (при першому випуску акцій та при додатковому випуску акцій);

порядок реалізації акціонерами свого переважного права на придбання акцій (при додатковому випуску акцій);

дії, що проводяться в разі перевищення (недосягнення) запланованого рівня підписки на акції або її дострокового закінчення;

найменування торговця цінними паперами (якщо АТ користується його послугами щодо розміщення такого випуску акцій);

кількість акцій, що перебувають у власності членів виконавчого органу (правління), та перелік осіб, частки яких у статутному фонді перевищують 5 %, із зазначенням відсотків за кожною такою особою;

відомості про реєстратора (при додатковому випуску акцій у документарній формі) або депозитарій (при бездокументарній формі);

дані про відповідальних за інформацію про випуск акцій осіб;

дані щодо осіб, відповідальних за проведення аудиту АТ;

відомості про грошові зобов'язання емітента (кредитна історія емітента), крім банків);

відомості про провадження у справі про банкрутство або про застосування санації до товариства чи попереднього суб'єкта господарювання, у результаті реорганізації якого утворилося товариство, протягом трьох років, що передували року здійснення розміщення;

б) свідоцтво про реєстрацію випуску акцій;

в) результати незалежного аудиту фінансових звітів АТ;

г) журнал реєстрації заяв, скарг, повідомлень або звернень фізичних та юридичних осіб, що надходять до Контрольно-правового управління ДКЦПФР та до територіальних управлінь цієї Комісії;

д) звіт територіальних управлінь ДКЦПФР щодо розгляду зазначених вище заяв, скарг, повідомлень або звернень (щоквартальний);

е) звіт про результати роботи Контрольно-правового управління ДКЦПФР щодо розгляду заяв, скарг, повідомлень або звернень громадян та юридичних осіб за I та II півріччя року;

є) акти про правопорушення на ринку цінних паперів, що складаються уповноваженими особами ДКЦПФР у разі вчинення юридичною особою правопорушення, які містять таку інформацію: виклад обставин і суть правопорушення; нормативний акт, норми якого порушено; пояснення особи, щодо якої складено акт про правопорушення (її представника); відомості про повторне вчинення правопорушень тощо;

ж) протоколи про адміністративні правопорушення, що складаються уповноваженою особою ДКЦПФР у разі виявлення правопорушення з боку громадянина чи службової особи юридичної особи;

з) постанови уповноважених осіб ДКЦПФР, що розглядають справи про правопорушення юридичною особою на ринку цінних паперів, про прийняте рішення за справою;

и) повідомлення, що опубліковані в пресі;

і) протокол рішення загальних зборів акціонерів про випуск акцій.

На підставі цього протоколу можна отримати відомості про: розміщення раніше випущених в обіг цінних паперів (перелік і результати попередніх випусків цінних паперів із зазначенням свідоцтв про реєстрацію цих випусків); мету випуску акцій; кількість та відсоток голосів акціонерів, що приймають рішення про емісію (у разі прийняття рішення загальними зборами акціонерів); строк повернення коштів при відмові від випуску акцій; порядок реалізації переважного права акціонерів на придбання акцій, що випускаються додатково; термін проведення відкритої (публічної) підписки для акціонерів, що реалізують своє переважне право, та термін проведення підписки для інших інвесторів на придбання акцій у кількості, що перевищує кількість акцій, на яку акціонер має переважне право; докладний опис порядку розміщення акцій та їх оплати;

ї) протокол рішення загальних зборів акціонерів щодо затвердження змін до інформації про випуск акцій чи іншого органу, до компетенції якого віднесено прийняття такого рішення відповідно до статуту товариства (у випадку внесення АТ змін до такої інформації);

й) проміжна фінансова звітність за звітний період, що передував кварталу, в якому подаються документи для реєстрації випуску акцій, у складі балансу та звіту про фінансові результати, засвідчена підписами та печатками емітента та аудитора (аудиторської фірми), а також висновок аудитора (аудиторської фірми) та довідка про фінансовий стан, що засвідчена підписом та печаткою аудитора (аудиторської фірми);

л) довідка, засвідчена підписами та печаткою реєстратора, про передачу реєстру власників іменних цінних паперів (при випуску акцій у документарній формі) або депозитарію, з яким укладено договір про обслуговування випуску акцій (при бездокументарній формі емісії);

м) довідка, засвідчена підписами та печатками емітента, про сплату кожним з акціонерів або засновників не менше 50 % номінальної вартості акцій до дня реєстрації змін до статуту товариства, пов'язаних із збільшенням розміру статутного капіталу товариства (при першому випуску акцій – до дня скликання установчих зборів), з переліком внесків, унесених в оплату за акції із наданням засвідчених копій документів, які підтверджують сплату;

н) свідоцтво про реєстрацію попередніх випусків акцій, засвідчені підписом уповноваженої особи та печаткою товариства;

о) договір про обслуговування випуску акцій, укладений АТ з депозитарієм (при випуску акцій у бездокументарній формі);

п) договір на ведення реєстру прав власності на іменні цінні папери, укладений АТ з реєстратором (при випуску іменних акцій у документарній формі);

р) довідка від реєстратора (депозитарія) щодо наявності державної частки у статутному фонді емітента на дату прийняття рішення про випуск акцій;

с) глобальний сертифікат випуску акцій АТ, який депонується в депозитарії (при випуску акцій у бездокументарній формі чи при знерухомленні документарних акцій).

Крім того, необхідно провести консультації або прийняти пояснення від голови та членів виконавчого органу (правління), ревізійної комісії, спостережної ради АТ, аудиторів (аудиторських організацій), усіх учасників певної фінансово-господарської опе-

рації з акціями, юридичних осіб, послугами яких користується АТ, акціонерів, членів саморегулювних організацій ринку цінних паперів, представників об'єднань підприємств (асоціації, корпорації, консорціуми, концерни тощо), до яких належить АТ (за наявності такої належності).

Слід при цьому мати на увазі, що річний звіт АТ (розділ «Основні відомості про емітента») містить повні дані про юридичних осіб, послугами яких користується емітент (про реєстратора; зберігача; депозитарія; торговців цінними паперами, з якими укладено договори про розміщення випусків цінних паперів; юридичних осіб, уповноважених емітентом продавати (купувати) його акції; юридичних осіб, уповноважених емітентом виплачувати дохід за його акціями; аудиторів (аудиторські фірми), які надають аудиторські послуги емітенту; юридичних осіб, які надають юридичні послуги емітенту; юридичних осіб, які надають страхові послуги емітенту); найменування, місцезнаходження, відомості про ліцензію на вид діяльності, що провадиться такою юридичною особою.

Крім того, з річного звіту можна отримати інформацію, зокрема, щодо всіх раніше випущених акцій та облігацій (розділ «Основні відомості про цінні папери емітента»), організаційної структури емітента (у тому числі щодо дочірніх підприємств, філій, представництв із зазначенням їх найменування та місцезнаходження).

Висновки

Таким чином, ефективним засобом попередження злочинів, учинюваних службовими особами та іншими працівниками акціонерних товариств, є виявлення інших правопорушень, що вчиняються цими особами, які підпадають під адміністративну або цивільно-правову відповідальність. Ефективність боротьби з правопорушеннями у сфері емісії акцій АТ, як і в інших галузях економіки, залежить передусім від професіоналізму кадрів органів внутрішніх справ, від опанування ними знань про діяльність АТ, бухгалтерського обліку, зокрема тактичних і методичних аспектів використання документів при виявленні вищевказаних зловживань.

In the article the list of abuses and offences that committing during emission a shares of stock companies and recommendations as for its detection is given.

В статье дан перечень злоупотреблений и правонарушений, которые совершаются при эмиссии акций акционерных обществ и рекомендации по их выявлению.



ОСОБЛИВОСТІ АГЕНТСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН НА РИНКУ ЗЕРНА

Роксолана Коротка,

*здобувачка кафедри господарського права
юридичного факультету*

Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

Стаття присвячена правовому регулюванню агентських відносин на ринку зерна, яким притаманна низка специфічних ознак.

Ключові слова: ринок зерна, агентські правовідносини, державний агент, принципал, агентський договір.

Агентська діяльність або комерційне посередництво, набуваючи розвитку в Україні, зазнає все більш ґрунтовного регулювання з урахуванням особливостей агентування на певному товарному ринку, одним з прикладів якого може бути ринок зерна. Протягом останніх років держава почала більше опікуватися питаннями підтримки зернової галузі, про що свідчить низка прийнятих актів законодавства, зокрема, Закон України «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 04.07.2002 р. (далі – Закон про зерно), Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. (далі – Закон про держпідтримку сільського господарства), постанови Кабінету Міністрів України від 06.07.2005 р., від 26.12.2005 р., від 16.05.2007 р. тощо.

Загальні засади комерційного посередництва закріплено у Господарському кодексі (далі – ГК) України, в якому цим відносинам присвячена глава 31, одна з статей якої містить положення про визначення особливостей агентських відносин законами України (ч. 1 ст. 305).

Слід зазначити, що інститут комерційного посередництва з огляду на його новизну у вітчизняній господарсько-правовій науці є малодослідженим для української економіки, оскільки він притаманний ринковим засадам господарювання, цілеспрямоване запровадження яких на теренах колишнього СРСР почалося в кінці минулого століття (кінець 80-х – початок 90-х років). Таким чином, стан розробки в Україні проблем, пов'язаних з правовим регулюванням агентських відносин у сфері господарювання, важко визнати адекватним сучасному стану розвитку цих відносин: лише певним аспектам комерційного посередництва чи деяким видам агентських договорів присвячені дисертаційні, монографічні дослідження [1–3], окремі їх положення [4, с. 390–392], науково-практичні коментарі гл. 31 ГК України [5, с. 476–486; 6, с. 901–921], Цивільного кодексу (далі – ЦК)

України [7, с. 653–670]¹, відповідні положення підручників (навчальних посібників) з господарського права [8, с. 433–437; 9, с. 520–530; 10, с. 390–392], договірних права [11, с. 848–857]. Ця обставина і зумовила нашу зацікавленість у визначенні загальних та специфічних ознак агентських відносин у певних сферах господарювання, зокрема у сфері інноваційної діяльності та трансферу технологій [12; 13], у процесі приватизації державного майна з використанням міжнародних фінансових ринків [14], у сфері інвестиційних послуг ЄС [15] та ін.

Комерційному посередництву на ринку зерна також притаманні певні особливості, що досі залишаються поза увагою представників науки господарського та цивільного права, попри стратегічну важливість такого ринку для будь-якої держави за будь-яких часів (наприклад, так звані хлібні бунти – одна з підстав державного втручання в цей ринок з огляду на зерно як товар, що втілює щоденні життєві потреби людей).

Метою цієї статті є визначення особливостей агентських правовідносин на ринку зерна на підставі аналізу актів законодавства, що регулюють зазначені відносини, напрацювання рекомендацій щодо оптимізації правового регулювання.

Агентські відносини на ринку зерна відрізняються, насамперед, тією особливістю, що активним його учасником є держава в особі Аграрного фонду (далі – АФ) та інших суб'єктів державних закупівель та суб'єктів державної аграрної інтервенції (статті 5, 8 Закону про зерно; ст. 9 Закону про держпідтримку сільського господарства).

Правове становище АФ визначається Законом про держпідтримку сільського госпо-

¹До агентських відносин на субсидіарних засадах застосовуються положення ЦК щодо доручення (ч. 2 ст. 305 ГК України).

дарства (ст. 9) та Положенням про Аграрний фонд, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 06.07.2005 р. № 543, відповідно до яких АФ є державною спеціалізованою установою, уповноваженою Кабінетом Міністрів України провадити цінову політику в агропромисловій галузі, і (з-поміж іншого) виконувати завдання щодо формування державного інтервенційного фонду (далі – ДІФ)¹ об'єктів державного цінового регулювання виключно для здійснення товарних та фінансових інтервенцій на організованому аграрному ринку. У зв'язку з цим АФ виступає в установленому законодавством порядку замовником під час закупівлі товарів (робіт, послуг) за рахунок коштів державного бюджету, продає або купує на Аграрній біржі зерно (як один з об'єктів державного цінового регулювання) з/до ДІФ і має право на придбання та продаж об'єктів державного цінового регулювання для потреб ДІФ, за рішенням Кабінету Міністрів України здійснює експорт об'єктів державного цінового регулювання.

Комерційне посередництво на внутрішньому ринку зерна, по-перше, не є обов'язковим, по-друге, може здійснюватися з використанням біржових брокерів і, по-третє, регулюється низкою актів законодавства, в т. ч. постановою Кабінету Міністрів України «Про створення Аграрної біржі» від 26.12.2005 р. № 1285 (далі – постанова № 1285). Членом цієї біржі є АФ, а предметом діяльності (з-поміж іншого) – надання біржових послуг, необхідних для проведення АФ товарних або фінансових інтервенцій з метою підтримання рівня мінімальних або недопущення перевищення рівня максимальних закупівельних цін об'єктів державного цінового регулювання; організація біржових торгів з придбання та продажу об'єктів державного цінового регулювання для потреб державного цільового резерву, а також з продажу об'єктів зазначеного регулювання, що були конфісковані або підлягають продажу відповідно до закону; навчання та підвищення кваліфікації біржових брокерів, які мають сертифікуватися згідно з біржею (підп. 10 п. 14 Статуту аграрної біржі).

Член біржі (в т. ч. АФ):

- має право самостійно здійснювати біржові операції або призначити для їх здійснення фізичну особу – брокера для участі у

¹ДІФ формується Аграрним фондом за рахунок фінансових інтервенцій, заставних, форвардних та ф'ючерсних закупівель та використовується для здійснення товарних інтервенцій (продаж або придбання аграрної продукції на організованому товарному ринку з метою забезпечення цінової стабільності), що передбачено в пунктах 2.5, 2.5-1 ст. 2 Закону про держпідтримку сільського господарства.

біржових торгах (аукціонах) на підставі нотаріально посвідченої довіреності (підп. 1–2 п. 27 постанови № 1285);

- зобов'язаний виконувати низку обов'язків (п. 28 постанови № 1285), в т. ч.: забезпечити достатній для проходження сертифікації рівень підготовки свого брокера (підп. 1); не давати брокерам доручення на обслуговування двох чи більше клієнтів, інтереси яких суперечать або які є пов'язаними особами (підп. 6). Біржовими брокерами можуть бути лише зареєстровані на біржі фізичні особи, обов'язки яких полягають у виконанні доручень членів біржі, яких вони представляють, щодо здійснення біржових операцій та їх реєстрації на біржі (п. 3.2 Типових правил біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією, затверджених наказом Міністерства сільського господарства і продовольства України, Міністерства економіки України і Міністерства фінансів України від 03.04.1996 р. № 103/44/62).

Отже, біржовий брокер Аграрної біржі має деякі ознаки комерційного агента (здійснення *на професійних засадах* відповідних дій переважно *юридичного характеру* на забезпечення участі в біржових торгах *за дорученням члена біржі*), проте не є таким, оскільки діє на підставі лише доручення члена біржі (а не агентського договору), сфера його діяльності обмежується біржею, внутрішнім документам якої він має підпорядковуватись як учасник торгів на біржі; член біржі може обирати брокера лише із зареєстрованих на відповідній біржі осіб.

Таким чином, на внутрішньому ринку зерна держава діє через створений нею орган – АФ, який наділений низкою повноважень на виконання функцій держави щодо організації та регулювання ринку зерна. Разом з тим, у держави час від часу виникає потреба в експорті та/або імпорту зерна за міжнародними договорами і, відповідно, – в послугах комерційного агента.

Законом про зерно встановлюються вимоги до такої особи:

- її найменування – державний агент із забезпечення експорту та імпорту зерна;

- підконтрольність такого агента державі (ним має бути державне підприємство або господарське товариство, частка держави в статутному фонді якої становить не менше 75 % (п. 5 ст. 1);

визначення такого агента Урядом на конкурсних засадах;

здійснення ним діяльності, пов'язаної з експортом та імпортом зерна за міжнародними договорами, що фінансується за рахунок коштів державного бюджету (ст. 80).

Проведення конкурсу з визначення державного агента має відповідати Порядку про-

ведення конкурсу з визначення державного агента із забезпеченням експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки за міжнародними договорами, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 27.01.2010 р. № 99 (далі – Порядок № 99), згідно з яким:

- підставою проведення конкурсу є рішення Мінагрополітики, відповідно до якого визначається дата проведення конкурсу, утворення конкурсної комісії (далі – Комісія), затверджується її склад і положення про неї;

- до складу Комісії включаються представники Мінагрополітики, Мінфіну, Мін економіки, Мінюсту, Головкин, Держмитслужби, Української аграрної конфедерації та Аграрного союзу (за згодою);

- претенденти на участь у конкурсі мають відповідати встановленим вимогам: ними можуть бути лише державні підприємства або господарські товариства, частка держави у статутному фонді яких становить не менше 75 %, проте за винятком деяких категорій осіб, фактично або потенційно неспроможних належним чином виконувати обов'язки державного агента (визнаних банкрутом або стосовно яких порушено провадження у справі про банкрутство; перебувають у стадії ліквідації; мають прострочену заборгованість із заробітної плати, сплати податків і зборів/обов'язкових платежів) чи таких, які ігнорують положення чинного законодавства (подали конкурсну документацію, що не відповідає встановленим вимогам).

Етапи проведення конкурсу:

I – розміщення Комісією в засобах масової інформації та на офіційному веб-сайті Мінагрополітики відповідного оголошення, в якому зазначаються дати (а) проведення конкурсу та (б) закінчення приймання документів від претендентів;

II – подання претендентами до Комісії конкурсної документації, а саме: 1) заявки за затвердженою Мінагрополітики формою; 2) завірених в установленому порядку копій установчих документів; 3) балансу підприємства, звіту про фінансові результати за останній звітний рік; 4) довідки про наявність: простроченої заборгованості із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів); власних виробничих потужностей для приймання та зберігання зерна або копії договорів їх оренди чи договорів про надання послуг з приймання та зберігання зерна зерновими складами; 5) конкурсної пропозиції з описом операцій з експорту зерна;

III – реєстрація секретарем Комісії конкурсної документації в журналі обліку та надання претендентові довідки про дату реєстрації та реєстраційний номер зазначеної документації;

IV – перевірка Комісією поданої претендентами документації, її розгляд, обговорення в присутності претендентів та прийняття рішення з дотриманням встановлених критеріїв визначення переможця, а також оголошення рішення про визначення переможця;

V – підготовка Комісією (на підставі прийнятого рішення) та подання Уряду проекту акта про визначення державного агента із забезпечення експорту та імпорту зерна і продуктів його переробки за міжнародними договорами.

Прийняття Комісією рішення є підставою для укладення з переможцем конкурсу агентського договору, про який, однак, ні в Законі про зерно, ні в Порядку № 99 не згадується.

Вищезазначені акти законодавства свідчать про такі особливості агентування на ринку зерна:

- на внутрішньому ринку використання послуг агента не є обов'язковим, а при здійсненні торгів на Аграрній біржі можуть використовуватися послуги брокера, який за своїм правовим становищем відрізняється від комерційного агента;

- суто агентські відносини, що спеціально регулюються актами законодавства (Закон про зерно, Порядок № 99), мають місце у разі використання міжнародних ринків зерна для здійснення державою (в особі уповноважених органів і на підставі відповідного рішення Уряду) операцій щодо імпорту (у разі закупівлі зерна за рахунок коштів державного бюджету для потреб ДІФ) чи експорту зерна з ДІФ на виконання завдання АФ щодо здійснення товарних та фінансових інтервенцій на організованому аграрному ринку;

- учасниками таких агентських відносин є:

1 – держава в особі Кабінету Міністрів України та АФ (саме вони виконують функції принципала – особи, від імені, під контролем, за рахунок і в інтересах якого діє агент, не будучи суб'єктами господарювання, як того вимагає ГК України (ст. 296));

2 – державний агент, визначений на конкурсних засадах;

3 – покупці та продавці зерна як треті особи, з якими державний агент укладає відповідні угоди (ними можуть бути вітчизняні та зарубіжні суб'єкти, які мають потребу в зерні або його збуті);

- специфіка договірних відносин: закріплення на рівні вітчизняних актів законодавства вимог до договору між державним агентом та державою в особі уповноваженого органу відсутні; відносини державного агента з третіми особами – резидентами щодо закупівлі зерна за державні кошти мають опосередковуватися за допомогою договорів, які повинні відповідати Типовій формі договору про закупівлю зерна за бюджетні кошти, за-

твердженій наказом Міністерства аграрної політики України від 09.01.2004 р. № 3; основні аспекти відносин державного агента на міжнародних (транснаціональних) ринках зерна регулюються відповідними міжнародними договорами, що передбачають експорт/імпорт зерна, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ст. 78 Закону про зерно);

- обов'язки державного агента на транснаціональних ринках мають відповідати інтересам держави та положенням згаданих міжнародних договорів, а їх виконання – контролюватись уповноваженими органами, що опікуються питаннями таких договорів; зазначені органи та державні агенти повинні надавати Міністерству закордонних справ України інформацію, що стосується виконання міжнародних договорів України (ст. 16 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р.);

- наявність у відносинах за участю державного агента при експорті/імпорті зерна міжнародного елемента (тих осіб, з якими укладаються договори купівлі-продажу зерна на міжнародних/транснаціональних ринках на виконання міжнародних договорів) зумовлює необхідність застосування відповідних положень Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.

Висновки

Отже, агентуванню на ринку зерна притаманні особливості, деякі з яких не відображені в ГК та в Законі про зерно, у зв'язку з чим пропонується внести зміни:

до ч. 1 ст. 295, ст. 297 та інших статей гл. 31 ГК, змінивши найменування сторони в агентських відносинах, від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок якого діє агент, із *суб'єкта господарювання, якого представляє агент*, на традиційне, що використовується в міжнародній та зарубіжній практиці, – *принципал*, оскільки такою особою може бути будь-який власник майна у сфері господарювання, в т. ч. держава, територіальна громада, або уповноважена власником особа (уповноважений орган);

до ст. 296 ГК, доповнивши її додатковими положеннями про такі підстави виникнення агентських відносин, як міжнародні договори, результати конкурсу з визначення агента, рішення власника про встановлення агентських відносин;

до ст. 79 Закону про зерно, доповнивши її положенням про обов'язковість укладення з

державним агентом агентського договору, вимоги до якого встановлюються Кабінетом Міністрів України з урахуванням міжнародних договорів про експорт/імпорт зерна та продуктів його переробки.

Література

1. *Сергєєва Н. М.* Організаційно-правові основи морського агентування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2000. – 21 с.
2. *Дрішлюк А. І.* Агентський договір: цивільно-правовий аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2003. – 20 с.
3. *Полтавський О. В.* Договір морського агентування: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 20 с.
4. *Васильєва В. А.* Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг. – Івано-Франківськ, 2006. – 346 с.
5. *Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / За ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини.* – К., 2008. – 720 с.
6. *Хозяйственный кодекс Украины: Науч.-практ. комментарий / Под ред. А. Г. Бобковой.* – Х., 2008. – 1296 с.
7. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. М. Кузнецової, В. В. Луця.* – К., 2008. – Т. 2. – 1088 с.
8. *Щербина В. С.* Господарське право. – К., 2009. – 640 с.
9. *Вінник О. М.* Господарське право. – К., 2008. – 766 с.
10. *Господарське право / О. П. Подцерковний, О. О. Квасницька, А. В. Смітюх та ін.* За ред. О. П. Подцерковного. – Х., 2010. – 640 с.
11. *Договірне право України: Особлива частина / За ред. О. В. Дзери.* – К., 2009. – 1200 с.
12. *Коротка Р. О.* Агентські відносини у сфері інноваційного інвестування // Проблеми правового забезпечення економічної політики держави на сучасному етапі: Матеріали наук.-практ. конф. (м. Харків, 11 грудня 2009 р.). – Х., 2009. – С. 65–66.
13. *Коротка Р. О.* Особливості агентування у сфері трансферу технологій // 36. наук. праць: Актуальні питання державотворення в Україні: Матеріали міжнародної наук.-практ. конф. (м. Київ, 24–25 квітня 2008 р.). Ч. 3. – С. 53–54.
14. *Коротка Р.* Особливості агентських відносин в окремих сферах господарювання: агентування у сфері приватизації державного майна з використанням міжнародних фондів ринків // Юридична Україна. – 2007. – № 11. – С. 62–69.
15. *Коротка Р. О.* Правове становище комерційних агентів у сфері інвестиційних послуг (досвід ЄС) // Права і свободи людини і громадянина: 36. наук. праць міжнародної наук.-практ. конф. (23–24 листопада 2007 р.). – К., 2008. – С. 54–58.

Article is devoted legal regulation of agency relations in the market of grain in which a number of specific signs is inherent.

Стаття посвячена правовому регулюванню агентських отношений на рынке зерна, которым присущ ряд специфических признаков.



ДО ПИТАННЯ ПРО ПРИНЦИПИ ГОСПОДАРСЬКОГО ПРАВА

Микита Козачук,

*здобувач кафедри господарського права
Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка*

У статті розглядаються теоретичні питання співвідношення категорій «принципи господарського права» та «принципи господарювання», визначаються принципи господарського права.

Ключові слова: принципи господарського права, принципи господарювання, господарський правопорядок, публічні та приватні інтереси.

Принципи права мають велике значення для юридичної науки, адже без їх пізнання не можна пізнати саме право. Значення принципів полягає ще й у тому, що вони як вихідні ідеї формування та функціонування певних галузей права, що характеризують їх зміст, відіграють важливу роль у класифікації галузей права. Відповідно кожна галузь права має свої принципи, які відображають рівень розвитку суспільних відносин конкретної сфери життєдіяльності [1]. Проте у юридичній літературі не приділяється достатньої уваги принципам господарського права, розмежуванню понять «принципи господарського права» та «принципи господарювання».

Свого часу принципи господарського права досліджував В. Лаптев, який зазначав, що вони є правовими в силу юридичного закріплення відповідних керівних засад. Однак самі собою ці керівні засади мають економічний зміст і є принципами соціалістичного господарювання [2, с. 72]. Таке розуміння співвідношення принципів господарювання та принципів господарського права характерне для правників радянської доби. Воно базується на нормативістському праворозумінні, а також ставленні до права як до надбудови реальних економічних відносин. Засади керівні, адже вони визначаються державою (централізована планова економіка). Функція ж права вичерпується лише юридичним закріпленням вже існуючих керівних засад господарювання. Тому принципи господарського права є такими ж, як і керівні засади господарювання.

З того часу змінився характер економічних відносин і також праворозуміння юридичної спільноти. Однак відповідної зміни підходу до співвідношення принципів господарського права та господарювання не відбулось, оскільки і сьогодні більшість учених (наприклад, Г. Знаменський [3, с. 27], О. Подцерковний [4, с. 25]) фактично отожднюють принципи господарювання та принципи господарського права.

Метою цієї статті є з'ясування співвідношення понять «принципи господарського права» та «принципи господарювання», а також визначення основних принципів господарського права за сучасних умов.

Погоджуючись з думкою В. Щербини, який вважає, що поняття «господарювання» можна вважати тотожним поняттю «господарська діяльність» [5, с. 8], спробуємо розмежувати поняття «принципи господарського права» та «принципи господарювання», визначити основні принципи господарського права.

Оскільки господарська діяльність – це діяльність суб'єктів господарювання (ч. 1 ст. 3 Господарського кодексу (далі – ГК) України від 16.01.2003 р.), то саме вони самостійно і визначають на яких принципах здійснювати таку діяльність, з урахуванням об'єктивних обставин: життєвих реалій, законів ринку, законодавства. Таким чином, за умов ринкової економіки принципи господарювання формуються стихійно у свідомості відповідних суб'єктів господарської діяльності. До них, зокрема, належать: отримання прибутку, суспільна необхідність, економічна відповідальність, матеріальна заінтересованість, системність, планування, дотримання дисципліни та порядку, свобода підприємницької діяльності. Ці принципи вже не є керівними засадами, як це було за радянських часів. Принципи господарювання виникають об'єктивно на підставі економічних інтересів відповідних суб'єктів. Правове регулювання й юридична практика також справляють доволі важливий вплив на основні закономірності здійснення господарської діяльності. Але закон, у тому числі ГК, не може визначати ці принципи (як це зроблено у ст. 6 ГК України), адже вони виникають із самого життя. Принципи господарювання, як і саме господарювання, є економічною категорією [6, с. 33] і їх визначення та формулювання є завданням економічної, а не юридичної науки. Отже, не слід отожднювати поняття «прин-

цип господарського права» та «принцип господарювання».

Господарське право, як і кожна інша галузь права, має у своїй основі певні керівні засади (ідеї) – **принципи права**. До основоположних принципів належать *справедливість, рівність, свобода, гуманізм* та похідний від них принцип – *верховенство права*, принципи, що його забезпечують: *правова визначеність, пропорційність і добросовісність* [7, с. 38]. Наведені принципи права є загальноправовими і характерні для всіх галузей права. Вони визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин, у тому числі у сфері господарювання. У той самий час господарському праву притаманні і власні галузеві принципи, характерні лише для цієї галузі права, та міжгалузеві (якщо такі принципи скеровують розвиток кількох галузей права).

До *галузевих принципів господарського права* належать: рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання, забезпечення господарського правопорядку та законності у сфері господарювання, захист економічної конкуренції та поєднання публічних і приватних інтересів у сфері господарювання. Крім того, такі принципи як рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання, захист прав споживачів і захист економічної конкуренції є конституційними принципами, що дозволяє їм впливати на розвиток усіх галузей права. Конституційність зазначених принципів не означає, що ці принципи є загальними, характерними для будь-якої галузі права. Але закріплення принципів у Основному Законі підкреслює їх значення, дозволяє впливати на законотворчість правового регулювання всіх галузей права. Так, принцип захисту прав споживачів не належить до принципів кримінального права, але ст. 227 Кримінального кодексу (далі – КК) України від 05.04.2001 р. передбачає відповідальність за випуск і реалізацію недоброякісної продукції. Як бачимо, віднесення принципу до конституційного здійснюється в межах класифікації за іншим критерієм ніж його віднесення до загального, міжгалузевого або галузевого.

Принцип рівного захисту державою всіх суб'єктів господарювання знайшов своє закріплення у Конституції України від 28.06.1996 р., ч. 2 ст. 5, ст. 6 ГК України та є виявом загальноправового принципу рівності. Юридична (формальна) рівність, що є засадою, на якій базуються цивільні відносини, у сфері господарювання стикається з економічною нерівністю у горизонтальних відносинах та з фактичною нерівністю у вертикальних відносинах за участю владного органу. Господарське право покликане враховувати вказану економічну (фактичну) нерівність. Це не дозволяє повною мірою вести мову про принцип рівності як такий, тому сутність принципу, що розглядається, в основному, виявляється

в тому, що держава не повинна надавати жодних переваг у захисті прав одному суб'єкту господарювання перед іншим. Інші принципи господарського права не знайшли свого закріплення у ст. 6 ГК України.

Принцип захисту прав споживачів, який хоч і не виражений у ст. 6 ГК України, але виявляється в інших нормах господарського права. Частина 3 ст. 42 Конституції України проголошує, що держава захищає права споживачів, здійснює контроль за якістю та безпечністю продукції, усіх видів послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів. Крім того, згідно з ч. 2 ст. 5 ГК захист прав споживачів є однією з конституційних засад правового господарського порядку. Здійснення державою соціальної політики захисту прав споживачів передбачено ч. 3 ст. 10 ГК України. Зазначений принцип притаманний також цивільному праву, однак слід враховувати, що в цивільному праві під споживачем розуміють фізичну особу, а в господарському праві це питання є спірним. Слід погодитися з В. Щербиниою, який вважає, що у контексті статей 44, 76, 267, 269, 275 ГК під споживачем слід розуміти суб'єкта господарювання або іншого учасника відносин у сфері господарювання. Виходячи із змісту статей 128, 178, 180, 277, 407 ГК України, очевидно, можна вести мову про споживача в широкому розумінні – як про учасника господарських відносин, так і про фізичну особу – споживача [8, с. 21–22]. Тому принцип захисту прав споживачів слід визнати міжгалузевим принципом господарського та цивільного права.

Принцип забезпечення господарського правопорядку та законності є одним з виявів принципу верховенства права у сфері господарювання. Конституційні засади правового господарського порядку у сфері господарювання визначені ст. 5 ГК. Реалізація цього принципу в положеннях господарського законодавства зумовлює в ряді випадків їх імперативний характер (зокрема, у вигляді обмежень свободи підприємницької діяльності) і вносить елемент публічності у правове регулювання господарських відносин. З іншого боку, забезпечення правопорядку у сфері господарювання є гарантією свободи підприємницької діяльності. Принцип законності є загальноправовим принципом, у тому числі господарсько-правовим. Важливість дотримання законності при здійсненні господарювання дозволяє багатьом ученим виділяти законність серед принципів господарського права [9, с. 15; 10, с. 15; 11, с. 14]. Правопорядок – це практична реалізація вимог законності у реальному житті. Відповідно законність – необхідна юридична передумова правопорядку, а правопорядок – наслідок здійснення законності [12, с. 428].

Принцип захисту економічної конкуренції закріплений у ч. 2 ст. 42 Конституції Ук-

раїни, яка передбачає, що держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Види та межі монополії визначаються законом. Для позначення цього принципу у літературі використовують різні терміни, наприклад, «демонополізація економіки та розвиток добросовісної конкуренції» [3, с. 27; 13, с. 16], «конкуренція та захист від монополізму» [11, с. 14], «підтримка конкуренції і недопущення діяльності, спрямованої на монополізацію і недобросовісну конкуренцію» [14, с. 46; 15, с. 11; 10, с. 14–15], «свобода конкуренції і обмеження монополістичної діяльності» [9, с. 16], «заохочення добросовісної конкуренції та захист від монополізму і недобросовісної конкуренції» [16, с. 24], «забезпечення конкурентного середовища і захист від монополізму» [17, с. 12], але, по суті, всі вони означають те саме.

Принцип захисту економічної конкуренції є одним із проявів принципу рівного захисту державою всіх суб'єктів господарювання. Разом із тим конституційне закріплення цього принципу, значний масив правових норм, що безпосередньо регулюють конкурентні відносини, та велике значення цього принципу дозволяють визнати його окремим принципом господарського права.

Деякі вчені серед принципів господарського права виділяють «державне регулювання підприємницької діяльності» [9, с. 18; 10, с. 15; 15, с. 12] або «державний вплив на здійснення підприємницької діяльності» [14, с. 47]. Але державне регулювання господарської діяльності, різновидом якого є нормативно-правове регулювання, є функцією держави, а не правовим принципом. У законодавстві ж визначені межі такого регулювання, насамперед, у нормах, якими встановлено компетенцію державних органів.

Принцип поєднання публічних і приватних інтересів у сфері господарювання відображає зв'язок між свободою підприємницької діяльності й її обмеженнями. У регулюванні будь-якої сфери суспільного життя використовуються комплексно і приватноправові, і публічно-правові методи. Це, насамперед, стосується законодавства, що регулює господарську (у тому числі підприємницьку) діяльність. У ньому віддзеркалюються як приватні, так і публічні інтереси [18, с. 26]. Тому саме поєднання публічних і приватних інтересів слід вважати принципом державного регулювання та принципом правового регулювання суспільних відносин у сфері господарювання [9, с. 15].

Аналіз ст. 6 ГК України дає підстави стверджувати, що решта закріплених у ній принципів (крім принципу рівного захисту державою всіх суб'єктів господарювання) не є самостійними принципами господарського права.

Забезпечення економічної багатоманітності закріплене у ч. 1 ст. 15 Конституції України, ч. 2 ст. 5 та ст. 6 ГК України. Економічна багатоманітність є категорією економіки, але її забезпечення є одним із завдань правового регулювання на сучасному етапі розвитку. Тому забезпечення економічної багатоманітності є не принципом права, а завданням правового регулювання, досягнення якого здійснюється, у тому числі, за допомогою реалізації принципів господарського права.

Свобода підприємницької діяльності у межах, визначених законом, у такому вигляді, як вона закріплена у ст. 6 ГК України, теж не може бути визнана принципом господарського права, оскільки вимогою до обмеження свободи підприємницької діяльності стає не змістовна вимога, а вимога формальна (закріплення у законі), що не можна визнати обґрунтованим. Принципи права мають враховуватися при прийнятті законів, а тому принцип не може ставити в залежність обґрунтованість обмежень тільки від визначення або не визначення їх у законі. Свобода є необхідною ознакою саме підприємницької діяльності, а для правового регулювання підприємницької діяльності характерний пошук балансу між свободою й обмеженнями у цій сфері. Тому цей принцип є скоріше принципом господарювання, ніж принципом господарського права.

Вільний рух капіталів, товарів та послуг є необхідною умовою свободи підприємницької діяльності, одним із проявів принципу свободи договору. Підприємницька діяльність може здійснюватися у різноманітних організаційно-правових формах, але вона обов'язково передбачає необхідність руху капіталів, товарів і послуг. Рух капіталів, товарів і послуг здійснюється на підставі договорів, які є його правовим оформленням. Тому, на нашу думку, вільний рух капіталів, товарів і послуг є результатом реалізації договірної свободи. Товари, послуги, роботи, грошові кошти й інше майно з точки зору права можуть виступати предметом договору, а також засобом розрахунку.

Не є самостійним також *принцип заборони незаконного втручання органів державної влади й органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб у господарські відносини*. Зазначений принцип є виявом принципу забезпечення господарського правопорядку та законності у сфері господарювання. Він випливає із змісту ст. 19 Конституції України, згідно з якою правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Захист національного товаровиробника є принципом такого інституту господарського права, як право зовнішньоекономічної діяльності в силу того, що характерний, перш за все, для експортно-імпортних відносин у сфері зовнішньоекономічної діяльності.

Що стосується закріпленого у ст. 6 ГК України *принципу обмеження державного регулювання економічних процесів у зв'язку з необхідністю забезпечення соціальної спрямованості економіки, добросовісної конкуренції у підприємстві, екологічного захисту населення, захисту прав споживачів та безпеки суспільства і держави*, то, на нашу думку, таке встановлення обмежень державного регулювання не може бути принципом господарського права. Тут ідеться про особливості поєднання ринкового саморегулювання та державного регулювання в економічній системі. Вирішення цього питання є завданням економічної науки й у кожний конкретний період може бути різним, тому не доцільно запроваджувати його як певну універсальну формулу у правовій нормі. Загалом це формулювання не є вдалим. По суті, мова має йти про державне регулювання економікою (або про поєднання ринкового саморегулювання та державного регулювання), виходячи із функцій держави у сфері економіки.

Висновки

Розглянуті нами принципи скеровують розвиток господарського права, втілюються у його нормах, зумовлюють вплив на процеси правотворчості та водночас є узагальненням норм вже існуючих. Принципи господарського права – це керівні засади (ідеї), які визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин у сфері господарювання. Принципи господарського права слід відрізнити від принципів господарювання, адже останні є основними засадами здійснення *господарської діяльності*, а не її правового регулювання.

Розглянуті принципи господарського права утворюють систему, основою якої є загальноправові принципи: справедливість, рівність, свобода, гуманізм, верховенство права, правова визначеність, пропорційність і добросовісність. До галузевих принципів господарського права належать рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання, забезпечення господарського правопорядку та законності у сфері господарювання,

захист економічної конкуренції, поєднання публічних і приватних інтересів у сфері господарювання. Принцип захисту прав споживачів характерний для господарського права й є міжгалузевим принципом. Крім того, такі принципи, як рівний захист державою всіх суб'єктів господарювання, захист прав споживачів і захист економічної конкуренції є конституційними принципами.

Подальші наукові дослідження принципів господарського права слід спрямувати на детальну характеристику кожного з визначених принципів.

Література

1. *Теорія держави і права* / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – 688 с.
2. *Липтев В. В.* Предмет и система хозяйственного права. – М., 1969. – 175 с.
3. *Хозяйственное право* / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; Под ред. В. К. Мамутова. – К., 2002. – 912 с.
4. *Хозяйственное право Украины* / Под ред. А. С. Васильева, О. П. Подцерковного. – Х., 2005. – 464 с.
5. *Щербина В. С.* Господарське право. – К., 2006. – 656 с.
6. *Підприємницьке право* / За ред. О. В. Старцева. – К., 2005. – 600 с.
7. *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика). – Х. – 240 с.
8. *Щербина В. С.* Суб'єкти господарського права. – К., 2008. – 264 с.
9. *Предпринимательское (хозяйственное) право* / Под ред. В. В. Лаптева, С. С. Занковского. – М., 2006. – 560 с.
10. *Ершова И. В.* Предпринимательское право. – М., 2006. – 560 с.
11. *Анохин В. С.* Предпринимательское право. – М., 2003. – 392 с.
12. *Байтин М. И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). – М., 2005. – 544 с.
13. *Господарське право* / За ред. М. Л. Шелухіна. – К., 2006. – 616 с.
14. *Гущин В. В. Дмитриев Ю. А.* Российское предпринимательское право. – М., 2005. – 736 с.
15. *Савелов В. П.* Российское предпринимательское право. – М., 2004. – 216 с.
16. *Круглова Н. Ю.* Хозяйственное право. – М., 2001. – 912 с.
17. *Коммерческое право* / Под ред. Н. В. Постового. – М., 2006. – 188 с.
18. *Вінник О. М.* Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. – К., 2003. – 352 с.

This article deals with the topical theoretical issues of the correlation of the categories «the principles of the Economic Law» and «the principles of the economic activity», detection of the list of the principles of the Economic Law.

В статті розглядаються теоретичні питання співвідношення категорій «принципи хозяйственного права» і «принципи хозяйствования», определяются принципы хозяйственного права.



СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ЯКІСТЬ БУДІВЕЛЬНИХ РОБІТ» І «БЕЗПЕЧНІСТЬ БУДІВЕЛЬНИХ РОБІТ»

Наталія Трофуненко,

аспірантка Донецького національного університету

У статті розглядається питання співвідношення понять «якість будівельних робіт» і «безпечність будівельних робіт»; на підставі норм чинного законодавства України та наукової літератури робиться висновок, що якість будівельних робіт – це сукупність певних властивостей, безпечність – одна з таких властивостей.

Ключові слова: якість будівельних робіт, безпечність будівельних робіт, властивості якісних будівельних робіт.

Підвищення якості будівельних робіт є пріоритетним напрямом діяльності держави. В умовах планової економіки ця проблема вирішувалася шляхом прийняття обов'язкових для суб'єктів господарювання нормативних документів – ДОСТ, БНіП, НіП, СанНіП. Ці документи закріплювали характеристики, дотримання яких забезпечувало якість будівельних робіт, їх безпечність. З переходом до ринкових відносин у законодавстві та науковій літературі нарівні з поняттям «якість» з'являється окреме поняття «безпечність». Закон України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» від 01.12.2005 р. № 3164-IV встановив різну правову регламентацію якості та безпечності: вимоги безпечності об'єктів і процесів закріплюються технічними регламентами (ці акти є обов'язковими), а властивості, що характеризують якість товарів, – у положеннях стандартів (ці акти виконуються суб'єктами господарювання добровільно, обов'язкового значення набувають у силу договору). Деякі юристи наголошують, що держава повинна більше уваги приділяти безпечності будівельних робіт, оскільки недбале їх виконання часто призводить до загибелі людей і майнових втрат [1, с. 18]. Тому виникає нагальна потреба у визначенні співвідношення згаданих понять.

Правові проблеми якості та безпечності висвітлювались у наукових працях О. Зверєвої, М. Кузьміної, Л. Левчук, О. Пунди, А. Рабинович, в яких розглядались окремі аспекти забезпечення прав споживачів на якісні та безпечні товари і послуги. Ці питання активно обговорювались російськими правниками Г. Масловою, А. Чапкевич, Е. Харченко, але наразі залишаються дискусійними і потребують подальшого теоретичного осмислення. Співвідношення понять «якість будівельних робіт» і «безпечність будівельних робіт» не було предметом досліджень учених-юристів. Для підвищення ефективності правового за-

безпечення якості будівництва необхідним є встановлення взаємозв'язку понять «якість будівельних робіт» і «безпечність будівельних робіт».

Метою цієї статті є визначення співвідношення понять «якість будівельних робіт» і «безпечність будівельних робіт».

Аналіз наукової літератури свідчить про існування різних підходів до співвідношення понять «якість» і «безпечність». О. Пунда називає якість та безпечність різними властивостями продукції [2, с. 46]. А. Рабинович вважає, що безпечність є передумовою якості, бо якщо продукція небезпечна, то вона автоматично вважається неякісною [3, с. 106]. М. Кузьміна відносить безпечність до загальних критеріїв якості продукції [4, с. 140]. А. Чапкевич вважає, що поняття «якість» і «безпечність» співвідносяться як частина та ціле, а тому безпечність є однією із важливих якісних характеристик продукції [5, с. 89]. О. Зверєва підтримує цю точку зору та зазначає, що «безпечність і якість є практично одним цілим і не можуть розглядатися одна без одної, проте поняття якості є ширшим і включає поняття безпечності» [6, с. 97–98]. Для вирішення питання щодо співвідношення цих понять необхідно визначити значення кожного з них.

Поняття «якість будівельних робіт» не було розкрито у юридичній літературі, однак автори досліджували близькі за змістом поняття «якість будівництва», «якість будівельної продукції», «якість результату роботи підрядника». Так, К. Мауленов розкриває поняття «якість будівництва» як здатність задовольняти суспільні потреби [7, с. 5]. На нашу думку, поняття «якість» не може розкриватися через термін «здатність задовольняти потреби», оскільки якість – це сукупність певних властивостей. Правове поняття якості визначається через сукупність власти-

востей у роботах багатьох авторів, наприклад В. Белих, А. Запорожця, В. Огризкова, В. Опришко [8–11].

Н. Кузнецова розглядає якість будівництва як відповідність технічного рівня об'єктів нормативним документам [12, с. 10–11]. Таке визначення ми вважаємо занадто вузьким, оскільки характеристики, яким мають відповідати якісні будівельні роботи, закріплюються не лише у нормативних документах, а й у проектах і договорах. А. Євдокименко вводить поняття «якість будівельної продукції», під яким розуміє сукупність корисних властивостей готового об'єкта, які забезпечують задоволення конкретних та індивідуальних потреб. Потреби кожної людини є різними, а тому таке визначення не дозволяє зробити висновок щодо якості конкретного об'єкта [13, с. 9].

На нашу думку, для визначення поняття «якість будівельних робіт» необхідно виділити властивості, характерні для якісних будівельних робіт. ДОСТ 22851-77 називає саме такі властивості щодо продукції виробничого призначення (товару). Спираючись на положення цього нормативного документа та наукові дослідження (економічні та технічні), можна виокремити такі властивості якісних будівельних робіт:

- функціональні (характеризують рівень відповідності об'єкта будівництва основному призначенню);
- конструктивні (охоплюють такі властивості, як міцність, довговічність, надійність, безвідмовність, ремонтпридатність);
- екологічні (характеризують рівень шкідливого впливу на природу при експлуатації результатів будівельних робіт);
- естетичні (відображають архітектурну виразність зовнішнього вигляду об'єкта будівництва, ретельність і акуратність виконання будівельних робіт);
- ергономічні (характеризують ступінь придатності об'єкта будівництва до потреб людини);
- властивості щодо безпечності (забезпечують відсутність ризику, пов'язаного з нанесенням шкоди життю та здоров'ю людей, майну фізичних і юридичних осіб, навколишньому середовищу).

Спробуймо пояснити ці властивості на прикладі покрівельних робіт. Якісне влаштування та монтаж покрівлі істотно впливає на експлуатацію всієї будівлі – покрівля захищає від непогоди та будь-якого несприятливого зовнішнього впливу (у цьому виявляються функціональні властивості). Міцність покрівельного покриття, його правильне влаштування допомагають зберегти первісний стан покрівлі, відкладаючи час її ремонту (у цьому виявляються конструктивні властивості). Будівельними організаціями пропонуються різні види покрівель (черепична, алюмінієва, стальна, сланцева), які є еколо-

гічно нешкідливими та здатні задовольнити потреби замовників (у цьому проявляються екологічні й естетичні властивості). Для створення тепла та затишку в будівлі у комплексі покрівельних робіт проводять також теплоізоляційні роботи, обирають утеплювач, який має найбільший коефіцієнт теплопровідності (у цьому проявляються ергономічні властивості). Нарешті, безпечність покрівельних робіт полягає у відсутності ризику зсуву й обвалу окремих елементів покрівлі, чим може завдаватися шкода для фізичних та юридичних осіб, їх майна.

Отже, *якість будівельних робіт* – це сукупність властивостей (функціональних, конструктивних, екологічних, естетичних, ергономічних, а також властивостей щодо безпечності), які закріплені договором, проектом будівництва, нормативними документами.

Поняття «безпечність будівельних робіт» слід визначати, виходячи із розуміння поняття «безпечність». У словниках «безпечність» тлумачиться або як стан, за якого відсутній недопустимий ризик, або як властивість об'єкта, що забезпечує захист від небезпеки. У першому значенні поняття вживається у законах України «Про безпечність та якість харчових продуктів» від 23.12.1997 р. № 771/97-ВР, «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р., у наказі Державного Комітету будівництва, архітектури та житлової політики «Про заходи щодо виконання постанови Кабінету Міністрів України «Про забезпечення надійності й безпечної експлуатації будівель, споруд та інженерних мереж» від 27.11.1997 р. № 32/288 та в інших нормативно-правових актах. Так, у Законі України «Про безпечність та якість харчових продуктів» закріплюється поняття «безпечність» – це стан харчового продукту, що є результатом діяльності з виробництва та обігу, яка здійснюється з дотриманням вимог, встановлених санітарними заходами та/або технічними регламентами, та забезпечує впевненість у тому, що харчовий продукт не завдає шкоди здоров'ю людини (споживача), якщо він спожитий за призначенням.

У другому значенні поняття «безпечність» вживається, наприклад, у наказі Мініпримполітики «Про затвердження Положення про технічне обслуговування устаткування підприємств гірничо-металургійного комплексу» від 15.06.2004 р. № 285, де воно трактується як властивість об'єкта забезпечувати відсутність ризику завдання шкоди здоров'ю людей, майну та навколишньому середовищу. У наказі Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Порядку проведення експертизи реєстраційних матеріалів на лікарські засоби, що подаються на державну реєстрацію (перереєстрацію)» від 26.08.2005 р. № 426 безпечність (безпека) лікарського засобу визначається як характеристика лікарського

засобу, що базується на порівняльній оцінці користі від його застосування та потенційної шкоди, яка може бути завдана пацієнту при застосуванні цього лікарського засобу.

Таким чином, *безпечність будівельних робіт* – це їх властивість забезпечувати відсутність ризику завдання шкоди здоров'ю людей, майну та навколишньому середовищу.

Основні властивості безпечних об'єктів будівництва закріплені у Технічному регламенті будівельних виробів, будівель і споруд, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 20.12.2006 р. № 1764. Об'єкти будівництва вважаються безпечними, якщо вони забезпечують механічну опору та стійкість (навантаження на споруду під час зведення та експлуатації не повинно призводити до її руйнування), пожежну безпеку (збереження несучої здатності конструкції протягом визначеного часу, обмеження поширення вогню та диму в споруді, забезпечення евакуації людей із споруди, забезпечення безпеки рятувальних команд), безпеку життя та здоров'я людини, захисту природного середовища, безпеку експлуатації, захист від шуму, економію енергії. У цьому Технічному регламенті поняття «безпечність» тлумачиться досить широко, поєднуючи у собі як функціональні, так і конструктивні властивості.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що властивості безпечності слід розглядати як одну із складових поняття «якість будівельних робіт». **Якість будівельних робіт** – це сукупність певних властивостей, **безпечність** – одна з таких властивостей. Окрема споруда може відповідати властивостям безпечності, однак при цьому не забезпечувати конструктивні, естетичні, ергономічні властивості, а тому визнаватиметься неякісною. Однак при цьому будівельні роботи не можуть вважатись якісними, якщо вони створюють небезпеку для життя, здоров'я, майна фізичних та юридичних осіб, навколишнього середовища. Зазначене положення має братися до уваги при прийнятті нових за-

конодавчих актів і вирішенні судових спорів між суб'єктами господарювання.

Література

1. Беляков А. А. Безопасность выполнения строительных работ по договору участия в долевом строительстве жилых помещений // Российская юстиция. – 2008. – № 3. – С. 15–18.
2. Пунда О. О. Право на безпеку харчових продуктів та предметів побуту у правовій системі України: цивільно-правовий аспект // Життя і право. – 2004. – № 3. – С. 45–50.
3. Рабинович А. Право людини на якісні продукти харчування: нормативно-юридичний механізм його забезпечення в Україні (загальна характеристика) // Підприємництво, господарство і право. – 2006. – № 8. – С. 105–109.
4. Кузьміна М. Визначення поняття «якість продукції» та критерії її оцінки // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 12. – С. 138–141.
5. Чапкевич Л. Е. Качество и безопасность потребительских товаров: эволюция правового регулирования // Адвокат. – 2005. – № 7. – С. 88–97.
6. Зверева О. В. Господарсько-правове забезпечення права споживача на безпечність товарів, робіт, послуг // Вісник господарського судочинства. – 2008. – № 2. – С. 93–100.
7. Мауленов К. С. Правовое обеспечение качества строительства: Гражданско-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1983. – 16 с.
8. Бельх В. С. Гражданско-правовые средства обеспечения качества продукции, работ, услуг: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – 1994. – 34 с.
9. Запорожец А. М. Правовые проблемы обеспечения качества продукции. – Х., 1989. – 151 с.
10. Огрызков В. М. Основы правового регулирования качества продукции. – М., 1976. – 352 с.
11. Опрышко В. Ф. Правовые основы государственного управления качеством продукции. – К., 1986. – 271 с.
12. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве. – К., 1993. – 158 с.
13. Организационно-правовые основы управления качеством в строительстве / А. С. Евдокименко, Л. В. Зарцев, Н. П. Харенко. – Новосибирск, 2000. – 72 с.

In the article examines the question of correlation quality of construction-works and unconcern of construction-works. On the basis of norms of current Ukrainian legislation and scientific literature the author come to the conclusion, that quality of construction-works is an aggregate of certain properties, unconcern is one of such properties. In this connection an author suggests to take into account the noted position at acceptance of new legislative acts and at the decision of judicial disputes.

В статтє рассматривается вопрос соотношения понятий «качество строительных работ» и «беспечность строительных работ»; на основании нормы действующего законодательства Украины и научной литературы делается вывод, что качество строительных работ – это совокупность определенных свойств, безопасность – одно из таких свойств.



ОСНОВНІ ЕТАПИ СТАНОВЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ОПТОВИЙ РИНОК СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В СУЧАСНІЙ УКРАЇНІ

Олена Батигіна,

канд. юрид. наук,
асистентка кафедри загальнотеоретичних дисциплін
Полтавського факультету
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого

Стаття присвячена визначенню та науковому аналізу трьох основних етапів становлення законодавства, спрямованого на врегулювання оптового ринку сільськогосподарської продукції України.

Ключові слова: оптовий ринок сільськогосподарської продукції, оптова торгівля сільськогосподарською продукцією, сільськогосподарський товаровиробник.

Основою ефективного функціонування будь-якої сфери економіки є належне правове регулювання. Не виняток і оптовий ринок сільськогосподарської продукції, який є невід'ємною складовою аграрного ринку та набуває нині все більшого розвитку. На слушну думку В. Семчика, в умовах розвитку міжнародної торгівлі, жорсткої конкурентної боротьби на внутрішньому і зовнішніх ринках, боротьби за вітчизняний та імпортований ринок, заходів щодо забезпечення якості товарів, продукції, продовольчої безпеки, виконання умов на входження в систему світової торгівлі зростає роль держави в регулюванні ринкових відносин. Виходячи з цього, держава на засадах поєднання вільних ринкових відносин і системи державного регулювання повинна більш активно використовувати організаційні і правові важелі регулювання суспільних відносин¹.

Оптовий ринок сільськогосподарської продукції є специфічною сферою суспільних відносин, які регулюються нормами різних галузей права: цивільного, господарського, адміністративного тощо. Водночас тут наявні й аграрні відносини, які виокремлюються у самостійну групу із своїми специфічними особливостями, а тому регулюються нормами аграрного права. Правове регулювання відносин у сфері оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією постійно змінюється, доповнюється, тобто відбувається постійний процес вдосконалення. А вдосконалення норм права є закономірним процесом, зумовленим зміною економічних, соціальних та інших обставин.

У правовій та економічній літературі окремі проблеми функціонування та правового забезпечення оптового ринку сільськогосподарської продукції досліджували І. Алопій, М. Веденін, Б. Губський, Б. Дмитрук, О. Погрібний, А. Статівка та інші вчені.

¹Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні / За ред. В. І. Семчика. – К., 2005. – С. 27–28.

За часи незалежності України прийнято цілий комплекс нормативних документів, які так чи інакше врегульовують діяльність оптового ринку сільськогосподарської продукції. Всі ці документи потребують певного аналізу та систематизації. В аграрній правовій науці подібного комплексного дослідження досі не було зроблено.

Метою цієї статті є визначення і науковий аналіз основних етапів становлення законодавства, спрямованого на врегулювання діяльності оптового ринку сільськогосподарської продукції.

Спроби побудувати правову основу для функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції розпочалися з Указу Президента України «Про заходи щодо реформування аграрних відносин» від 18.01.1995 р. № 63/95 яким встановлювалося, що «виробники сільськогосподарської продукції самостійно розпоряджаються своєю продукцією, реалізуючи за контрактами та іншими договорами через біржі, торговельні та контрактні домів, заготівельні та посередницькі організації». У даному разі мова йде саме про формування оптової ланки ринку сільськогосподарської продукції. В Указі також йдеться про формування такої організаційної форми оптового ринку сільськогосподарської продукції, як спеціалізовані аграрні біржі.

Постановою Кабінету Міністрів України «Про порядок заняття торговельною діяльністю і правила торговельного обслуговування населення» від 08.02.1995 р. № 108 був закріплений поділ всього товарообігу в країні на три частини: роздрібна торгівля, оптова торгівля і громадське харчування, що є важливим для правового опосередкування існування оптової ланки в аграрному секторі економіки. З прийняттям цих нормативно-правових документів розпочався перший етап розвитку законодав-

ства про оптовий ринок сільськогосподарської продукції в Україні, на якому основною формою вільного продажу сільськогосподарської продукції обрано аукціон як найбільш практичну і доступну організаційну форму упорядкування оптової торгівлі. На врегулювання його діяльності було прийнято Тимчасові правила проведення аукціонів з продажу сільськогосподарської продукції (лист Національного банку України від 23.01.1995 р. № 16014/46-335) та постанову Кабінету Міністрів України «Про гарантування виконання угод, укладених на аукціонах сільськогосподарської продукції» від 24.03.1995 р. № 217. У цій постанові йшлося про необхідність становлення біржового аграрного ринку, який є однією з організаційних форм оптового ринку та підвищення його ефективності, а також про необхідність розробки відповідними державними структурами концепції організації такого ринку, яка й була схвалена наказом Міністерства сільського господарства і продовольства України та Української аграрної біржі 17.11.1995 р. У Концепції організації біржового сільськогосподарського ринку надано загальне визначення біржового сільськогосподарського ринку як взаємопов'язаної системи державних, біржових та інших структур сільськогосподарського ринку і зазначено, що «з оптових ринків сировини та продовольства найістотніше впливає на формування загальнонаціонального та регіонального товарно-фінансового обігу саме біржовий сільськогосподарський ринок».

Спільним наказом Міністерства сільського господарства і продовольства України, Міністерства економіки України, Міністерства фінансів України 03.04.1996 р. № 103/44/62 затверджено Типові правила біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією, якими конкретизовано порядок здійснення біржової торгівлі сільськогосподарською продукцією, а також встановлено правила поведінки учасників торгів, посадових осіб і працівників бірж, визначено зміст біржових угод та гарантії їх виконання.

Таким чином, можна стверджувати, що в Україні саме правовими засобами було розпочато процес організації оптового ринку сільськогосподарської продукції.

Започаткування проведення аукціонних торгів, активізація роботи існуючих товарних бірж та Української аграрної біржі стали на цьому етапі важливим кроком в організації оптового ринку сільськогосподарської продукції, проте виявило низку значних нерозв'язаних проблем: відсутність єдиного правового механізму взаємодії учасників оптового ринку, недосконалість ринкової інфраструктури, відсутність аналізу та прогнозування аграрного ринку тощо.

Отже, **перший етап** (з 1991 р. по 1997 р.) – це етап формування засад правового механізму регулювання відносин у сфері оптового ринку сільськогосподарської продукції, що було вкрай необхідне, оскільки, починаючи з 90-х років відбулася значна руйнація оптового ринку та-

кої продукції, внаслідок чого аграрні товаровиробники втратили можливість належного збуту виробленої продукції.

Другий етап (з кінця 1997 р. і до 2003 р.) – характеризується розвитком та вдосконаленням законодавства щодо створення та функціонування окремих організаторів оптового ринку сільськогосподарської продукції, зокрема аграрних бірж, оптового продовольчого ринку, агро-торгових домів, виставок та ярмарок сільськогосподарської продукції тощо.

Зазначимо, що з кінця 1997 р. відчувається певне уповільнення правових процесів по формуванню біржового ринку та його інфраструктури. Більше уваги приділяється впорядкуванню діяльності інших організаційних форм оптового ринку сільськогосподарської продукції. Цей процес знаходить відображення у постанові Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо створення оптово-продовольчих ринків, організації закупівель сільськогосподарської продукції в господарствах приватного сектору, реформування системи споживчої кооперації» від 19.03.1997 р. № 246. У ній визнається необхідність існування ринково орієнтованої оптової торгівлі і пропонується розробити та затвердити Примірне положення про оптово-продовольчий ринок.

Важливим моментом у формуванні внутрішнього оптового ринку сільськогосподарської продукції є постанова Кабінету Міністрів України «Про Концепцію розвитку внутрішньої торгівлі України» від 20.12.1997 р. № 1449, в якій проаналізовано типові процеси деформації розвитку внутрішньої торгівлі України та визначено загальні шляхи подолання негативних процесів, що виникли у сфері діяльності оптової ланки внутрішнього ринку, незалежно від того, чи є предметом торговельних угод сільськогосподарська продукція чи ні.

Про загальні питання поліпшення оптової торгівлі йдеться і у розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо розвитку оптової торгівлі товарами вітчизняного виробництва» від 18.02.1998 р. № 95-р, в якому закріплено заходи щодо розвитку оптової торгівлі товарами вітчизняного виробництва та вказується на необхідність вжити заходів щодо створення регіональних постійно діючих оптово-контрактних виставок на матеріально-технічній базі підприємств оптової торгівлі.

Більш конкретні заходи щодо подолання кризи безпосередньо на аграрному оптовому ринку зазначені в постанові Кабінету Міністрів України «Про оптові продовольчі ринки» від 09.06.1999 р. № 997, яка врегульовує і конкретизує діяльність оптового продовольчого ринку як однієї з організаційних форм оптового ринку сільськогосподарської продукції. Основним завданням постанови є формування системи оптових продовольчих ринків та їх інфраструктури, активізація взаємозв'язків між виробниками і покупцями сільськогосподарської продукції. В постанові визначено мету, завдання, функції,

принципи діяльності, види, порядок, етапи та механізми створення оптових продовольчих ринків.

Постанова Кабінету Міністрів України «Про активізацію діяльності біржового ринку продукції агропромислового комплексу та необхідних для його потреб матеріально-технічних ресурсів» від 19.10.1999 р. № 1928 та Указ Президента України «Про заходи щодо забезпечення формування та функціонування аграрного ринку» від 06.06.2000 р. № 767/2000 були спрямовані на прискорення формування інфраструктури аграрного ринку. Запропоновано в Автономній Республіці Крим, областях, містах з кількістю населення понад 100 тис. чоловік створити мережу підприємств, що здійснюватимуть оптову торгівлю сільськогосподарською продукцією (оптові продовольчі ринки, постійно діючі ярмарки-виставки, аукціони живої худоби з використанням існуючої виробничої бази племінних, відгодівельних та м'ясопереробних підприємств тощо). До учасників оптового ринку сільськогосподарської продукції поступово долучаються аукціони живої худоби, ярмарки-виставки сільськогосподарської продукції.

Подальшим кроком в організації оптового ринку сільськогосподарської продукції стала Комплексна програма розвитку аграрного ринку на 2003–2004 роки, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 01.03.2003 р. № 271, в якій відображено основні причини повільного формування оптового аграрного ринку: неформованість інфраструктури ринку сільськогосподарської продукції (наприклад, на той час функціонує всього 57 кооперативних агроторгових домів); повільне формування мережі оптових продовольчих та плодово-овочевих ринків, аукціонів живої худоби та птиці; відсутність чіткої схеми реалізації сільськогосподарської продукції (виробник – оптова торгівля – роздрібна торгівля – споживач); недосконалість правового забезпечення.

Прийняття Законів України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.10.2004 р. № 1877-IV та «Про основні засади державної аграрної політики на період до 2015 року» від 18.10.2005 р. № 2982-IV, постанови Кабінету Міністрів України «Про Аграрний фонд» від 06.07.2005 р. № 543, постанови Кабінету Міністрів України «Про створення аграрної біржі» від 26.12.2005 р. № 1285 започаткувало новий етап розвитку законодавства про оптовий ринок сільськогосподарської продукції. Акцент правового регулювання оптового ринку сільськогосподарської продукції знову змістився у бік розвитку біржового ринку. Наразці вперше було закріплене правове визначення аграрного ринку, організованого аграрного ринку, аграрної біржі, аграрного фонду, мінімальної та максимальної закупівельної ціни аграрної продукції, тимчасового адміністративного регулювання цін та інших важливих для аграрного ринку понять. Відбулося закріп-

лення механізму державного регулювання гуртових цін на окремі види сільськогосподарської продукції.

З прийняттям цих нормативних актів відбулися значні позитивні зрушення у функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції, а саме: стабілізація ситуації на організованому аграрному ринку, зростання частки сільськогосподарської продукції у структурі біржової торгівлі, активізація державних інтервенційних процесів на ринку аграрної продукції, стабілізація цінової ситуації через використання біржових механізмів тощо.

У цей період розвитку законодавства увага зосереджується і на таких проблемах аграрного ринку, як запровадження механізмів забезпечення гарантування виконання зобов'язань за біржовими угодами, створення розрахунково-клірингових установ для обслуговування організованого аграрного ринку, розширення мережі оптових продовольчих ринків, постійно діючих виставок-ярмарків, а також робиться акцент на необхідності вжиття заходів антимонопольним комітетом України щодо посилення контролю за додержанням законодавства про захист економічної конкуренції суб'єктами аграрного ринку (Указ Президента України «Про заходи щодо розвитку аграрного ринку» від 30.08.2004 р. № 1021/2004).

Потрібно зазначити, що однією з головних умов, яка забезпечує належне правове регулювання будь-яких суспільних відносин, є наявність чіткої концепції їх правового регулювання. Відповідно до Концепції загальнодержавної комплексної програми підтримки та розвитку українського села «Добробут через аграрний ринок» на 2005–2010 роки одним з основних напрямів розвитку аграрного ринку є розробка і впровадження організаційно-правових механізмів розвитку оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією, створення сприятливих умов для розбудови мережі оптових ринків сільськогосподарської продукції за європейськими стандартами. Зазначеною Концепцією передбачалося розробити і передати до Верховної Ради України проекти законів України «Про аграрний ринок», «Про гуртові сільськогосподарські ринки», «Про уповноважений орган з регулювання сільськогосподарських ринків».

Концепцією було розпочато шлях до цивілізованого врегулювання оптового ринку сільськогосподарської продукції, а саме розробку і прийняття закону. Отже, цей важливий **третій етап** у розвитку правової основи функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції можна охарактеризувати як підготовчий до створення закону України про оптовий ринок сільськогосподарської продукції. Так, 12.10.2006 р. групою депутатів було створено перший проект Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» № 2322, в якому відображалися правові, економічні та організаційні засади діяльності такого ринку.

У наказі Міністерства аграрної політики України «Про регіональні аграрно-маркетингові центри оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією» від 13.11.2006 р. № 660 було визначено, що ключовим елементом формування організованих ринків сільськогосподарської продукції повинна стати мережа оптових ринків сільськогосподарської продукції з регіональними аграрно-маркетинговими центрами, що дасть можливість збувати й отримувати якісну продукцію за справедливими цінами, забезпечити кращі умови її реалізації та купівлі без послуг численних посередників, сприятиме розвитку міжрегіональної та міждержавної торгівлі. На першому етапі удосконалення оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією передбачалося реалізовувати шляхом створення на базі гуртового продуктового ринку «Шувар» м. Львова регіональних аграрно-маркетингових центрів (далі – РАМЦ) та забезпечення в регіонах опрацювання та впровадження моделі такого ринку.

На виконання цього наказу було затверджено Тимчасове примірне положення про регіональні агро-маркетингові центри оптової торгівлі сільськогосподарською продукцією (наказ Міністерства аграрної політики України від 12.11.2007 р. № 797), яке має рекомендаційний характер і діє до законодавчого врегулювання діяльності РАМЦ та оптових ринків сільськогосподарської продукції. У Положенні визначаються організаційно-правові та економічні засади створення і діяльності РАМЦ як достатньо нового елемента інфраструктури аграрного ринку, даються визначення поняттям РАМЦ, інфраструктура РАМЦ, учасники РАМЦ, гуртові (дрібно-гуртові) продавці, гуртові (дрібно-гуртові) покупці.

Наступним кроком на шляху до прийняття Закону України «Про оптовий ринок сільськогосподарської продукції» стала підготовка іншою групою народних депутатів нового проекту Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» (від 27.02.2008 р. № 2137), який згодом був прийнятий Верховною Радою України. Свою частку в розвиток законодавчої бази щодо функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції вніс і Уряд України. Так, 09.04.2009 р. у Кабінеті Міністрів України було проведено нараду на тему «Про формування мережі кооперативних опто-

во-роздрібних ринків з реалізації сільськогосподарської продукції та розвитку сільськогосподарської обслуговуючої кооперації», протоколом якої затверджено, що під час опрацювання у Верховній Раді України законопроекту «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» необхідно вжити заходів щодо спрощення порядку виділення земельних ділянок під забудову оптових ринків з реалізації сільгосппродукції, звільнення таких ринків від плати за землю, впорядкування процедури їх перевірки, мінімізації плати за послуги, а також щодо прискорення розгляду і прийняття зазначених законопроектів.

Також надзвичайно актуальним стало затвердження постановою Кабінету Міністрів України від 03.06.2009 р. № 562 державної цільової програми створення оптових ринків сільськогосподарської продукції. Ця програма передбачає можливість для всіх сільгоспвиробників, навіть найменших фермерських і індивідуальних господарств, отримати доступ на ринки сільгосппродукції. Передбачається сформувати цілу мережу оптових ринків, на яких аграрії зможуть реалізовувати свою продукцію за вигідними цінами і на зручних умовах¹. У цілому відповідно до зазначеної програми планується до 2013 року побудувати 25 оптових ринків, тобто в кожному регіоні.

І нарешті 25.06.2009 р. був прийнятий Закон України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції» № 1561/VI, який на законодавчому рівні визначив правові засади організації та діяльності оптових ринків сільськогосподарської продукції в Україні.

Таким чином, становлення законодавства про оптовий ринок сільськогосподарської продукції пройшло тривалий і складний шлях, починаючи від проголошення України як незалежної та суверенної держави та закінчуючи прийняттям Закону України «Про оптові ринки сільськогосподарської продукції». Весь цей період формування правової основи функціонування оптового ринку сільськогосподарської продукції умовно можна поділити на 3 основні етапи, які були детально досліджені у даній статті.

¹Гадзало Я. Аграрний ринок: напрямки розвитку визначено // Аграрний тиждень. Україна. – 2008. – № 8. – С. 7.

The article is dedicated to definition and scientific analysis of the three main stages of the legislation directed to regulate of agricultural output wholesale market in Ukraine.

Стаття посвящена определению и научному исследованию трех основных этапов становления законодательства, касающегося функционирования оптового рынка сельскохозяйственной продукции Украины.



ПРАВОВИЙ АСПЕКТ СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПРОДОВОЛЬЧА НЕЗАЛЕЖНІСТЬ» ТА «ПРОДОВОЛЬЧА БЕЗПЕКА»

Максим Гребенюк,

канд. юрид. наук
Національна академія Служби безпеки України

У статті розглядається співвідношення понять «продовольча незалежність» та «продовольча безпека» на підставі аналізу аграрного та продовольчого законодавства України й окремих зарубіжних країн.

Ключові слова: продовольча незалежність, продовольча безпека, продовольча криза, оцінка стану продовольчої безпеки, продовольчий імпорт.

Продовольча безпека – один із елементів системи національної безпеки України, що характеризує економічну стабільність і політичну незалежність держави, її здатність забезпечувати елементарні споживчі потреби громадян, необхідна умова фізичного існування населення, оскільки без наявності власних продовольчих ресурсів держава втрачає продовольчу незалежність, що може завдати значної шкоди продовольчій безпеці. Забезпечення продовольчої безпеки є пріоритетним напрямом державної агропродовольчої політики та стратегічним напрямом розвитку агропродовольчого комплексу (далі – АПК), харчової та переробної галузей.

Розвиток сільського господарства та підвищення доходів населення є стимулюючим фактором зростання промислового виробництва продуктів харчування, недопущення продовольчої кризи, підтримання на належному рівні продовольчої незалежності країни. Продовольча безпека означає досягнення продовольчої незалежності, здатність держави протистояти зовнішнім та внутрішнім загрозам, забезпечувати динамічний і стабільний розвиток сфери виробництва та споживання продовольства. Таким чином, забезпечення продовольчої незалежності є необхідною умовою досягнення продовольчої безпеки країни. За таких умов (як з позиції теорії, так і практики), враховуючи членство України у СОТ, виникає необхідність правової регламентації розмежування понять «продовольча незалежність» та «продовольча безпека».

Метою цієї статті є дослідження та визначення правової природи сутності поняття «продовольча незалежність» і його співвідношення з поняттям «продовольча безпека».

Дослідженню питань забезпечення продовольчої безпеки в Україні на державному

та регіональному рівнях присвятили свої наукові праці А. Бабенко, О. Білорус, В. Журавков, І. Миценко, В. Суперсон, В. Трегобчук [1–6] та ін. Але визначення поняття «продовольча незалежність держави» не знайшло відображення у працях зазначених авторів, а висвітлення питань щодо діяльності держави у сфері забезпечення та підтримання продовольчої незалежності, а також визначення співвідношення понять «продовольча незалежність» та «продовольча безпека» жоден із науковців не здійснював, що посилює актуальність обраної теми наукового дослідження.

У міжнародній практиці під продовольчою незалежністю держави розуміють умови забезпечення продовольчої безпеки, за яких у випадку припинення поставок продуктів харчування із-за кордону не виникає продовольчої кризи. Слід зазначити, що у багатьох країнах світу спостерігається нерівномірність у виробництві та споживанні продуктів харчування, а там, де недостатній розвиток сільськогосподарського виробництва, як правило, виникає брак продовольства, що підтримує продовольчу незалежність, негативно впливає на показники тривалості життя людей. Хронічний дефіцит продовольства спостерігається у Судані, Ефіопії, Нігерії, Кенії, Сальвадорі, Гондурасі, Гватемалі, де середньодобове споживання на душу населення не перевищує 2000 ккал, при мінімально встановлених ООН нормі 2500 ккал. Найбільш загострена проблема з продовольчим забезпеченням на Гаїті, де у 2008 р. у результаті зростання продовольчих цін майже на 50 % відбулися масові страйки та заворушення, що призвели до загибелі людей.

Процеси забезпечення продовольчої незалежності значною мірою пов'язані із наслідками проведення аграрних реформ, бідністю селянства, нераціональним використанням земель сільськогосподарського призначення та водних ресурсів. Значної шкоди продовольчій незалежності завдає у тому

числі й неадекватна державна аграрна політика. Так, субвенційований імпорт сільськогосподарської продукції із промислово розвинутих країн, передусім із країн ЄС, руйнує місцеві ринки продовольства багатьох країн Африки, що призводить до штучного здешевлення ввезеної кукурудзи та пшениці: звільнена від мита кукурудза на 55 % дешевша, ніж та, що вирощена в Кенії. Дестабілізуючими факторами продовольчої незалежності є також стрімке зростання цін на енергоносії та зерно, нафту, паливо-мастильні матеріали, транспортні послуги, що зумовлює постійне подорожчання продовольства (аграрна інфляція). Постійне підвищення індексу світових цін на продовольство за останні роки пов'язано також із збільшенням світового виробництва біопалива, що збільшує попит на зернові й олійні культури. Так, 20 % кукурудзи, яка виробляється у США, використовується для виробництва біоетанолу.

У багатьох державах ціни на продовольство залежать від показників цін на паливо (бензин). Найдешевше паливо в Туркменістані (0,02 дол. за літр), Ірані (0,09 дол.), Саудівській Аравії (0,16 дол.). Більшість держав обкладають бензин податками, у зв'язку з чим ціни є значно вищими: бензин у США коштує 0,63 дол., у Китаї – 0,70, в Україні – 0,90, Бразилії – 1,26 дол. Найвищі у світі ціни на бензин у Фінляндії (1,55 дол.) та Туреччині (1,88 дол.).

З метою протидії аграрній інфляції та підтримання продовольчої незалежності, наприклад у Єгипті, запроваджені програми державного субсидування, під дію яких падає виробництво дешевого соціального хліба «Аїш баладі»: за 1 дол. США можна придбати 100 буханок такого хліба, при цьому низька ціна та відповідна якість призводять до того, що більша частина населення використовує цей хліб для власного споживання та годівлі худоби, домашньої птиці. З метою недопущення аграрної інфляції Ірак дозволив приватним компаніям здійснювати імпорт рису та зерна і таким чином скасував державну монополію у зазначених сферах.

Слід зазначити, що не кожна держава світу може забезпечити власну продовольчу незалежність, що визначається з урахуванням із показників імпорتنних продовольчих поставок у країну та розміру частки продовольчого імпорту в загальному обсязі продовольчого споживання населення країни. Заміщення власних продуктів харчування конкурентоспроможним продовольчим імпортом у певних випадках є необхідним, оскільки забезпечує економію власних ресурсів, сприяє підвищенню якості продовольства вітчизняного виробництва, але пороговий показник забезпечення продовольчої незалежності держави – 80 % власного продовольчого виробництва; на продовольчий імпорт може припадати лише 20 %.

Продовольча залежність виникає в результаті низької ефективності сільського господарства, а також при виконанні державою зобов'язань з погашення зовнішнього боргу, нестабільному курсі національної валюти. Продовольча залежність може бути постійною (хронічною), тимчасовою та потенційною. Держава, певний регіон або група населення можуть відчувати *хронічну продовольчу залежність*, якщо протягом тривалого часу споживання харчових продуктів є недостатнім у зв'язку з неможливістю придбання або виробництва необхідної кількості продовольства (дефіцит продовольства). *Тимчасова продовольча залежність* настає періодично при порушеннях стабільного доступу до продовольства внаслідок зростання цін на продукти харчування, неврожаїв, падіння рівня доходів населення, високої питомої ваги у раціоні населення продовольства імпортного виробництва. *Потенційна продовольча залежність* – це можливість настання наслідків міжнародної економічної кризи, погіршення кон'юнктури продовольчих ринків тощо.

Забезпечення продовольчої незалежності передбачає запровадження державою системи ефективних заходів аграрного протекціонізму, які б запобігали імпортній залежності за окремими видами сільськогосподарської продукції та продовольства, оптимізацію зовнішньоекономічних зв'язків в АПК, контроль за імпортом продовольства, насамперед із країн третього світу, ефективність власного виробництва сільськогосподарської продукції та продуктів харчування, налагодження міжнародного співробітництва в рамках СОТ.

Згідно із Законом Республіки Армєнія «Про забезпечення продовольчої безпеки» від 05.06.2002 р., продовольча незалежність держави – це можливість забезпечення необхідного рівня вітчизняного виробництва харчових продуктів у випадку неможливості або недостатності імпорту важливих харчових продуктів з метою попередження продовольчої кризи. Відповідно до Закону Республіки Казахстан «Про державне регулювання розвитку агропромислового комплексу та сільських територій» від 08.07.2005 р. № 66 продовольча незалежність – це умова забезпечення продовольчої безпеки, за якою, у випадку припинення поставок продовольства із-за кордону продовольча криза не виникає. При цьому поняття «продовольча криза» визначається як ситуація, при якій забезпечення населення продовольством відповідно до фізіологічних норм споживання передбуває під загрозою на всій або значній частині території держави. Законом Костромської області Російської Федерації «Про продовольчу безпеку Костромської області» від 26.05.2008 р. регламентовано, що продовольча незалежність вважається досягнутою,

якщо забезпечення власного виробництва становить не менше 80 % обсягів споживання населенням продуктів харчування відповідно до рекомендованих норм.

Організаційно-правовий механізм забезпечення продовольчої незалежності в Російській Федерації розкрито у федеральному Законі «Про розвиток сільського господарства» від 29.12.2006 р., відповідно до якого продовольча незалежність гарантується шляхом підтримання конкурентоспроможності російської сільськогосподарської продукції, забезпечення якості продовольчих товарів, формування ефективного функціонування ринку сільськогосподарської продукції, сировини та продовольства, що забезпечує підвищення прибутковості сільськогосподарських товаровиробників і розвиток інфраструктури цього ринку.

В Україні на законодавчому рівні поняття продовольчої незалежності не визначено. Законопроект України «Про продовольчу безпеку» від 07.09.2005 р. визначає продовольчу незалежність як стан продовольчого забезпечення, за якого фізична й економічна доступність життєво важливих продуктів харчування для населення забезпечується за рахунок вітчизняного виробництва цих продуктів і запасів державного матеріального резерву. Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Державної цільової програми розвитку українського села на період до 2015 року» від 19.09.2007 р. передбачає, що продовольча незалежність залежить від частки продовольчого імпорту в загальному обсязі продовольчого споживання.

Закон України «Про державне регулювання імпорту сільськогосподарської продукції» від 17.07.1997 р. визначає порядок тарифного та нетарифного регулювання імпорту сільськогосподарської сировини, продуктів її переробки з метою створення рівних умов конкуренції між продукцією вітчизняного виробництва та продукцією нерезидентів. При цьому тарифне регулювання імпорту сільськогосподарської продукції передбачає встановлення відповідних обмежень і запровадження ставок ввізного (імпортного) мита, у тому числі ставок сезонного ввізного мита.

За даними Міністерства економіки України, відповідно до оцінок стану продовольчої безпеки України у 2008 р. фактичне споживання продовольства по більшості основних видів знаходилося нижче раціональних норм; при цьому найбільше відставання фактичного споживання від раціонального спостерігалось по м'ясу і м'ясопродуктах, молоку та молокопродуктах. Найбільш вразливими позиціями (з точки зору імпортої залежності) залишаються такі позиції: риба та рибопродукти, плоди, ягоди та виноград, олія рослинної всієї видів [7]. Постановою Кабінету Міністрів України «Деякі питання продовольчої безпеки» від 05.12.2007 р. встановле-

но, що продовольча незалежність може визначатися на підставі індикаторів продовольчої безпеки за окремим продуктом як співвідношення між обсягом імпорту цього продукту у натуральному виразі й ємністю його внутрішнього ринку. При цьому граничний (пороговий) критерій становить 2500 ккал на добу; 55 % добового раціону має забезпечуватися за рахунок споживання продуктів тваринного походження.

Таким чином, *продовольча незалежність – це обов'язкова умова забезпечення продовольчої безпеки, державно-правовий механізм ефективності розвитку вітчизняного сільського господарства та продовольчого виробництва, спрямований на недопущення продовольчої кризи та надзвичайної продовольчої ситуації.*

Основними показниками забезпечення міжнародної продовольчої безпеки є обсяг запасів зерна та рівень виробництва зерна на душу населення в країні. Стабільним вважається продовольче забезпечення, якщо в державі на випадок настання надзвичайних обставин (стихійні лиха, неврожай, засуха, повінь тощо) стратегічні запаси зерна дорівнюють 17 % обсягів річного споживання. Падіння цього показника нижче вказаного рівня свідчить про критичний стан продовольчої безпеки та про можливість настання продовольчої кризи, втрати продовольчої незалежності.

Уперше термін «продовольча безпека» введено після світової зернової кризи на Генеральній асамблеї ООН у 1974 р., що означало стан фізичного й економічного доступу населення до харчування в обсязі, достатньому для задоволення своїх потреб з метою підтримання активного та здорового способу життя.

О. Скидан розуміє під продовольчою безпекою еколого-економічний стан держави, за якого всі її громадяни забезпечені продовольством у необхідній кількості, асортименті та відповідній якості, що підтримує найвищий рівень їх фізичного і психічного здоров'я [8]. У свою чергу, О. Чечель визначає термін «продовольча безпека» як стан захищеності продовольчих інтересів особи, суспільства, держави від зовнішніх і внутрішніх загроз, що дозволяє забезпечувати функціонування людини, економіки та промисловості, забезпечувати всі верстви населення якісними продуктами в достатній кількості, контролювати кризові ситуації [9].

Економічно розвинуті країни підтримують досить високий рівень самозабезпеченості продовольством: США – 100 %, Німеччина – 93, Італія – 78 %, оскільки у багатьох державах світу діють закони про продовольчу безпеку та заходи її правового забезпечення.

Закон Республіки Туркменістан «Про продовольчу безпеку» від 15.06.2000 р. визначає продовольчу безпеку як стан економіки держави, за якого забезпечується необхідний рівень виробництва життєво важливих про-

дуктів харчування та продовольчої сировини, а також гарантується доступність продовольства для населення у кількості, достатній для активного та здорового способу життя. Закон Киргизької Республіки «Про продовольчу безпеку» від 04.08.2008 р. регламентує, що продовольча безпека – це стан економіки, за якого забезпечується продовольча незалежність і гарантується фізична й економічна доступність продовольства для населення відповідно до встановлених мінімальних норм споживання продуктів харчування.

Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. встановлює, що продовольча безпека – це захищеність життєвих інтересів людини, яка виражається у гарантуванні державою безперешкодного економічного доступу людини до продуктів харчування з метою підтримання її звичайної життєвої діяльності.

Таким чином, характерними ознаками продовольчої безпеки є обов'язок держави, який передбачає гарантування продовольчого забезпечення населенню, у тому числі малозабезпеченим громадянам; стан економіки держави, за якого населення стабільно та безперебійно забезпечується якісним і безпечним для здоров'я продовольством; фізична й економічна доступність продуктів харчування з метою недопущення продовольчої кризи та браку продовольства. Викладене свідчить, що продовольча незалежність та продовольча безпека є категоріями взаємопов'язаними, оскільки рівень забезпечення продовольчої безпеки розраховується відповідно до показників продовольчої незалежності. Частка імпорту продовольства за окремими видами продукції, насамперед тими, що не вирощуються в країні не має перевищувати 25–30 % вітчизняного продовольчого ринку, оскільки збільшення обсягів продуктів харчування імпортного виробництва може призвести до занепаду галузей сільського господарства країни, до ускладнення продовольчої ситуації.

Висновки

У вітчизняному законодавстві поняття «продовольча незалежність» досі не визначено, тому пропонуємо у Законі України «Про державну підтримку сільського господарства України», сформулювати його так: *продо-*

вольча незалежність – це умова забезпечення продовольчої безпеки, за якої, у випадку припинення поставок продовольства із-за кордону не виникає продовольчої кризи, при цьому продовольча незалежність вважається досягнутою, якщо забезпечення власного виробництва становить не менше 80 % від обсягів споживання населенням продуктів харчування відповідно до фізіологічних норм.

Виходячи з індикаторів продовольчої безпеки, найбільше відставання фактичного споживання від раціонального спостерігається в Україні по м'ясу та м'ясопродуктах, молоку і молокопродуктах. За таких умов необхідним і доцільним є прискорення прийняття законопроектів «Про м'ясо та м'ясні продукти», «Про молоко і молочні продукти», які розроблені з метою приведення національного аграрного законодавства у відповідність із вимогами СОТ, сприяють розвитку м'ясо-молочної галузі та виходу вітчизняних товарів-виробників на світові продовольчі ринки, передбачають зменшення адміністративного втручання у сферу виробництва та реалізації м'яса і молока в Україні.

Література

1. *Бабенко А. А.* Забезпечення продовольчої безпеки України в умовах реформування і регулювання аграрного сектора економіки: Автореф. дис. ... канд. екон. наук. – Луганськ, 2005. – 24 с.
2. *Глобальна продовольча безпека* / О. Г. Білорус, М. В. Зубець, П. Т. Саблук, В. І. Власов. – К., 2009. – 486 с.
3. *Журавков В. В.* Продовольча безпека в надзвичайних ситуаціях: історичний досвід та концептуальні підходи до її забезпечення в Україні. – К., 2002. – 95 с.
4. *Мищенко І. М.* Продовольча безпека України: оцінка стану та світовий досвід вирішення проблеми. – Кіровоград, 2001. – 204 с.
5. *Суперсон В. І.* Продовольча безпека України та її забезпечення на регіональному рівні: Автореф. дис. ... канд. екон. наук. – К., 2006. – 21 с.
6. *Трегобчук В. М.* Продовольча безпека в контексті національної безпеки держави. – К., 1999. – 55 с.
7. *Оцінка стану продовольчої безпеки України у 2008 році.* – <http://www.me.gov.ua>.
8. *Скидан О.* Законодавче забезпечення аграрної політики в Україні: проблемні питання // *Право України.* – 2006. – № 4. – С. 52–56.
9. *Чечель О.* Державне регулювання забезпечення продовольчої безпеки // *Економіка АПК.* – 2000. – № 8. – С. 73–76.

In clause the parity of concepts «food independence» and «food safety» on the basis of the analysis agrarian and food legislations of Ukraine and separate foreign countries is considered.

В статье рассматривается соотношение понятий «продовольственная независимость» и «продовольственная безопасность» на основе анализа аграрного и продовольственного законодательства Украины и отдельных зарубежных стран.



ОСОБИСТЕ НЕМАЙНОВЕ ПРАВО ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ІНДИВІДУАЛІЗАЦІЮ СВІТОГЛЯДНИХ ПЕРЕКОНАНЬ ЯК ВАЖЛИВИЙ ЕЛЕМЕНТ ПРИВАТНОЇ СФЕРИ АВТОНОМІЇ ЛЮДИНИ В ГЛОБАЛІЗОВАНОМУ СВІТІ

Ольга Шевченко,

канд. істор. наук,
провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва АПрН України

У статті розглядається ліберальна антропоцентрична система цінностей Європейського Співтовариства в аспекті нормативного забезпечення реалізації права людини на індивідуалізацію світоглядних переконань як одного з важливих елементів приватної сфери автономії особи в глобалізованому світі.

Ключові слова: право людини на індивідуалізацію світоглядних переконань, приватна сфера автономії особи, Європейське Співтовариство (ЄС).

*Рівна повага до всіх людей буде не більш
ніж пустою формальністю без свободи вибирати
і діяти згідно з власними уявленнями про доброчесне життя.*

Дж. Донеллі

У зв'язку з орієнтацією України на пріоритети та ідеали світового співтовариства народів змінюються пріоритети Української держави, яка, визнаючи перевагу приватного над публічним, має створити умови для реалізації права вибору кожного, гарантувати приватну сферу автономії людини, забезпечуючи умови для максимальної самореалізації особистості, шанобливо ставлячись до індивідуальності кожного. Національне законодавство України гарантує реалізацію права людини на індивідуальність, зокрема й на індивідуалізацію своїх світоглядних (релігійних) переконань. Так, у ст. 300 Цивільного кодексу України, де розкривається зміст права фізичної особи на індивідуальність зазначено, що особа «має право на збереження своєї національної, культурної, релігійної, мовної самобутності, а також право на вільний вибір форм та способів прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства». Під поняттям «індивідуальність» як об'єкт вказаного права законодавець розуміє особисте немайнове благо особи, до структури якого включено різні особливості фізичної особи, які виявляються, зокрема, і в її світоглядній (релігійній) самобутності.

Індивідуалізація особистості у світоглядній сфері буття по суті є базовим фундаментом приватної сфери автономії особи в сучасному світі, адже суб'єктивні особливості особи з вибору відповідних духовних цінностей і орієнтирів у своєму житті характеризують її окремність, своєрідність як живої істоти, ґрунтуються не лише на суб'єктивному бажанні особистості,

а передусім «на її природі, прагненні віднайти смисл свого життя»¹. Самовизначаючись у житті, людина обирає конкретні світоглядні орієнтири, конкретне віросповідання, що, у свою чергу, спричиняє плюралізацію людської спільноти у світоглядній (релігійній) сфері та актуалізує проблему необхідності законодавчого забезпечення свободи вибору в ній особистості. Реалізуючи це завдання, слід враховувати передусім діалектичну єдність потреб людини та суспільства загалом, яку світове товариство визнає як один з важливих загальнолюдських пріоритетів, що забезпечує умови виживання цивілізації.

Саме тому особливий інтерес викликає необхідність здійснення комплексного аналізу ліберальної антропоцентричної системи цінностей Європейського Співтовариства (далі – ЄС) в аспекті нормативного забезпечення реалізації права людини на індивідуалізацію світоглядних переконань як одного з важливих елементів приватної сфери автономії особи, що і є **метою цієї статті**.

Потрібно зазначити й той факт, що українська юридична наука фактично оминула своєю увагою окреслену проблематику. У працях Я. Шевченко, Р. Стефанчука, Н. Кузнецової, А. Довгерт та інших учених вона розглядається лише побіжно.

¹Бабій М. Проблеми свободи релігії у контексті релігійного багатоманіття в Україні // Людина і світ. – 2004. – № 5. – С. 21.

Двома полюсами існуючої світоглядної (релігійної) плюралізації суспільства є індивідуалізація та уніфікація (виокремлення найбільш характерних рис даного соціального явища). Історично в умовах сучасної світової глобалізації відбуваються процеси певної уніфікації, тобто сформувалися певні мінімальні гуманітарні стандарти (загальносоціальні та загальнолюдські) в цій сфері, які закріплені в міжнародно-правових актах та містять мінімум об'єктивного, що має втілитись у законодавстві держав незалежно від їх місцевих етнічних особливостей. Проте саме індивідуалізація за своєю суттю надає можливість кожній людині самостійно просуватися шляхами пошуку сенсу власного життя, актуалізуючи необхідність законодавчого вирішення питання взаємовпливу та взаємозалежності єдності та різноманітності варіантів моральної свідомості. А необхідність шанувати погляди кожної окремої людини, враховуючи їх різноманітність, спонукає до реформування національних правових систем держав з метою їх гуманізації, забезпечення належного захисту людської гідності в цій сфері.

Ліберальна антропоцентрична система цінностей ЄС, надаючи пріоритетне значення в дихотомії особистість – держава правам людини, що розглядаються як самоцінність, незважаючи на визначені спільні риси універсальності (такий підхід зафіксований у «Загальній декларації прав людини» (1948 р.), «Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод» (1950 р.) та її тлумаченнях Європейським судом з прав людини) забезпечує можливість законодавчого збереження державами своїх національних стандартів у світоглядній (релігійній) сфері, що виникли і склалися історично в останніх (див. ст. 11 Амстердамського договору (Маастрих-2) від 02.10.1997 р.), фактично тим самим узаконюючи особливості моделей державно-церковних стосунків країн – членів ЄС. Більше того, сама універсалізація права людини в цій сфері не передбачає примусового приведення його під якийсь один цивілізаційний стандарт, національні версії мають можливість наповнювати це право притаманною їм культурною своєрідністю, а нормативні приписи міжнародних документів відкривають можливість забезпечити не лише особливості конкретної країни, але й специфіку окремих територій у середині певної країни, окремих національних спільнот або особистостей, визнаючи специфічні форми юрисдикції людського буття, які визначають особливості певних національних правових систем. Завдяки цьому втілюється оптимальне вирішення поєднання універсальних правових цінностей та принципів, місцевих культурно-правових традицій та реалізації права людини на індивідуалізацію світоглядних переконань як одного з важливих елементів приватної сфери автономії особи в глобалізованому світі, адже «нормативний пріоритет принципів прав людини не тільки не заперечує плюралізму культур, а й забезпечує можливість співіснування та співро-

бітництва різних культур, як у рамках світового співтовариства, так і в межах кожного суверенного соціального організму»¹, визнаються не тільки права меншин, але й окремої особистості. Саме таке нормативне врегулювання суспільних відносин, пов'язаних з реалізацією світоглядних (релігійних) прав людини та діяльністю релігійних спільнот у країнах ЄС, має забезпечити, як зазначається в п. 6 Рекомендації Парламентської асамблеї Ради Європи № 1556 (2002) «встановлення рівноваги між принципами демократії, правами людини і свободою совісті і релігії, з однієї сторони, та збереження національної, культурної, етнічної і релігійної ідентичності, з іншої», визначаючи буття світоглядної свободи в суспільстві, зокрема, в таких її проявах як: свобода віросповідання особистості, свобода створення та діяльності релігійних спільнот та їх інституцій, їх відносини з державою, міжконфесійні відносини, релігійна толерантність, діяльність релігійних меншин тощо.

Міжнародно-правові документи² визнають право особистості на індивідуалізацію своїх світоглядних переконань, вказуючи, зокрема, що національні правові системи країн мають забезпечувати як загальні права, якими користується кожна людина, так і спеціальні права, включаючи й можливість реалізації як певних особистісних, так і групових інтересів, у тому числі й в аспекті права особи сповідувати свою релігію або переконання, створювати релігійні організації, установи та асоціації тощо. Право людини мати та вільно виражати погляди і переконання нерозривно пов'язується світовим співтовариством з реалізацією комплексу інших прав особи, зокрема, з реалізацією прав людини:

- на інформацію, що гарантує можливість представлення в інформаційному просторі країни різних точок зору;
- на свободу пересування в межах кожної держави, можливість вільно обирати собі місце проживання в межах кожної держави, залишати будь-яку країну, включаючи власну, та повертатися до своєї країни (ст. 13 Загальної декларації прав людини);
- на забезпечення збереження матеріальної та духовної спадщини людства (Конвенція про

¹Максимов С. Политика должна быть правовой: к проблеме взаимодействия политики и права в транзитивном обществе // Трансформация политики в право: різні традиції та досвід: Матеріали міжнар. наук. конференції (9–12 листопада 2005 р., Київ–Харків). – Х., 2006. – С. 128.

²Загальна декларація прав людини (1948 р.), Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.), Конвенція про боротьбу з дискримінацією в галузі освіти (1960 р.), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (1966 р.), Декларація про права осіб, що належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин (1992 р.), Рамкова конвенція про захист національних меншин (1995 р.), Римський статут Міжнародного кримінального суду (1998 р.) та ін.

охорону всесвітньої культурної і природної спадщини (1972 р.), Конвенція ЮНЕСКО «Про заходи, спрямовані на заборону і запобігання незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на культурні цінності» (1970 р.), які зобов'язують країни забезпечити збереження матеріальних та духовних цінностей, запобігати незаконному ввезенню, вивезенню та передачі права власності на цінності матеріальної культури, викрадені з релігійної чи світської історичної пам'ятки, інших установ (ст. 8 згаданої Конвенції ЮНЕСКО); значними порушеннями Женевських конвенцій від 12.08.1949 р. вважаються «навмисне нанесення ударів по будинкам, призначеним для цілей релігії... за умови, що вони не є військовими цілями» (п. 2 «б» ст. 8 IX Римського статуту Міжнародного кримінального суду (1998 р.));

- на життя, визначаючи тяжкими злочинами: а) геноцид як «діяння, що здійснюється з метою знищити повністю чи частково якусь національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку»; б) злочини проти людяності як діяння, «які здійснюються в рамках широкомасштабного та систематичного нападу на будь-яких цивільних осіб, якщо такий напад здійснюється свідомо: ...зокрема, переслідування будь-якої ідентифікуючої групи чи спільноти за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними... та іншими мотивами» (статті 6, 7 Римського статуту Міжнародного кримінального суду (1998 р.)) тощо.

Крім того, у Рамковій конвенції про захист національних меншин зазначається, що плюралістичне та насправді демократичне суспільство має не тільки поважати релігійну самобутність кожної особи, яка належить до національної меншини, але й створити відповідні умови для виявлення, збереження та розвитку цієї самобутності. Зокрема, держави зобов'язуються:

«створити необхідні умови для того, щоб особи, які належать до національних меншин, мали можливість... зберігати основні елементи своєї самобутності, зокрема, релігію, мову, традиції та культурну спадщину» (п. 1 ст. 5);

вживати «ефективних заходів для поглиблення взаємної поваги, взаєморозуміння та співробітництва між усіма особами, що проживають у межах їх території, незалежно від їх етнічної, культурної, мовної або релігійної самобутності, зокрема в галузях освіти, культури та засобів масової інформації (п. 1 ст. 6);

захистити «осіб, які можуть стати об'єктами погроз або актів дискримінації, ворожого ставлення чи насильства на підставі їх... релігійної самобутності» (п. 2 ст. 6);

The liberal anthropocentric system values of the European Union in aspect regulatory zabezpechennya realization human right on individuality outlook convictions as one of the important element private spherical autonomy individuals in global world are analysis in the article.

В статтє рассматривается либеральная антропоцентрическая система ценностей Европейского Содружества в аспекте нормативного обеспечения реализации права человека на индивидуализацию мировоззренческих убеждений как одного из важных элементов частной сферы автономии личности в глобализированном мире.

забезпечувати «повагу прав кожної особи, яка належить до національної меншини, на свободу мирних зборів, свободу асоціації, свободу виявлення поглядів і свободу думки, совісті та релігії» (ст. 7);

визнати за кожною особою, яка належить до національної меншини, «право сповідувати свою релігію або переконання і створювати релігійні установи, організації та асоціації» (ст. 8);

не перешкоджати «здійсненню права осіб, які належать до національних меншин, встановлювати та підтримувати вільні та мирні трансгосподарні контакти з особами, які на законних засадах перебувають в інших державах, зокрема з тими особами, з якими їх об'єднують спільні... релігійні ознаки чи спільна культурна спадщина» (п. 1 ст. 17).

А прийнята Генеральною конференцією ЮНЕСКО 02.11.2001 р. Універсальна декларація з культурного розмаїття визначає останнє саме як сукупність притаманних суспільству або соціальній групі відмінних ознак – духовних і матеріальних, інтелектуальних і емоційних – і, крім мистецтва і літератури, охоплює спосіб життя, «вміння жити разом», системи цінностей, традицій та вірувань та визнається спільною спадщиною людства.

На підставі аналізу ліберальної антропоцентричної системи цінностей Європейського Співтовариства в аспекті нормативного забезпечення реалізації права людини на індивідуалізацію світоглядних переконань можна дійти **висновку**, що демократичні стандарти і цінності людства, втілені в останній, забезпечують створення умов як для самостійного збереження, так і для розвитку світоглядних (релігійних) традицій груп (асоціацій) людей і окремих осіб, сприяють діяльності альтернативних стосовно держави суспільних (релігійних, культурних тощо) інституцій. Врахування їх у нормативному забезпеченні в сучасній Україні сприятиме реалізації світоглядних (віросповідних) прав людини, діяльності релігійних спільнот, утвердженню в Україні світоглядного плюралізму, демократичних засад у стосунках держави й різних суспільних (релігійних) інституцій, національній єдності, зміцнюючи тим самим підґрунтя особистої світоглядної (релігійної) свободи людини, забезпечуючи, за словами Хав'єра Солани, можливість Україні «стати країною, яка має ті самі цінності, ту саму структуру, таке саме верховенство права, як і країни ЄС»¹.

¹Цит. за: Максимов С. Імплементация міжнародних стандартів щодо свободи інформації у внутрішнє право України // Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України. – К., 2006. – С. 260.



АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕКТРОННОЇ КОМЕРЦІЇ В ОКРЕМИХ КРАЇНАХ СНД

Юлія Борисова,

аспірантка кафедри цивільного права
Київського Національного університету ім. Тараса Шевченка

У статті аналізуються проблеми правового регулювання електронної комерції у країнах СНД, робиться висновок про оптимальне регулювання електронної комерції на прикладі держав, що мають подібну українській правову традицію.

Ключові слова: електронна комерція, електронна торгівля, електронний договір, електронний документ.

Електронна комерція. Єдине законодавче визначення електронної комерції в розумінні її як електронної торгівлі дає Закон Республіки Молдова «Про електронну торгівлю» від 22.07.2004 р. № 284-XV: електронна торгівля – це вид підприємницької діяльності, що здійснюється фізичними й юридичними особами та полягає в продажу речей, виконанні робіт і наданні послуг з використанням електронних повідомлень і/або електронних договорів. Наведене визначення має певні протиріччя:

по-перше, торгівля в економічному, а не юридичному, розумінні розглядається як виконання робіт і надання послуг. Фактично це комерція, вона ж – підприємницька діяльність за законодавством України;

по-друге, у визначенні неважко використати терміни «продаж речей», «електронні повідомлення і/або електронні договори»; доцільніше було вести мову про «продаж товарів» та «електронний договір», оскільки поняття «продаж речей», «електронне повідомлення» не притаманне цивільному праву.

Закони інших держав взагалі не містять подібних визначень електронної комерції. Про регулювання електронної комерції на їх території можна судити лише з непрямих вказівок на це законодавства. Так, Закон Республіки Казахстан «Про електронний документ і електронний цифровий підпис» від 07.01.2003 р. № 370-2 (далі – Закон Казахстану) визначає, що електронний документообіг здійснюється в державних і недержавних інформаційних системах на основі використання електронних документів у різних сферах діяльності, де застосовуються інформаційні технології для створення, обробки, зберігання та передачі даних (ст. 6). Фактично йдеться про потенційну можливість електронної комерції в Казахстані, адже інформаційні технології широко використовуються в підприємницькій діяльності. Це підтверджується ст. 7 згаданого Закону: всі договори, які не потребують нотаріального посвідчення або державної реєстрації, можуть бути укладені з

використанням електронних документів, посвідчених електронним цифровим підписом.

Така сама позиція вбачається і в Законі Туркменістану «Про електронний документ» від 19.01.2000 р. (далі – Закон Туркменістану): електронний документ може використовуватися в усіх сферах діяльності, де застосовується електронне устаткування, програмні та технічні засоби для створення, обробки, зберігання, передачі й прийому інформації. Електронний документ може служити для передачі повідомлень та іншої інформації, здійснення переписки, використання при вчиненні правочинів, а також як платіжний документ (ст. 6). Дослівно це положення дублюється ст. 2 Закону Республіки Білорусь «Про електронний документ» від 10.01.2000 р. № 357-3 (далі – Закон Білорусі); крім того, у ньому спеціально передбачається, що за допомогою електронних документів можуть вчинятися правочини (укладатися договори), робитися розрахунки, вестися переписка та передача документів, іншої інформації. У статті 4 Закону Республіки Молдова «Про електронний документ і цифровий підпис» від 15.07.2004 р. № 264-15 (далі – Закон Молдови) також зазначається, що електронний документ може використовуватися для передачі даних і повідомлень, ведення переписки, вчинення правочинів, а також як платіжний документ.

Інша ситуація із застосуванням електронних документів у Вірменії. Закон Республіки Вірменія «Про електронний документ та електронний цифровий підпис» від 15.01.2005 р. № НО-40 (далі – Закон Вірменії) не має подібної широкої норми про можливість укладення угод за допомогою електронного документа, хоча в ньому є спеціально обумовлені випадки для державних органів, Центрального банку, Казначейства. Що стосується приватно-правових відносин, то ст. 11 Закону Вірменії відсилає до Цивільного кодексу Вірменії, в якому нічого не сказано про електронний документ, про електронну форму правочину. Стаття 296 Цивільного кодексу Вірменії визначає, що використання при здійсненні угод електронного цифрового підпису допускається у

випадку і в порядку, передбачених законом. Таким чином, на даному прикладі можна спостерігати колізію, коли нормативно-правові акти відсилають один до одного.

Аналіз згаданих законів засвідчив, що електронна комерція регулюється не прямо, через електронний договір, а відштовхується від електронного документа, який є першопричиною, без якої неможлива електронна комерція. Тому необхідно проаналізувати розуміння електронного документа з точки зору законодавства країн СНД.

Електронний документ. Найпростіше визначення електронного документа міститься в Законі Вірменії: електронний документ – це інформація або повідомлення, представлені в електронній формі (ст. 2). За Законом Казахстану електронний документ – документ, в якому інформація представлена в електронно-цифровій формі та посвідчена електронним цифровим підписом (ст. 10). Закон Туркменістану під електронним документом розуміє інформацію, зафіксовану на машинному носії, засвідчену електронним цифровим підписом (ст. 1). Закон Білорусі розглядає електронний документ як інформацію, зафіксовану на машинному носії, що відповідає вимогам, встановленим цим Законом (ст. 1). Стаття 3 Закону Молдови визначає електронний документ як інформацію в електронній формі, що створюється, структурується, обробляється, зберігається, передається за допомогою комп'ютера, інших електронних пристроїв або програмних і технічних засобів та підписана відповідно до цього Закону цифровим підписом.

У цілому зміст усіх наведених визначень зводиться до того, що електронний документ – це завжди інформація (як і будь-який документ); форма його завжди електронна; завірена цифровим підписом; відповідає додатковим вимогам, що встановлюються законодавством конкретної держави.

Що таке інформація, яка форма є електронною, зрозуміло. До проблеми цифрового підпису в даній роботі звертатися не будемо через її масштабність. Зупинимось на оригіналі та копії електронного документа, що є особливо важливим в контексті його як електронного договору.

Оригінал та копія електронного документа. Щоб розібратися в проблемі оригіналу електронного документа, необхідно мати на увазі, що оригінал електронного документа не може існувати в паперовій формі, він завжди електронний. Інше питання: де може знаходитись електронна інформація, щоб вважатись оригіальною: на жорсткому диску ПК, на лазерному диску, флеш-накопичувачу, дискеті? Закон Білорусі (статті 1, 9), Закон Вірменії (статті 1, 5) та Закон Молдови (статті 1, 7) визначають оригіналом лише ті документи, що знаходяться на жорсткому диску ПК, магнітному, лазерному носії та інших носіях, що використовуються для запису і зберігання інформації за допомогою електронної обчислювальної техніки.

Найбільш складний підхід до питання оригіналу електронного документа у Законі Туркменістану: оригінал електронного документа існує тільки на машинному носії (ст. 7), тобто електронний документ оригіналом вважається лише тоді, коли він знаходиться на стаціонарному комп'ютері (машинному носії); у випадку його запису на відділюваний від машинного магнітний носій (диск, флеш-накопичувач) електронний документ може бути прирівняний до оригіналу за наявності доказів належності його власнику електронного цифрового підпису. Що стосується Закону Казахстану, то він взагалі не регулює поняття оригіналу та копії електронного документа.

Таким чином, по суті законодавство країн СНД однаково підходить до питання оригіналу електронного документа: він існує в будь-якій електронній формі, але різниця в назвах цих форм призводить до хибного розуміння суті проблеми.

Копії електронних документів. Стаття 6 Закону Вірменії, ст. 10 Закону Білорусі, ст. 7 Закону Молдови єдині в підході й визначають копію електронного документа як відображення його на паперовому носії у формі, доступній для сприйняття (що важливо), засвідчену на папері, таку, що містить відмітку про те, що це копія.

Закон Туркменістану пішов іншим шляхом (ст. 8): інформація з оригіналу електронного документа, зафіксована в електронній формі на магнітному носії, окремому від машинного, є копією електронного документа. Копія повинна бути засвідчена та містити вказівку на те, що вона є копією. При цьому ні слова про можливість копії на паперовому носії (тим самим логічним є висновок, що Закон Туркменістану найбільш консервативно підходить до електронного документа, чітко відмежовуючи його від паперового, очевидно, щоб не було двоякого розуміння паперової форми документа). Невирішеним залишається лише питання про посвідчення копії на магнітному носії, адже традиційні правила посвідчення паперових копій через свою природу на електронну копію не поширюються.

Державна реєстрація та нотаріальне посвідчення електронного документа. Порізнному підходять закони країн СНД і до питання державної реєстрації та нотаріального посвідчення електронних документів, якщо до їх паперових аналогів встановлені такі вимоги. Це вкрай важливо через обов'язкову вимогу законодавства до багатьох видів цивільних договорів пройти зазначені процедури, щоб набути юридичної сили. Так, Закон Туркменістану передбачає, якщо законодавство вимагає державної реєстрації документа, то їй підлягає лише оригінал електронного документа (ст. 9), а він існує тільки в електронному вигляді. Нотаріального посвідчення Закон не регламентує, але логічно буде припустити, що діють правила, аналогічні встановленим для державної реєстрації.

Аналогічна норма міститься і в Законі Молдови (ст. 6). Для нотаріального посвідчення окремих випадків: електронний документ не потребує нотаріального посвідчення, якщо інше не передбачено законом (ст. 6), а якщо передбачено, то яким чином посвідчувати електронний договір? Тобто за законодавством Молдови, щоб електронний документ потребував нотаріального посвідчення, про це має бути прямо вказано в законі. Залишається також питання: що підлягає нотаріальному посвідченню: оригінал чи копія електронного документа?

За Законом Білорусі у випадках, якщо необхідне нотаріальне посвідчення і/або державна реєстрація документа, то реєстрації/ посвідченню підлягають електронний документ або його копія на паперовому носії (ст. 11). Більш категоричним у цьому питанні є Закон Казахстану: всі договори, які не потребують державної реєстрації або нотаріального посвідчення, можуть бути укладені з використанням електронних документів, засвідчених електронним цифровим підписом (ст. 7). Ця позиція (хоч і не відповідає останнім тенденціям «передових країн») є простою та зрозумілою в реалізації. Обійшов стороною питання, що розглядається, Закон Вірменії.

Таким чином, найбільш зручними на даний час є правила Казахстану. Адже за умови відсутності норм, які регулюють механізм державної реєстрації та нотаріального посвідчення електронних документів, закони всіх інших держав є декларативними, проголошуючи, що державній реєстрації та нотаріальному посвідченню підлягають оригінали електронного документа. Технічно це зробити важко, адже потрібно написати та встановити єдину програму, що забезпечить надійний захист від самовільної реєстрації та посвідчення документів. Крім того, необхідно надати повний доступ державних реєстраційних органів і нотаріусів до електронних документів, що потягне зловживання. Фактично нині в країнах СНД на державну реєстрацію та нотаріальне посвідчення приймаються лише паперові документи.

Юридична сила електронного документа. Досліджувані закони всіх держав прирівнюють за юридичною силою електронні документи до документів на паперових носіях (ст. 11 Закону Білорусі, ст. 7 Закону Казахстану, ст. 6 Закону Молдови, ст. 9 Закону Туркменістану). Складніше вирішується питання про процесуальне використання електронних документів.

Так, Закон Білорусі (ст. 11) повністю прирівнює паперові й електронні документи, встановлюючи таке правило: якщо законодавством вимагається, щоб документ був складений письмово або наданий у письмовому вигляді, то

електронний документ вважається таким, що відповідає цим вимогам.

За Законом Вірменії (ст. 4) державні органи, органи місцевого самоврядування, фізичні й юридичні особи не зобов'язані приймати захищені електронним цифровим підписом електронні документи, якщо вони не мають відповідних технічних засобів.

За Законом Молдови (ст. 6) порядок використання електронних документів у судовій системі регламентується процесуальним законодавством.

Наведені приклади свідчать, що електронний документ декларативно прирівняний до традиційного паперового документа, але відсутній механізм його використання: немає процесуально-правового регулювання, технічної бази для поширення, перш за все, у сфері публічних відносин.

Висновки

Проведений аналіз дозволив визначити основні помилки в регулюванні електронної комерції. Закони у сфері електронної взаємодії базуються на системі понять, притаманних навіть не традиційній комерції, а паперовому документообігу, оскільки ключовим поняттям електронної комерції є електронний договір, що зводиться до електронного документа. Але це неприпустимо, адже електронний документ, як і будь-який документ, регулюється імперативним методом адміністративного права. Електронний договір знаходиться, насамперед, під юрисдикцією цивільного права з його пануючим диспозитивним методом. Тому в правовому регулюванні електронної комерції є колізії. Так, законодавчо фактично дозволено електронна комерція, проголошена можливість вчинення правочинів за допомогою електронного документа. При цьому відсутні спеціальні правила обороту таких документів, тобто на них пропонується поширити вимоги паперового документообігу, що неможливо через їх різну природу. Інша колізія на прикладі Вірменії полягає в «замкненому колі» відсилки до різних нормативних актів, коли Цивільний кодекс відсилає до спеціального закону, а спеціальний закон – до Цивільного кодексу. На даний момент електронна комерція в державах, які ми досліджували, активно розвивається і без законодавчого регулювання, адже має ряд переваг, насамперед це – економія часу. Але вона потребує визначеного правового статусу, без якого неможливий легальний захист прав її суб'єктів, що є найпершою функцією права.

This article examines the problems in the electronic commerce legal regulation in the CIS countries. The author has analyzed the corresponding legislation that acts in Armenia, Moldova, Kazakhstan, Belarus and Turkmenistan, has compared the laws and drawn his own conclusion on the question of the optimum electronic commerce regulation in the countries with Ukrainian-similar legal traditions.

В статье анализируются проблемы правового регулирования электронной коммерции в странах СНГ, делается вывод об оптимальном регулировании электронной коммерции в государствах с подобной украинской правовой традицией.



ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ НЕТРАДИЦІЙНОЇ БАНКІВСЬКОЇ ПОСЛУГИ ІНТЕРНЕТ-БАНКІНГ

Галина Михайлюк,

аспірантка кафедри цивільного права
Одеської національної юридичної академії

У статті аналізуються цивільно-правовий аспект нетрадиційної банківської послуги Інтернет-банкінг, проблеми, які існують у сфері здійснення Інтернет-банкінгу.

Ключові слова: Інтернет-банкінг, нетрадиційна банківська операція чи послуга, цивільно-правове регулювання, розрахунки, електронний цифровий підпис.

Проблема цивільно-правового регулювання інтернет-технологій в обслуговуванні клієнтів банку досить актуальна. Масштабна інтернетизація суспільства, поява нових банків, зростання потреб, які клієнт висуває до банку та банківської системи як такої, зумовили виникнення такого феномена, як інтернет-банк (повне віддзеркалення послуг, що надає звичайний банк в Інтернеті).

Питання виникнення та розвитку такої нетрадиційної банківської послуги, як надання банківських послуг за допомогою Інтернету в Україні, чи як її ще називають Інтернет-банкінг, потребує ґрунтовних досліджень. Воно є предметом науково-теоретичних робіт таких учених, як М. Деменков, О. Брегеда, М. Грачева, Л. Одегова та ін.

В українській банківській системі вже сформувалося розуміння необхідності та корисності впровадження інтернет-технологій під час обслуговування клієнтів. Ефективна організація цієї послуги не тільки приносить додатковий дохід банківській установі, а й сприяє іміджу клієнтської бази, її стрімкому розширенню. У світовій практиці наявність інтернет-послуг, що надають банки, вже стала звичною та сприймається клієнтами як належне. Провідні західні експерти вважають, що застосування інтернет-технологій у фінансовій сфері значно розширить спектр послуг, докорінно змінить звичну модель ділових відносин із клієнтами.

Проблема полягає в тому, що організація та впровадження таких систем в Україні є досить складною у зв'язку з відсутністю відповідного законодавства та неможливістю оподаткування через Інтернет.

Метою цієї статті є спроба здійснити цивільно-правовий аналіз нетрадиційної банківської послуги – надання послуг за допомогою Інтернету.

Вітчизняні банки в цьому напрямі роблять лише перші кроки. В українському ка-

талозі системи Інтернет інформаційного центру «ELVisti» зареєстровано дуже мало банківських серверів. Поясненням цьому є те, що розробкою та впровадженням веб-серверів, як правило, займаються ентузіасти-програмісти, а не менеджери банків. При цьому розміщення інформації на веб-серверах реальних банків – не єдиний спосіб використання можливостей інтернет-технологій. Створення віртуального банку, який працює у режимі реального часу в електронних мережах, дає змогу бізнесу вийти на новий рівень – оперативного проведення операцій в електронному просторі [1, с. 23].

Проблеми взаємодії Інтернету та банківської системи з кожним днем стають все більш актуальними. Причиною цього є небажання клієнта витрачати час на поїздки до банку та простоювання в чергах. Сьогодні вислів «час – це гроші» звучить як ніколи актуально, саме тому необхідне впровадження нових сучасних методів обслуговування клієнтів банку.

Інтернет-банкінг – це технологія віддаленого банківського обслуговування, яка дає змогу клієнтові отримувати банківські послуги, не відвідуючи банківський офіс (домашній банк). Ця технологія з'явилася на початку 80-х років XX ст. і з того часу набула популярності у світовій практиці банківської діяльності.

Інтернет вигідний для банків передусім тому, що інтернет-банкінг – це можливість залучити більшу кількість клієнтів, які можуть стати учасниками інтернет-банкінгу незалежно від місцезнаходження, що дозволяє навіть невеликому банку стати банком національного масштабу, хоча б за широтою розподілу клієнтури. Також слід згадати про конкуренцію, яка, як відомо, є рушійною силою прогресу. Вже сьогодні наявність системи інтернет-банкінгу в західних банках, які обслуговують фізичних осіб, є для них суттєвою конкурентною перевагою [2, с. 62].

За кордоном розрахунки через систему Інтернет здійснюються переважно за допомогою кредитних пластикових карток. У нашій

країні міжнародні пластикові картки має близько 1,5 % населення і це тільки тому, що існують так звані локальні картки (під зарплатні проекти), які обертаються лише в мережі відповідного банку. Переважно вони і формують ринок пластикових карток в Україні [1, с. 23].

Здійснення в Україні банківських розрахунків через Інтернет стримується також відсутністю відповідних законодавчих актів, які б регулювали цей вид діяльності. До вітчизняної інтернет-комерції певне відношення має лише постанова Правління Національного банку України «Про затвердження Положення про порядок емісії платіжних карток і здійснення операцій з їх застосуванням» від 19.04.2005 р. № 137, адже оплата банківських Інтернет-послуг здійснюється саме за допомогою пластикових карток, а також лист Департаменту платіжних систем Національного банку України «Про надання інформації про використання Інтернет-технологій клієнтами банків при здійсненні розрахунків» від 13.06.2007 р. № 25-112/1151-6023, в якому згадується про програмний продукт Інтернет-банкінг.

Хоча нормативних актів, які регламентують інтернет-торгівлю, ще немає, інтернет-комерція в Україні все ж розвивається. З'являються нові інтернет-магазини. Щоправда, сплатити за придбаний товар чи послугу через систему Інтернет у режимі он-лайн або кредитною картою, як у розвинутих країнах, можна лише в кількох із них. У решті оплата здійснюється традиційними способами перерахунку готівкових (або безготівкових) коштів через банк чи готівкою за фактом доставки товару. Зростаюча популярність інтернет-торгівлі все більше спонукає банки до пошуку адекватних систем роботи в інтернет-просторі.

Основна проблема банків у сфері, що розглядається, – гарантування їх безпечної роботи. Нарівні з традиційними формами гарантування платежів як для покупців, так і для продавців, на банки покладається нова важлива функція – забезпечити проходження трансакцій через систему Інтернет. Досвід закордонних банків свідчить про гостроту цієї проблеми, Інтернет став дуже привабливим для електронного шахрайства. Тому банки, зокрема великі, які мають корпоративних клієнтів, не поспішають входити у нову для них сферу діяльності. Вони зайняли очікувальну позицію. Д. Клива (член правління АКБ «Райффайзенбанк-Україна») зазначив, що «Інтернет-банкінг – більше для роздрібних банків, аніж для банків, зорієнтованих на корпоративних клієнтів. Тому ми поки що не поспішаємо із формуванням системи домашнього банкінгу (home-banking). Але як тільки клієнти виявлять достатній попит на таку послугу, ми її одразу ж запропонуємо» [1, с. 24].

Вагомою перевагою такої нетрадиційної банківської послуги, як надання банківських послуг за допомогою Інтернету, є відносні розміри накладних витрат; в Інтернет-банках вони у 2–3 рази нижчі, ніж у звичайних банках, а обробка Web-трансакцій обходиться у 5–10 разів дешевше, ніж при використанні традиційних каналів. Так, витрати на проведення фінансових операцій в офісі досягають 1,07 дол. США, поштою – 0,73, телефоном – 0,35, через банкомат – 0,27, через глобальну мережу – 0,10 дол. США.

Оплата банківських послуг через Інтернет відбувається за допомогою цифрових грошей. *Цифрові гроші* – це система електронних цифрових знаків, випускаючи які емітент підтверджує своє зобов'язання в будь-який момент часу прийняти їх у пред'явника й обміняти на паперові еквіваленти, за вирахуванням певної комісії.

М. Деменков припускає, що ця схема схожа із схемою роботи з векселями. Так, емітент випустив вексель з акцептом і бланковим індосаментом; через деякий час ремітенту необхідно придбати товар або послугу. Він оплачує свою покупку векселем, шляхом відмови від права володіння векселем (зазначення індосаменту на зворотній стороні векселя). Новий власник векселя пред'являє його емітенту й отримує гроші [2, с. 16]. Ця схема ідентична Інтернет-платежам; крім того, векселедержатель має паперову «гарантію» повернення коштів, що з психологічної точки зору більш надійно.

Ще однією відмінністю та найбільшою перешкодою в розвитку електронних платежів є, на відміну від векселеобігу, практично повна відсутність регулюючого законодавства.

Згідно з п. 2 ст. 5 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 р. № 2346-III відносини між суб'єктами (членами й учасниками платіжних систем) переказу регулюються на підставі договорів, укладених між ними з урахуванням вимог законодавства України; відповідно до п. 2.3 ст. 9 цього ж Закону банк визначає умови та порядок функціонування власної внутрішньобанківської платіжної системи з урахуванням вимог закону та нормативно-правових актів Національного банку України. Іншими словами, ці статті можна трактувати таким чином, що банки беруть на себе правову сторону регулювання власних платіжних систем, а в нашому випадку – і послуг, які вони надають через Інтернет. З логічної сторони це абсолютно правильно, адже Інтернет-перекази з технологічної точки зору відбуваються практично так само як і перекази за допомогою платіжних доручень. Різниця полягає в тому, яким чином банк отримує розпорядження від клієнта виконати переказ. Ось тут і виникає основна проблема – проблема ідентифікації особи

клієнта. При прямому обслуговуванні ідентифікацію проводить операціоніст, при дистанційному – програмне забезпечення, що є відносним і, крім того, не завжди безпечним, навіть не так з точки зору технічної сторони захисту, як людської недбалості (залишився ввімкнутий комп'ютер, загубився пароль тощо). Вирішити дану проблему можна за допомогою введення в масову експлуатацію електронного цифрового підпису [2, с. 17].

Згідно із Законом України «Про електронний цифровий підпис» від 22.05.2003 р. № 852-IV *електронний цифровий підпис* – це вид електронного підпису (дані в електронній формі, які додаються до інших електронних даних або логічно з ними пов'язані та призначені для ідентифікації підписувача цих даних), отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується та дає змогу підтвердити його цілісність, ідентифікувати підписувача.

Незважаючи на існування в Україні цього Закону, практичного застосування вказана технологія сьогодні не має через небажання людей користуватися зазначеним методом ідентифікації.

При здійсненні банківських послуг за допомогою Інтернету слід також врахувати неможливість відмови від зобов'язань за он-лайнними трансакціями та сувору відповідальність за їх проведення. Найбільш надійним способом уникнути недобросовісного сторнування електронних угод є використання сертифікатів цифрового підпису на базі інфраструктури відкритого ключа, в рамках якої кожен контрагент має свою пару ключів (шифрів). За допомогою секретного ключа генерується цифровий підпис і зашифровується текст, а за допомогою відкритого ключа (парного до секретного) здійснюється розшифровування та перевірка достовірності документа. Банк сам може стати підтверджуючим центром з випуску сертифікатів або вдаватися до послуг незалежних центрів. В останньому випадку необхідно обирати організацію, які забезпечують такий самий рівень аутентифікації, що й банк.

Одним із основних питань сьогодення є збереження конфіденційності банківської інформації. Всі конфіденційні дані та записи повинні бути захищені під час передачі у відкритих, закритих і внутрішньобанківських комунікаційних мережах та доступні тільки особам, агентам і системам, що мають відповідні повноваження та пройшли процедуру аутентифікації. Використовувані банком стандарти щодо забезпечення конфіденційності слід поширити і на сторонні організації, які залучаються до надання електронних послуг. Всі випадки доступу до такого роду даних і записів необхідно реєструвати, а реєстраційним файлам потрібно надати під-

вищену стійкість до розкрадань і спотворень [3, с. 46].

Необхідним є також запобігання несанкціонованого доступу до клієнтської інформації. Стандарти використання інформації про клієнтів, що накопичується банком у процесі надання он-лайнних послуг, повинні відповідати всім вимогам законодавства тих держав, на які поширюється Web-обслуговування. Сервіс-провайдером, з якими співпрацює банк, також слід дотримуватися цих стандартів. Банк зобов'язаний дати своїм вкладникам і позичальникам право заборонити передачу відомостей про себе третім особам, які бажають використовувати їх для маркетингу.

Через зазначені складнощі виникають проблеми з можливістю віддаленого відкриття Інтернет-рахунку. Адже основною вимогою НБУ є повна ідентифікація банком особи, яка відкриває поточний рахунок, а для цього клієнту необхідно прийти безпосередньо в банк. Таким чином, втрачається основна перевага Інтернет-платежів – мобільність, особливо якщо клієнт і банк знаходяться в різних областях країни.

Російські вчені, зокрема М. Грачева, зазначають, що важливого значення в нових умовах набуває правовий ризик, який виникає внаслідок порушення законів і директив регулюючих органів, а також недостатньо чітке визначення прав та обов'язків контрагентів. Юридичні реалії оформлюються повільніше, ніж економічні, і це особливо помітно в такій динамічній сфері, як Інтернет-банкінг. Специфічними для електронного банківського сервісу аспектами правового ризику є те, що [3, с. 44]:

- не в усіх країнах прийняті закони про електронні підписи та про дійсність договорів, що укладаються електронним способом;
- у різних державах неоднаково трактується питання про банківську діяльність, що підлягає ліцензуванню (наприклад, наглядові органи можуть вимагати отримання ліцензії від Web-сайту, який рекламує послуги банку на тій мові, що використовується в даній країні, при цьому навіть тоді, коли до реальних операцій справа ще не дійшла);
- виникають особливі вимоги до дотримання принципу «знай свого клієнта», що законодавчо впроваджується в банківський бізнес у рамках боротьби з легалізацією злочинних доходів і тероризмом;
- банкам стає важче забезпечити рівень захисту персональної клієнтської інформації, що передбачається законом, особливо якщо сайт банку пов'язаний із сайтом-агрегатором електронного фінансового супермаркету;
- банки, які організували засвідчувальні центри з випуску сертифікатів і підтвердження автентичності цифрового підпису, можуть бути притягнуті до юридичної відповідальності, якщо при використанні даних сер-

тифікатів сторони, що беруть участь в угоді, зазнають збитків.

Сьогодні жоден із вітчизняних банків не може надати послугу кредитування через Інтернет з повною функціональністю, тобто при оформленні кредиту через Інтернет клієнту все ж необхідно приходити в банк для здійснення ідентифікації. Але у такому випадку кредитування через Інтернет взагалі втрачає сенс. Причиною цього є недосконале законодавство та відсутність технології цифрового підпису, що давало б можливість ідентифікації особи, яка зайшла на сайт, на відстані.

Наведене свідчить, що банківській системі України ще далеко до європейських стандартів інтернет-обслуговування. Причиною цього є необхідність хоча б одноразового відвідування клієнтом банку, що зводить практично нанівець власне сутність дистанційного обслуговування.

Для нормального та повноцінного функціонування системи інтернет-платежів в Україні необхідно запровадити систему цифрових підписів, які забезпечать можливість ідентифікувати особу на відстані. Слід зазначити, що цифровий підпис має видаватися одночасно з паспортом та ідентифікаційним кодом. Така процедура має бути обов'язковою. Незважаючи на труднощі із запровадженням інтернет-технологій у банківській сфері, з кожним днем кількість бажаючих зайняти свій сегмент ринку банківських інтернет-технологій збільшується. Згідно з основним законом економіки «попит визначає пропозицію», можна зробити висновки, що послуги, які надають банки через Інтернет, з кожним днем цікавлять все більшу кількість споживачів. Саме тому банки, які першими досягнуть відображення своєї діяльності в Інтернеті, займуть провідні позиції на банківському ринку України [4, с. 64].

Висновки

Пріоритетні напрями подолання існуючих прогалин у сфері цивільно-правового регулювання Інтернет-банкінгу передбачають: розробкою та наданням банківських послуг за допомогою Інтернету повинні займатися кваліфіковані менеджери банку, а також юристи, які зможуть спрямовувати діяльність банку через надання відповідних правових консультацій (враховуючи правові новели, закордонні тенденції правового регулювання даного питання);

The article is devoted to the civil legal analysis of Non-Traditional Banking Transaction Internet-banking. The existing main problems in the sphere of Internet-banking are stated, the areas, in which priority directions and drafts in the sphere of civil legal regulation of Internet-banking should be directed, are defined. The analysis is conducted with taking into account the existent legal norms in the legislation through this question.

В статті аналізуються громадянсько-правовий аспект нетрадиційної банківської послуги Інтернет-банкінг, основні проблеми, які існують в сфері здійснення Інтернет-банкінга.

запровадження правових норм, спеціальних програм чи технологій, які нададуть можливість здійснювати оподаткування через Інтернет;

необхідність гарантування безпечності платежів як для покупців, так і для продавців банківських послуг;

збереження конфіденційності основної банківської інформації;

запобігання несанкціонованого доступу до клієнтської інформації та встановлення відповідальності за відповідні дії;

необхідність запровадження системи цифрових підписів, які дозволитимуть ідентифікувати особу на відстані;

для масового впровадження Інтернет-розрахунків у повсякденне життя суспільства, перш за все, слід прийняти Закон «Про Інтернет» та надати йому певний статус;

правилом має стати те, що створювати та регулювати платіжні системи мають саме банки, а не фірми з обмеженою відповідальністю.

Крім того, важливе значення має усвідомлення людьми зручності, надійності й економії при здійсненні Інтернет-платежів.

На сучасному етапі розвитку банківської системи України, для створення конкурентного середовища необхідно проводити інноваційну діяльність щодо запровадження нових, конкурентоспроможних продуктів і послуг з орієнтацією на вітчизняні особливості банківської системи. Надання банківських послуг за допомогою Інтернету є одним із них. Слід пам'ятати, що впровадження та розширення нових нетрадиційних банківських послуг повинно поєднуватися з постійним удосконаленням традиційних напрямів обслуговування клієнтів.

Література

1. Брегеда О. Місце банківських послуг в Інтернет-просторі України // Вісник Національного банку України. – 2001. – № 6. – С. 23–25.
2. Деменков М. С. Інтернет-платежі в сучасній банківській сфері // Економіка. Фінанси. Право. – 2007.
3. Грачева М. В. Электронные банковские услуги: особенности управления рисками // Мировая экономика и международные отношения. – 2002. – № 11. – С. 39–48.
4. Деменков М. С. Інтернет-технології в обслуговуванні клієнтів банку // Банківська справа. – 2009. – № 1. – С. 58–65.



ПРАВОВІ ЗАСАДИ ЗДІЙСНЕННЯ СТРАХУВАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АУДИТОРІВ

Олена Файєр,

здобувачка кафедри цивільного права № 1
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків



У статті аналізуються проблеми здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів, визначається поняття «професійна відповідальність аудитора», розглядаються страхові випадки та підстави виплати страхового відшкодування за договором страхування професійної відповідальності аудитора.

Ключові слова: аудитор, аудиторська діяльність, професійна відповідальність, страховий випадок, страхування професійної відповідальності аудитора.

Аудит є одним із інструментів, що допомагає розвивати економічні та правові відносини, зокрема міжнародні, оскільки забезпечує довіру до перевіреної фінансової інформації для її користувачів різних рівнів (міжнародного, державного, урядового, підприємства) [1, с. 116].

Аудиторська діяльність пов'язана з ризиками, що виникають у процесі здійснення професійної аудиторської діяльності, як для суб'єкта господарювання, де проводиться аудит, так і для третіх осіб, діяльність яких залежить від фінансового стану суб'єкта господарювання, про який третя особа дізнається з аудиторського висновку або із засобів масової інформації, де публікується звітність суб'єкта господарювання.

Аналіз наукових досліджень і публікацій свідчить, що питання страхування професійної відповідальності, у тому числі аудиторів, гідним чином не розглянуто. Зазвичай розглядається стан якості аудиторських послуг, аналізуються аудиторські ризики, їх особливості, проблеми відповідальності аудиторів, однак недостатньо вивчаються питання щодо захисту суб'єктів господарювання від професійних помилок аудитора та самих аудиторів шляхом використання інституту страхування, тобто укладання договору страхування професійної відповідальності аудитора.

Питаннями аудиторської діяльності та відповідальності аудиторів опікувалося багато вітчизняних учених. Найбільш повно ці питання висвітлили у своїх роботах Л. Одинцова, Л. Волинець, О. Лубенченко, О. Редько, О. Харламова та ін. [1–6]. Розробленню положень щодо визначення страхування професійної відповідальності аудиторів присвячені роботи Н. Внукова, Л. Временко, І. Шинкаренко, С. Курп'якової, Т. Попової [7–9]. Але проблеми страхування професійної відповідальності, закріплення особливостей здійснення цього виду страхування на законодавчому рівні на сьогодні більше цікавлять практиків: з одного боку, аудиторів, з іншого – страховиків. Отже, практика вимагає

наукового дослідження поставлених проблем та завдань з питань здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів, а саме – визначення поняття «страхування» професійної відповідальності аудиторів, виокремлення особливостей здійснення цього виду страхування, визначення місця та мети страхування професійної відповідальності аудиторів серед інших видів страхування відповідальності.

Метою цієї статті є дослідження поняття «професійна відповідальність аудиторів», оскільки особи аудитора як професіонала, тобто особи, яка здійснює професійну аудиторську діяльність, визначення особливостей здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів.

Розвиток ринку аудиторських послуг визначається факторами, притаманними саме вітчизняному середовищу підприємництва: цінова політика; ініціатива проведення перевірки; якість аудиту та аудиторських послуг; ототожнення аудиту з ревізією; зміст аудиторських послуг, серед яких виділяють чотири групи: завдання з надання впевненості; супутні послуги, визначені міжнародними стандартами супутніх послуг; інші послуги, пов'язані з професійною діяльністю аудиторів (аудиторських фірм); організаційне та методологічне забезпечення аудиту [10, с. 44–45]. На думку О. Редько, аудитом є інтелектуальна підприємницька діяльність у формі інформаційних послуг, де людський фактор відіграє основну роль, оскільки різні аудитори за одним і тим самим питанням можуть висловлювати протилежні професійні судження [5, с. 47]. Якість аудиторських послуг, перш за все, залежить від кваліфікації персоналу аудиторської фірми, його обізнаності в технологіях перевірок і нормах чинного законодавства. Якість аудиторських послуг формує репутацію та діловий імідж аудитора чи аудиторської фірми [3, с. 29].

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 р., аудиторська діяльність – це підприємницька діяльність, яка включає в себе організаційне та методичне забезпечення аудиту, практичне виконання аудиторських перевірок (аудит) і надання інших аудиторських послуг. Окрім проведення аудиторських перевірок (аудиту) з питань підприємницької діяльності, аудиторські послуги можуть надаватись у формі економіко-правового аналізу засновницьких документів і бізнес-планів, фінансового аналізу бухгалтерської звітності, проведення експертиз, пов'язаних з аудитом, консультацій з питань бухгалтерського обліку, звітності, оподаткування, аналізу фінансово-господарської діяльності та інших видів економіко-правового забезпечення підприємницької діяльності фізичних та юридичних осіб. Особи, які споживають послуги аудиторів, при прийнятті рішень щодо подальшого здійснення своєї діяльності покладаються на надані їм аудиторські висновки. Тому навіть дрібні помилки аудиторів можуть мати досить серйозні наслідки для їх клієнтів. Особа, яка здійснює професійну діяльність, зокрема аудиторську, відповідає за всі наслідки та відчутні збитки, які можуть виникнути в майбутньому в результаті невиконання або неналежного виконання нею своїх професійних обов'язків, та у випадку настання професійної відповідальності змушена відшкодувати реальну шкоду, упущену вигоду, компенсувати моральну шкоду, а також, у випадках, передбачених договором або законом, сплатити неустойку [11, с. 631].

Стаття 4 Закону України «Про аудиторську діяльність» передбачає, що аудитором може бути фізична особа, яка має сертифікат, який визначає її кваліфікаційну придатність на заняття аудиторською діяльністю на території України. Аудитор повинен відповідати всім ознакам професіонала, а саме – мати вищу освіту, володіти спеціальними знаннями та відповідною професійною підготовкою. Аудиторська діяльність, як зазначає О. Редько, повинна бути саме професійною. Це означає, що суб'єкт аудиту має певний портфель замовлень, ритмічно, без простой, працює, надає достатній спектр аудиторських послуг, дотримується норм професійної етики, застосовує в своїй роботі стандарти аудиту тощо [4, с. 37].

Особливо складно оцінити якість юридичних, медичних та аудиторських послуг, оскільки зазвичай клієнти не знають, чого очікувати (адже послуга не існує до її надання). У зв'язку з цим відсутні об'єктивні можливості порівняння й оцінки послуг до їх отримання. Навіть, коли послуга вже надана, споживачі не можуть точно визначити, наскільки добре це було зроблено. Сама аудиторська діяльність займає особливе місце серед інших видів професійної діяльності, оскільки характеризується специфікою документів, що перевіряються, та значним колом користувачів аудиторських висновків.

Професійна відповідальність аудитора може наставати за некваліфіковане проведення аудиту; за негативні для клієнта наслідки виконання рекомендацій аудитора; за несвоєчасне виконання робіт; за стан бухгалтерського обліку і звітності, якщо аудитор сам веде облік замовника; за збиток, завданий несанкціонованим розголошенням інформації тощо [7, с. 390].

Страховання професійної відповідальності здійснюється для забезпечення гарантованого захисту аудиторів і аудиторських фірм, що виконують свої професійні обов'язки, надаючи третім особам відповідні професійні послуги. Тому аудитори й їх клієнти заінтересовані в укладенні договорів страхування професійної відповідальності.

Відповідно до ст. 4 Закону України «Про страхування» від 07.03.1996 р. предметом договору страхування відповідальності є майнові інтереси, пов'язані з відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі. Таким чином, предметом договору страхування професійної відповідальності аудитора є майнові інтереси страхувальника (особи, яка здійснює аудиторську діяльність), пов'язані з відповідальністю за шкоду, спричинену клієнтам та/або третім особам у результаті професійної помилки, упущення або недбалості, що відбулися при здійсненні нею аудиторської діяльності як унаслідок випадку, так і неправильно обраних технічних і технологічних прийомів аудиту.

На сучасному етапі розвитку країни особливого значення набуває обов'язковий аудит, необхідність проведення якого пов'язана з тим, що фінансова звітність, яка використовується третіми особами для прийняття рішень щодо своєї подальшої діяльності, може бути викривлена з різних причин (навмисно чи випадково) і не будь-яка особа (навіть ознайомившись з первинними бухгалтерськими документами та з фінансовою звітністю підприємства, установи, організації) може зробити висновки щодо її достовірності.

О. Харламова, визначає обов'язковий аудит як проведення незалежної аудиторської перевірки стану бухгалтерського обліку та фінансової звітності у випадках, передбачених чинним законодавством України, з метою офіційного підтвердження її повноти, законності та достовірності [6, с. 44]. Стаття 8 Закону України «Про аудиторську діяльність» визначає випадки обов'язкового проведення аудиту: підтвердження достовірності та повноти річної фінансової звітності та консолідованої фінансової звітності відкритих акціонерних товариств, підприємств – емітентів облігацій, професійних учасників ринку цінних паперів, фінансових установ та інших суб'єктів господарювання, звітність яких відповідно до законодавства України підлягає офіційному оприлюдненню, за винятком установ і організацій, що повністю утримуються за рахунок державного бюджету; пе-

ревірки фінансового стану засновників банків, підприємств з іноземними інвестиціями, відкритих акціонерних товариств (крім фізичних осіб), страхових і холдингових компаній, інститутів спільного інвестування, довірчих товариств та інших фінансових посередників; емітентів цінних паперів при отриманні ліцензії на здійснення професійної діяльності на ринку цінних паперів. Проведення аудиту є обов'язковим також в інших випадках, передбачених законами України. Так, ст. 43 Закону України «Про страхування» передбачено, що у випадку проведення примусової санації здійснюється комплексна перевірка фінансово-господарської діяльності страховика, у тому числі обов'язкова аудиторська перевірка.

Аудит проводиться на основі договору між аудитором і суб'єктом господарювання. Договір про надання аудиторських послуг є документом, який засвідчує факт домовленості між аудитором і замовником про проведення аудиторської перевірки та/або про надання супутніх аудиторських послуг. Договір про надання аудиторських послуг повинен містити такі суттєві умови, як предмет договору, вартість послуг і строки виконання робіт. У випадку порушення умов договору про надання аудиторських послуг клієнт або інша заінтересована особа має право вимагати відшкодування збитків.

Закон України «Про аудиторську діяльність» містить норми щодо відповідальності аудиторів та аудиторських фірм. За договором про надання аудиторських послуг аудитор чи аудиторська фірма несе відповідальність перед особою, якій надаються аудиторські послуги й яка буде вигодонабувачем за договором страхування професійної відповідальності аудиторів. Разом із тим слід зазначити, що при здійсненні аудиторської діяльності шкода може бути завдана не тільки особі, якій надаються аудиторські послуги, а й третім особам (засновникам, кредиторам, партнерам суб'єкта господарювання), оскільки саме ці особи є користувачами інформації, наданої аудитором, тобто аудиторського висновку, на підставі якого вони приймають важливі економічні рішення для подальшої діяльності свого суб'єкта господарювання.

Як правило, страховики укладають договори страхування професійної відповідальності аудиторів від таких страхових ризиків: ненавмисної помилки, недбалості при наданні аудиторських послуг; неналежного виконання страхувальником (особою, яка здійснює аудиторську діяльність) своїх зобов'язань і професійних обов'язків; ненавмисної втрати, знищення або пошкодження документів або майна, які належать клієнту страхувальника, під час проведення аудиту (аудиторської перевірки); ненавмисного розголошення відомостей (інформації), отриманих страхувальником у зв'язку з наданням аудиторських послуг тощо.

Слід зазначити, що чинне законодавство з питань здійснення аудиторської діяльності не

містить жодної норми щодо страхування професійної відповідальності аудиторів. Більше того, чинне страхове законодавство також не має жодного положення, яке б зобов'язувало аудиторів страхувати свою професійну відповідальність навіть у випадку проведення обов'язкового аудиту. На нашу думку, це є необґрунтованим, оскільки при проведенні будь-якої аудиторської перевірки аудитор може вчинити професійну помилку, яка потягне за собою великі збитки для підприємства чи організації, за ініціативою якої здійснювався аудит. Відсутність законодавчої вимоги щодо страхування професійної відповідальності аудиторів свідчить про те, що інтереси суб'єктів господарювання, які звертаються до аудиторів чи аудиторських фірм, зовсім не враховуються та не захищаються від можливого завдання збитків. Таким чином, закон не забезпечує захист майнових інтересів як аудиторів, так і суб'єктів господарювання, щодо яких проводиться аудит, та третіх осіб у випадку неякісного надання аудиторських послуг. У той самий час у більшості розвинутих країн, у тому числі Європейського Союзу, страхування професійної відповідальності аудиторів є обов'язковим. Зокрема, велику увагу питанням страхування професійної відповідальності аудиторів приділяють у Швеції. Аудитори й аудиторські організації повинні укласти угоду про страхування або залишити в Комісії з питань аудиторської діяльності заставу під зобов'язання відшкодування збитків, які аудитор або аудиторська організація можуть понести в ході своєї діяльності. Виключення з цієї вимоги може бути здійснено Комісією з питань аудиторської діяльності лише за наявності особливих обставин [9, с. 79].

Висновки

Аудит як форма незалежного контролю діяльності суб'єктів господарювання набуває вагомому статусу в суспільно-політичному житті країни. Однак аудит завжди пов'язаний з певними ризиками. Як правило, помилки допускаються при перевірці даних бухгалтерського обліку, передусім первинного, під час проведення внутрішнього аудиту. Тому аудитори та власники, керівники, головні бухгалтери суб'єктів господарювання заінтересовані в зменшенні аудиторського ризику.

Професійна відповідальність аудитора – це застосування до фізичної (аудитор) або юридичної (аудиторська фірма) особи, яка здійснює аудиторську діяльність, має сертифікат аудиторської палати України, включена до Реєстру аудиторських фірм та аудиторів, що підтверджується свідоцтвом відповідного зразка, у випадку завдання нею шкоди суб'єктам господарювання та/або третім особам при невиконанні або неналежному виконанні своїх професійних обов'язків, заходів державного примусу у вигляді санкцій (додаткових обтяжень),

спрямованих на відновлення порушених прав та інтересів суб'єкта господарювання та/або третьої особи.

Однак через відсутність у нормах чинного законодавства вимоги щодо страхування професійної відповідальності аудиторів, інтереси аудиторів (аудиторських фірм), суб'єктів господарювання, які звертаються до них із замовленнями провести аудиторські перевірки бухгалтерської та/або фінансової звітності або надати супутні послуги з аудиту, та/або третіх осіб (акціонерів, засновників, клієнтів та інших осіб) не враховуються та не захищаються від можливого завдання збитків.

Важливим моментом при здійсненні страхування професійної відповідальності є умови настання та засоби визнання події, що сталася, страховою, тобто передбаченою договором страхування професійної відповідальності аудиторів. На сьогодні серед українських страховиків склалася практика визнавати подію, що сталася у зв'язку із допущенням особою, яка здійснює професійну діяльність, професійних помилок, страховим випадком лише на підставі судового рішення, що набрало чинності, та тільки після судового розгляду складати страховий акт і здійснювати виплату страхового відшкодування. Однак такі умови не є вигідними для страхувальників – осіб, які здійснюють професійну діяльність (у нашому випадку аудиторську). Страхувальник, його клієнт (суб'єкт господарювання) та/або третя особа повинні для отримання страхового відшкодування пройти тривалу та складну процедуру (звернення із позовом до суду, виступи та доказування в судовому процесі тощо), яка потребує як матеріальних, так і моральних затрат. Тому, на нашу думку, страховий випадок за договором страхування професійної відповідальності аудиторів повинен встановлюватися у більшості випадків не судовим рішенням, а, насамперед, діями самого страховика шляхом проведення експертиз, залучення спеціалістів, опитувань з питань допущених страхувальником професійних помилок і проведення інших дій, що є важливими з точки зору страховика для визнання події, що сталася, страховою.

This article deals with the problems of auditor's professional liability insurance. The author defines the subject of professional liability of auditor, examines insurance events and grounds of claims payable, which are provident in the liability insurance contract.

В статье анализируются проблемы осуществления страхования профессиональной ответственности аудиторов, определяется понятие «профессиональная ответственность аудитора», рассматриваются страховые случаи и основания выплаты страхового возмещения по договору страхования профессиональной ответственности аудитора.

Подальші дослідження мають спрямовуватися на розроблення умов здійснення страхування професійної відповідальності аудиторів з урахуванням вимог як аудиторів та аудиторських фірм, так і страховиків. Для цього слід посилити роль законодавства України шляхом прийняття постанови Кабінету Міністрів України з питань обов'язкового страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може завдати шкоду третім особам, із зазначенням у переліку цих осіб безпосередньо аудиторів (аудиторських фірм) з метою забезпечення та гарантування інтересів самих аудиторів, суб'єктів господарювання та/або третіх осіб.

Література

1. *Одінцова Л. М.* Шляхи інтеграції і гармонізації аудиту в Україні // Вісник Кременчуцького державного політехнічного університету. – 2006. – № 1. – С. 116–120.
2. *Волинець Л.* Об ответственности аудиторов // Современный бухгалтер. – 2006. – № 48. – С. 32–39.
3. *Лубенченко О. Е.* Формування конкурентних переваг аудиторських фірм // Экономика и управление. – 2007. – № 1. – С. 25–29.
4. *Редько О.* Професійний аудит в Україні: Інтродукція // Бухгалтерський облік і аудит. – 2009. – № 7. – С. 33–37.
5. *Редько А.* Качество аудиторских услуг: философия и мифология // Бухгалтерский учет и аудит. – 2009. – № 1. – С. 46–54.
6. *Харламова Е.* Обязательный аудит: кому это нужно? // Современный бухгалтер. – 2007. – № 3. – С. 44–48.
7. *Страхування: теорія та практика* / За ред. Н. М. Внукової. – Х., 2009. – 656 с.
8. *Шинкаренко И. Э.* Страхование ответственности. – М., 2006. – 416 с.
9. *Курякова С. И., Попова Т. А.* Некоторые вопросы страхования ответственности аудиторов при осуществлении обязательного аудита // Адвокат. – 2005. – № 12. – С. 79–80.
10. *Гаргола Ю. Г.* Ринок аудиторських послуг та можливості його розвитку // Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія: Екон. науки. – 2008. – Вип. 2. – С. 43–48.
11. *Файер О. А.* Поняття професійної відповідальності та підстави її виникнення // Форум права. – 2009. – № 3. – С. 627–633. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua.



ГАРАНТІЙНІ СТРОКИ У ДОГОВОРАХ ПРО ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

Надія Хащівська,

аспірантка Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва АПРН України

У статті аналізуються особливості цивільно-правового регулювання гарантійних строків у договорах про передавання майна у тимчасове користування, визначаються їх характерні ознаки.

Ключові слова: договір найму (оренди), строк (термін), цивільні права й обов'язки, захист прав, гарантійні строки, наймодавець, наймач, якість речі, гарантійні правовідносини, гарантійне зобов'язання.

Відносини, пов'язані з передаванням майна у платне тимчасове володіння та користування оформляються договорами майнового найму, зокрема такими його різновидами, як оренда, лізинг, прокат тощо. Сутність цих відносин полягає в тому, що власник або інший законний володілець майна на платних засадах дозволяє експлуатацію свого майна іншим особам, зберігаючи за собою право власності або інше речове право (наймача, заставоутримувача тощо) [1, с. 185]. Можливість отримати дохід (прибуток) від експлуатації майна іншими особами зумовлює економічну заінтересованість власника у здачі такого майна в найм. У свою чергу, заінтересованість наймача у наймі (оренді) майна виникає, коли його потреба в майні має тимчасовий характер або коли для придбання ним певного майна у свою власність немає достатньої кількості грошових коштів.

Белике значення має належне цивільно-правове регулювання строків укладення та дії договорів про передавання майна у тимчасове користування. Однак сучасне цивільне законодавство у сфері регулювання орендних відносин характеризується суперечливістю та нестабільністю, що зумовлює порушення, зокрема, строків у договорах майнового найму та спори між учасниками таких договорів.

Правовому регулюванню відносин з майнового найму (оренди) присвячена гл. 58 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України «Найм (оренда)», ч. 1 ст. 759 якої визначає, що договір майнового найму (оренди) – це цивільно-правовий договір, за яким наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк, § 5 гл. 30 Господарського кодексу (далі – ГК) України «Оренда майна та лізинг». Оренда цілісних майнових комплексів державних і комунальних підприємств, їх

структурних підрозділів, а також окремого індивідуально визначеного державного та комунального майна регулюється Законом України «Про оренду державного і комунального майна» в редакції Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про оренду державного майна» від 23.12.1997 р. Договірні відносини з лізингу майна регулюються Законом України «Про фінансовий лізинг» від 06.12.1997 р. в редакції Закону України від 11.12.2003 р. Питання щодо найму житла регламентовані нормами Житлового кодексу України, гл. 59 ЦК України. У ЦК України, крім загальних положень про найм, містяться окремі правила щодо прокату, найму (оренди) земельних ділянок, будівель та інших капітальних споруд, транспортних засобів і договору лізингу.

Чимало досліджень присвячено загальним теоретичним питанням окремих видів договорів майнового найму, проте питання цивільно-правового регулювання строків у договорах майнового найму залишається відкритим. Саме такий рівень розробленості теми зумовлює актуальність проведення даного дослідження.

З укладенням договору майнового найму, як і будь-якої іншої двосторонньої угоди, у кожній із сторін виникають права й обов'язки, які є його змістом. Здійснення суб'єктивних прав і виконання цивільних обов'язків відбувається у певних часових межах. Цивільно-правові строки є достатньо різноманітними та підлягають класифікації або поділу на види за різними підставами та критеріями, насамперед за способом позначення й обчислення, підставами встановлення, характером визначення, за призначенням, правовими наслідками тощо.

Одним із видів строків здійснення цивільних прав у договорах про передавання майна у тимчасове користування, нарівні із строка-

ми існування цивільних прав і преклюзивними строками, є гарантійні строки.

Метою цієї статті є визначення особливостей цивільно-правового регулювання гарантійних строків у договорах про передання майна у тимчасове користування.

Поняття «гарантія» у цивільному праві може розглядатися в декількох аспектах, які, з одного боку, зовсім не пов'язані один з одним, а з іншого – мають певне співвідношення.

Гарантія може розглядатися як передбачений законом спосіб забезпечення правомірності поведінки суб'єктів цивільних правовідносин. У даному випадку йдеться про гарантію як узагальнююче юридичне теоретико-практичне поняття. Юридичні гарантії, насамперед, покликані забезпечувати можливість реалізації та захисту цивільних прав. Гарантії реалізації спрямовані на використання суб'єктами цивільного обігу своїх прав, виконання ними обов'язків і законність притягнення їх до відповідальності. Гарантії захисту діють, як правило, у випадку порушення прав, виникнення перепон на шляху до їх використання тощо [2, с. 122]. Цивільне право містить велику кількість матеріальних норм, які встановлюють ті чи інші юридичні гарантії. Строки здійснення цивільних прав не просто впорядковують цивільні відносини, а ще й у багатьох випадках встановлюють процедуру реалізації цих прав.

Гарантія може виступати і засобом забезпечення виконання зобов'язання, який визначений ст. 560 ЦК України і регламентує відносини, за якими банк або інша фінансова установа чи страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Така гарантія, згідно із ст. 561 ЦК України, діє протягом строку, на який вона видана. З одного боку, гарантія є конкретною формою забезпечення виконання зобов'язання, з іншого – однією з матеріальних цивільно-правових гарантій, які є засобами забезпечення належних учасникам цивільних правовідносин прав і свобод.

Гарантійні строки можна визначити як періоди часу, протягом яких продавець, виробник чи інший послугонадавач гарантує придатність товару (речі) чи послуги для використання за звичайним призначенням, а набувач (користувач) вправі вимагати безоплатного усунення виявлених недоліків, заміни товару (послуги) або застосування інших визначених законом чи договором наслідків [3, с. 467]. Гарантійний строк є строком здійснення цивільних прав, а його використання відбувається в межах регулятивно-охоронних правовідносин. Деякі автори звертають

увагу на те, що у цивільному праві гарантійний строк є саме строком захисту цивільного права, який встановлюється в межах охоронних правовідносин [4, с. 5–6]. Однак, на нашу думку, гарантійний строк не можна вважати строком захисту, оскільки підставою виникнення правовідносин із застосуванням такого строку є не правопорушення; суб'єктами цих відносин у більшості випадків виступають сторони договору, які мають відносно одна одної певні гарантійні зобов'язання, обумовлені законом або договором.

Поняття «цивільно-правова санкція» та «гарантійне зобов'язання» не тотожні поняття. Але якщо застосування санкції в межах гарантійного строку (наприклад, за передання наймачеві речі з недоліками, що перешкоджають її використанню) передбачено законодавством або договором, то в даному випадку дійсно можна вказувати на наявність відповідальності, хоча така відповідальність не входить до гарантійного зобов'язання, а лише тісно з ним пов'язана. Цивільно-правова відповідальність може бути наслідком невиконання зобов'язаною особою гарантійного зобов'язання. Наймачі, отримуючи у користування річ з гарантійним строком, при виявленні недоліків у товарі мають право на виправлення цих недоліків, але за умови, що вони виявлені саме в межах цього строку. У випадках, коли зобов'язана особа відмовляється виконати покладені на неї обов'язки, можна вести мову про порушення зобов'язання та застосування заходів відповідальності. Крім того, за загальним правилом, притягнення до відповідальності передбачає наявність вини (ст. 614 ЦК України) у формі умислу або необережності, якщо інше не встановлено договором або законом. Так, згідно із ст. 767 ЦК України наймодавець зобов'язаний передати наймачеві річ у комплекті й у стані, що відповідають умовам договору найму та її призначенню, а також попередити наймача про особливі властивості та недоліки речі, які йому відомі й які можуть бути небезпечними для життя, здоров'я, майна наймача або інших осіб, призвести до пошкодження самої речі під час користування нею. У свою чергу, наймач зобов'язаний у присутності наймодавця перевірити справність речі; якщо він у момент її передання не переконається в її справності, річ вважається такою, що передана йому в належному стані. Таким чином, наймодавець не несе відповідальності за недоліки речі, що були ним повідомлені при укладенні договору найму або були заздалегідь відомі наймачеві, а також за ті недоліки, які наймач повинен був виявити у момент огляду речі чи перевірки її справності при укладенні договору або переданні речі у найм. У всіх інших випадках відпо-

відальність за недоліки переданого у найм майна покладається на наймодавця. Йдеться саме про ті недоліки, які перешкоджають використанню речі, переданої у найм, за її призначенням як повністю, так і частково.

Охоронна функція зазначених відносин полягає у тому, що гарантійні зобов'язання та строки здійснюють поновлення нормального правового й економічного або навіть особистого становища того чи іншого учасника цивільних правовідносин. Гарантійні строки не є строками захисту, але, виходячи з цієї позиції, їх цілком можна вважати одним із засобів захисту суб'єктивних цивільних прав, оскільки вони забезпечують упевненість користувачів товарами у тому, що отримані ними речі мають властивості, які забезпечать надійність їх служби у процесі використання. Гарантійні строки встановлюються для того, щоб захистити користувача від прихованих недоліків речі, які не можуть бути виявлені при звичайному прийманні товару, але можуть поглядів відносно розуміння та визначення правової природи гарантійних строків і термінів.

У цивільному законодавстві відсутнє єдине визначення гарантійного строку (як і інших видів строків здійснення цивільних прав). У правовій літературі також не існує єдності поглядів відносно розуміння та визначення правової природи гарантійних строків і термінів.

ЦК України визначає гарантійний строк як встановлений законом або договором строк, протягом якого продавець гарантує якість товару (ч. 2 ст. 675). Це визначення закріплене у загальних положеннях про купівлю-продаж у ЦК України. Застосування гарантійних строків відбувається не тільки при укладенні договору купівлі-продажу, а й при укладенні договорів найму, підяду, договору про надання послуг тощо. Так, ч. 1 ст. 768 ЦК України встановлює можливість наймодавця при укладенні договору найму гарантувати якість речі протягом усього строку найму, а ч. 2 зазначеної статті визначає наслідки виявлення недоліків речі, переданої в найм з гарантією її використання, що й є змістом гарантійного зобов'язання.

Гарантування якості речі, переданої у найм відображається у нормах цивільного законодавства або договорах, які шляхом закріплення гарантійних строків і термінів забезпечують такі права наймачів:

- на належну якість речі;
- на вимогу виконання зобов'язаною особою гарантійного зобов'язання у визначеному законом або договором обсязі;
- на безпеку речі.

Для забезпечення цих прав гарантійні строки можна поділити на декілька видів [5, с. 35]:

- строк користування виготовленими чи відремонтованими речами;

- гарантійний строк для явних і прихованих недоліків;

- гарантійний строк на основні та комплектуючі вироби.

Застосування гарантійних строків і захист прав користувачів у багатьох випадках здійснюється за допомогою інших, передбачених законом, строків, які також мають гарантійний характер. Це, насамперед, строки служби, зберігання, реалізації, транспортності товару тощо. Зазначені строки, як правило, не виділяються в окремі групи і розглядаються як різновид гарантійних строків, хоча кожний із них має свою специфіку застосування й обчислення та тягне особливі правові наслідки.

Закон України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. використовує поняття «гарантійний термін», а не поняття «гарантійний строк». Закріплення у ЦК України поняття «термін» дає підстави для розмежування цих понять. Слід зазначити, що Закон України «Про захист прав споживачів» не зовсім правильно формулює зазначене поняття, оскільки йдеться, як правило, саме про гарантійний строк, а той чи інший гарантійний термін дозволяє лише встановити, визначити або обчислити відповідний гарантійний строк. У більшості випадків гарантійний термін є складовою частиною гарантійного строку.

Встановлення гарантійного строку пов'язане з технічними характеристиками та можливостями речі. Таким чином, на гарантування якості впливають не тільки об'єктивні, а й суб'єктивні чинники. Перш за все для встановлення гарантійного строку мають значення технічні норми, які є показниками технічних можливостей виробу. Отже, гарантійні строки лише тоді будуть дійсно гарантійними, коли вони будуть технічно обґрунтованими нормами безвідмовної служби того чи іншого товару. Це є техніко-економічний аспект гарантійних строків, який полягає у тому, що *гарантійний строк слід розуміти як технічно обґрунтований прогресивний строк безвідмовної служби товару*. При цьому гарантійний строк служби товару слід відрізнити від строку служби товару, під яким розуміють календарну тривалість експлуатації виробу до його, наприклад, першого капітального ремонту.

В. Грибанов вважає, що максимально використати можливості, закладені в гарантійному строку, слід не тільки для забезпечення певної якості виробленої продукції, а й для подальшого її підвищення, а тому гарантійний строк повинен встановлюватися з певним перевищенням технічно обумовленої норми служби товару [6, с. 29–30]. Так, для наймачів встановлені у договорі тривалі га-

рантійні строки є підвищеною гарантією їх прав, але не слід забувати, що, як правило, тривалість гарантійного строку враховується у розмірі плати за користування річчю, переданою у найм, яка може суттєво підвищуватися. На сьогодні забезпечення якості тієї чи іншої речі, що передається у найм, та встановлення у зв'язку з цим додаткових юридичних гарантій (насамперед гарантійних строків) є важливою необхідністю. Відсутність гарантійного строку або його нетривалий характер суттєво знижують якість речі.

Дослідження техніко-економічного аспекту гарантійних строків лише допомагає з'ясувати їх сутність, але не висвітлює у повному обсязі їх юридичної природи. Основними юридичними ознаками гарантійних строків є те, що вони передбачені нормами права; мають своєрідний, юридично обґрунтований, механізм застосування; встановлюються, насамперед, в інтересах правомочних осіб; є важливою правовою гарантією реальності суб'єктивних цивільних прав; недотримання цих строків зобов'язаними особами тягне для них негативні наслідки у вигляді юридичної відповідальності.

Юридичне призначення гарантійних строків полягає у тому, що виробник-постачальник протягом цих строків зобов'язаний безоплатно усунути недоліки в продукції (товарах) або замінити недоброякісні вироби якісними [2, с. 135]. Так, згідно з ч. 2 ст. 768 ЦК України, якщо у речі, яка була передана наймачеві з гарантією якості, виявляться недоліки, що перешкоджають її використанню відповідно до договору, наймач має право за своїм вибором вимагати: заміни речі, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування річчю; безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору та відшкодування збитків, які були йому завдані.

Висновки

Встановлення гарантійного строку на річ, передану у найм, породжує особливу групу

правовідносин, які можна назвати гарантійними. При вирішенні питання про право наймача в разі отримання ним речі неналежної якості слід, насамперед, визначити характер цивільних правовідносин, що склалися між суб'єктами права, тобто з'ясувати: чи є вони гарантійними, чи вони не є гарантійними? Якщо недоліки речі були виявлені протягом встановленого гарантійного строку, то це гарантійні відносини і наймач має право за своїм вибором вимагати: заміни речі, якщо це можливо; відповідного зменшення розміру плати за користування річчю; безоплатного усунення недоліків речі або відшкодування витрат на їх усунення; розірвання договору та відшкодування збитків, які були йому завдані.

Наявність недоліків речі має правове значення лише у випадку, якщо вони виявлені протягом гарантійного строку. *Гарантійний строк у договорах про передачу майна у тимчасове користування – це встановлений законом або договором строк, протягом якого наймодавець (орендар) може гарантувати якість речі, переданої у найм.* Однак для реалізації, зокрема, права на безоплатне усунення недоліків товару необхідно не тільки знати тривалість гарантійного строку, а й порядок його обчислення. Тому такі строки все ж потребують чіткого визначення у нормах цивільного законодавства та закріплення механізмів їх застосування.

Література

1. Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності. – К., 2008. – 576 с.
2. Вахоньєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 224 с.
3. Гражданское право: В 2 т. – М., 1998. – Т. 1.
4. Луць В. Строки і терміни в новому Цивільному кодексі України // Юридична Україна. – 2003. – № 11.
5. Фридман Н. П. Сроки в гражданском праве. – М., 1986.
6. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 1967. – 411 с.

In the scientific article analyses the features of the civil legal adjusting of guarantee terms in agreements of the transfer of property in temporal using, certain their characteristic signs.

В статті аналізуються особливості гражданско-правового регулювання гарантійних строків в договорах о передаче имущества во временное пользование, определяются их характерные признаки.



ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РЕОРГАНІЗАЦІЇ ТА ЛІКВІДАЦІЇ ОБ'ЄДНАННЯ СПІВВЛАСНИКІВ БАГАТОКВАРТИРНОГО БУДИНКУ

Денис Кошелев,

здобувач Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

У статті розглядаються правові проблеми регулювання відносин, які виникають при реорганізації та ліквідації об'єднань співвласників багатоквартирного будинку.

Ключові слова: реорганізація, ліквідація, об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, загальні та спеціальні підстави ліквідації.

Об'єднання співвласників багатоквартирного будинку (далі – ОСББ) як вид юридичної особи із спеціальною правосуб'єктністю існують в Україні вже понад 18 років. Їх історію було започатковано з прийняттям Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» від 19.06.1992 р. Правові підходи до визначення статусу таких видів юридичних осіб не відрізнялися стабільністю. Тому до дослідження проблем як створення, так і припинення ОСББ зверталось багато правників, зокрема, М. Галантич [1], І. Кучеренко [2], А. Левик [3], О. Остапенко [4], Н. Христенко [5] та ін. У той же час проблеми реорганізації та ліквідації ОСББ не були предметом дослідження цивілістів.

Метою цієї статті є вирішення основних проблем, які виникають при реорганізації та ліквідації об'єднань, а також визначення напрямів удосконалення законодавства, яке регулює ці відносини.

У статті 59 Господарського кодексу (далі – ГК) України визначено п'ять форм реорганізації юридичних осіб: перетворення, виділ, поділ, приєднання, злиття. У разі злиття суб'єктів господарювання усі майнові права та обов'язки кожного з них переходять до суб'єкта господарювання, утвореного внаслідок злиття. У випадку приєднання одного або кількох суб'єктів господарювання до іншого суб'єкта господарювання до останнього переходять усі майнові права та обов'язки приєднаних суб'єктів господарювання. При поділі суб'єкта господарювання усі його майнові права і обов'язки переходять за роздільним актом (балансом) у відповідних частках до кожного з нових суб'єктів господарювання, що утворені внаслідок цього поділу. У разі виділення одного або кількох нових суб'єктів господарювання до кожного з них переходять за роздільним актом (балансом) у відповідних частках майнові права і обо-

в'язки реорганізованого суб'єкта, а в разі перетворення одного суб'єкта господарювання на інший до новоутвореного суб'єкта господарювання переходять усі майнові права і обов'язки попереднього.

Закон України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» від 29.11.2001 р. (далі – Закон про ОСББ) встановлює, що у статуті ОСББ мають передбачатися підстави та порядок реорганізації (злиття, поділу) об'єднання (ст. 7). Отже, як бачимо, інші форми реорганізації, а саме виділ, перетворення, поділ цей Закон не допускає. З такою нелогічністю навряд чи можна погодитися. Створення нової юридичної особи можливе як під час виділу, так і під час поділу.

Тому нелогічним є надавати ОСББ права провадити поділ та забороняти виділ. У той же час здається доволі проблематичним проведення інших форм реорганізації. Відповідно до ст. 4 Закону про ОСББ в одному житловому комплексі, в який може входити тільки один багатоквартирний будинок, може бути створене тільки одне об'єднання. Отже, фактично, для створення двох або більше ОСББ у процесі поділу необхідно поділити і багатоквартирний будинок, що є досить проблематичним, оскільки навряд чи такий об'єкт цивільних прав підлягає поділу. Напевно, є доцільним надавати право створення ОСББ на основі двох і більше багатоквартирних будинків, а відтак надати право на реорганізацію ОСББ шляхом приєднання або злиття.

Що стосується перетворення ОСББ на інші організаційно-правові форми, то загалом Закон про ОСББ навіть не допускає такої можливості, хоча в законодавстві інших країн таке право передбачене.

Відповідно до ч. 2 ст. 140 Житлового кодексу РФ товариство власників житла за рішенням загальних зборів власників приміщень у багатоквартирному будинку може бути перетворене на житловий або житлово-будівельний кооператив (відповідно ЖК або

ЖБК). Закон про ОСББ допускає лише можливість перетворення ЖБК (ЖК) в ОСББ.

Стаття 28 Закону про ОСББ встановлює, що об'єднання ліквідується у разі: фізичного знищення або руйнування житлового комплексу, яке унеможливує його відновлення або ремонт; відчуження житлового комплексу за рішенням суду; придбання однією особою всіх приміщень у житловому комплексі.

У той же час в інших нормативних актах визначаються інші підстави для ліквідації. Так, ст. 110 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України встановлює, що юридична особа може бути ліквідована: за рішенням її учасників, на підставі рішення органів управління; за рішенням суду у випадку визнання судом недійсною державну реєстрацію через допущення при її створенні порушення, які не можна усунути, а також в інших випадках, встановлених законом.

Стаття 38 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. виділяє такі підстави для ліквідації юридичних осіб на підставі рішення суду: визнання недійсним запису про проведення державної реєстрації через порушення закону, допущені при створенні юридичної особи, які не можна усунути; провадження нею діяльності, що суперечить установчим документам, або такої, що заборонена законом, та інші підстави. У ч. 6 ст. 59 ГК визначено, що суб'єкт господарювання ліквідується: за ініціативою осіб, зазначених у ч. 1 цієї статті, а саме за рішенням власника (власників) чи уповноважених ним органів, за рішенням інших осіб – засновників суб'єкта господарювання чи їх правонаступників, а у випадках, передбачених цим Кодексом, – за рішенням суду; у зв'язку із закінченням строку, на який він створювався, чи у разі досягнення мети, заради якої його було створено; у разі визнання його в установленому порядку банкрутом, крім випадків, передбачених законом; у разі скасування його державної реєстрації у випадках, передбачених законом. Оскільки відповідно до ст. 55 суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством, тоді ОСББ можна віднести до суб'єктів господарювання.

На думку В. Борисової, незважаючи на те, що юридичні особи різних організаційно-правових форм та видів мають особливі підстави ліквідації, можна виділити загальні, притаманні більш-менш усім юридичним особам [6, с. 149]. Із цим слід погодитися. Тим більше, що ні ЦК, ні Закон «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб –

підприємців» не встановлюють винятків для неможливості застосування встановлених цими законодавчими актами підстав для ліквідації.

Таким шляхом іде і практика. Так, товариство з обмеженою відповідальністю «Теле-радіокомпанія «Краєвид» звернулося до суду з позовом про визнання нечинним рішення Виконкому Миколаївської міської ради про проведення державної реєстрації ОСББ «Кредо». Як видно з протоколу установчих зборів ОСББ «Кредо», в них взяло участь 38 фізичних осіб, деякі з яких на дату проведення зборів не були власниками квартир. Державна реєстрація ОСББ «Кредо» була здійснена на підставі документів, які не відповідають вимогам ст. 6 Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» та статтям 3, 8 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», і ці порушення закону на дату прийняття рішення неможливо усунути. Враховуючи викладене, позов було задоволено (Постанова Господарського суду Миколаївської області від 06.11.2007 р. по справі № 11/146/07).

Аналізуючи спеціальні підстави для ліквідації ОСББ, встановлені ст. 38 Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», О. Скоропис зазначає, що: житловий комплекс не може бути знищений, оскільки знищеними можуть бути лише споруди чи будівлі, а не житловий комплекс; не може бути проведено і відчуження житлового комплексу за рішенням суду, оскільки житловий будинок складається із окремих квартир, нежилых приміщень, власниками яких є окремі суб'єкти (фізичні та юридичні особи, територіальна громада, держава), а також із спільного майна (загального та неподільного) [7, с. 87–90].

З такою критикою підстав ліквідації ОСББ загалом можна погодитися. Відповідно до ст. 1 Закону про ОСББ житловий комплекс – це єдиний комплекс нерухомого майна, що утворений земельною ділянкою в установлені межі, розміщеним на ній жилим багатоквартирним будинком або його частиною разом із спорудами та інженерними мережами, які утворюють цілісний майновий комплекс. Житловий комплекс складається із: земельної ділянки, житлового будинку, інших споруд та інженерних комунікацій. Також слід погодитися з критикою такої підстави, як неможливість відчуження судом житлового комплексу, оскільки він не є самостійним об'єктом цивільних прав ні ОСББ, ні власників квартир та нежилых приміщень, які знаходяться у багатоквартирному будинку.

Необхідно вирішити питання, чи доцільно провадити ліквідацію ОСББ у разі знищення багатоквартирного будинку. Напевно, що ні, оскільки колишнім співвласникам такого будинку потрібно надати право побуду-

вати новий будинок, а таке завдання може виконати лише об'єднання.

Законодавство інших країн не встановлює особливих підстав для ліквідації ОСББ. Так, ст. 141 Житлового кодексу РФ встановлює, що ліквідація товариства власників житла здійснюється на підставі і в порядку, встановленим цивільним законодавством.

На нашу думку, підстави ліквідації об'єднань співвласників мають відповідати загальним підставам ліквідації юридичних осіб, встановленим цивільним законодавством. У той же час Закон про ОСББ може визначати особливі підстави для ліквідації ОСББ. Якщо звернутися до процедури створення об'єднання, то відповідно до ст. 6 цього Закону на установчих зборах повинні бути присутніми більше 50 % власників квартир чи нежитлових приміщень. На наш погляд, якщо кількість членів об'єднання стає меншою за 50 % власників квартир та нежитлових приміщень, то об'єднання може бути ліквідоване, оскільки ця юридична особа створюється насамперед для належного утримання та використання неподільного і загального майна. Отже, управління таким майном має здійснювати більшість його власників. Відповідно до ст. 10 Закону про ОСББ до виключної компетенції загальних зборів членів об'єднання належить: прийняття рішення про реконструкцію та ремонт будинку або про зведення господарських споруд; ви-значення обмежень на користування об'єктами, які перебувають у спільній власності об'єднання; прийняття рішень про передачу в оренду об'єктів, які перебувають у спільній власності членів об'єднання, фізичним і юридичним особам. Такі рішення не можуть приймати особи, які не володіють більшістю квартир (нежитлових приміщень) у багатоквартирному будинку.

Відповідно до ст. 112 ЦК майно юридичної особи, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, передається її учасникам, якщо інше не встановлено установчими документами юридичної особи або законом. Особливістю розподілу майна об'єднання є те, що, по-перше, у разі ліквідації об'єднання кошти, що залишилися після задоволення вимог кредиторів, розподіляються між усіма власниками приміщень пропорційно сукупному розміру їх внесків та обов'язкових платежів на утримання і ремонт неподільного майна, відповідної частки загального майна, а також на інші спільні витрати у багатоквартирному будинку. По-друге, у випадках повернення коштів здійснюється залік заборгованості кожного власника перед об'єднанням відповідно до статуту цього об'єднання, а якщо власник приміщення в об'єднанні, незалежно від членства в ньому, має борг перед цим об'єднанням, сума якого перевищує суму його частки в майні, і відмовляється сплатити цей борг, спір вирішується у судовому порядку.

Стаття 96 ЦК встановлює, що юридична особа самостійно відповідає за своїми зобов'язаннями; учасник юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, установлених установчими документами та законом.

Покладення на власників приміщення в об'єднанні обов'язку сплати боргу у випадку його ліквідації не можна вважати відповідальністю учасника за зобов'язаннями ОСББ.

Суть цивільно-правової відповідальності визначається конкретним змістом того захищеного приватного інтересу кредитора, який полягає в отриманні від боржника справедливої компенсації за завдану внаслідок цивільного правопорушення шкоду [8, с. 647]. До характерних ознак цивільно-правової відповідальності, ознак, об'єктивно їй притаманних, що визначаються предметом і методом правового регулювання, належать: майновий та компенсаційний її характер; надходження результатів застосування санкції на користь особи, права якої порушено; можливість бути передбаченою домовленістю сторін; залежність застосування санкції від розсуду кредитора; можливість її добровільного покладання на себе правопорушником [9, с. 24]. Виконання власниками приміщень своїх зобов'язань перед ОСББ не є правопорушенням та санкцією. Тому у даному випадку йдеться про виплату боргу об'єднанню, а не відповідальності власників приміщення за зобов'язаннями ОСББ.

Слід зазначити, що процедура ліквідації будь-яких юридичних осіб встановлюється ЦК та Законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців».

Якщо звернутися до аналізу цих нормативних актів, то можна виділити такі етапи ліквідації юридичних осіб: прийняття рішення про ліквідацію та призначення ліквідатора (ліквідаційної комісії) або покладення цих функцій на орган управління; внесення до Єдиного державного реєстру запису про рішення щодо припинення юридичної особи; публікація відомостей про ліквідацію юридичної особи; виявлення кредиторів та боржників юридичної особи, перелік яких встановлюється у проміжному балансі; задоволення вимог кредиторів; затвердження ліквідаційного балансу; державна реєстрація ліквідації юридичної особи. Дещо інші підходи до процедури ліквідації ОСББ має Типовий статут, який встановлює такі особливості процедури ліквідації цієї юридичної особи: проведення ліквідації тільки ліквідаційною комісією, що суперечить ст. 105 ЦК, яка надає можливість проводити ліквідацію і органу управління юридичної особи; надання права ліквідаційній комісії (ліквідато-

рові) публікувати інформацію про ліквідацію об'єднання, що також суперечить Закону «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців», який встановлює, що таку публікацію здійснює орган державної реєстрації. Також відповідно до п. 14.3 Типового статуту після завершення ліквідації об'єднання майно та кошти розподіляються між його членами після закінчення ліквідаційної процедури, порядок проведення якої встановлюється законодавством України.

На підставі викладеного можна дійти таких **висновків**:

необхідно надати право провадити реорганізацію ОСББ у таких формах, як перетворення, виділ та приєднання. Останні дві форми реорганізації можуть бути застосовані лише у випадку, коли об'єднання створюється власниками квартир (нежитлових приміщень) декількох житлових будинків;

ОСББ може бути ліквідоване на загальних підставах, установлених ЦК та ГК, а також Законом «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців»;

пропонуємо виключити із ст. 28 Закону про ОСББ такі спеціальні підстави ліквідації ОСББ, як фізичне знищення або руйнування житлового комплексу, яке унеможливило його відновлення або ремонт, та відчуження житлового комплексу за рішенням суду;

враховуючи те, що основною метою ОСББ є управління неподільним та загальним майном, а відповідно до ст. 10 Закону про ОСББ до виключної компетенції загальних зборів членів об'єднання належить вирішення таких питань щодо розпорядження загальним та неподільним майном, необхідно встановити мінімальну кількість членів ОСББ,

яка не може бути меншою за 50 % власників квартир та нежитлових приміщень.

Слід зазначити, що на сьогодні продовжується робота над новим Житловим кодексом, тому є нагальна потреба у проведенні подальших наукових досліджень правових відносин, які виникають при реорганізації та ліквідації ОСББ, зокрема, визначення спеціальних підстав ліквідації таких об'єднань.

Література

1. *Галантич М. К.* Об'єднання співвласників багатоквартирного жилого будинку // Правовий статус непідприємницьких організацій / За ред. В. В. Луця. – К., 2006. – С. 141–169.
2. *Кучеренко І. М.* Об'єднання співвласників багатоквартирного будинку як особлива форма утримання приватного житлового фонду. – К., 2006. – 35 с.
3. *Левик А.* Закон «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку»: плюси і мінуси // Право України. – 2003. – № 4. – С. 93–95.
4. *Остапенко О. Г.* Правовий статус та організація діяльності органів самоорганізації населення в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2008. – 20 с.
5. *Христенко Н. Ю.* Право спільної сумісної власності фізичних осіб: Дис... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 187 с.
6. *Цивільне право України: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького.* – К., 2004. – Т. 1. – 720 с.
7. *Скоротис О. М.* Підстави для ліквідації об'єднань співвласників багатоквартирного будинку // Проблеми формування та реалізації державної житлової політики: Матеріали наук.-практ. семінару. – К., 2008. – С. 87–90.
8. *Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого.* – М., 2002. – Т. 1. – 776 с.
9. *Петров И. Н.* Проблемы повышения эффективности законодательства об ответственности хозорганов за нарушения обязательств: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1975. – 34 с.

The article examines the legal problems in regulation of relations that arise in the reorganization and liquidation of condominium.

В статье рассматриваются правовые проблемы регулирования отношений, которые возникают при реорганизации и ликвидации объединений совладельцев многоквартирного дома.



ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДЕЛІКТНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВИ ПЕРЕД ПІДПРИЄМЦЯМИ

Володимир Ольшанченко,

здобувач кафедри цивільного права № 1
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

У статті аналізуються особливості нормативного регулювання деліктної відповідальності держави перед підприємцями, формулюються рекомендації для вдосконалення правового регулювання деліктної відповідальності держави.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, деліктна відповідальність, деліктна відповідальність держави перед підприємцями.

Активний розвиток ринкових відносин вимагає наявності дієвих механізмів охорони та захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів суб'єктів підприємницької діяльності, що, у свою чергу, є необхідною умовою ефективного функціонування ринкової економіки. Це має знаходити своє втілення в напрацюванні оптимальних механізмів недовірної відповідальності з точки зору *de lege ferenda*. Така ситуація є перманентно необхідною у сучасних динамічних умовах розвитку взаємовідносин держави та суб'єктів підприємницької діяльності.

Історично склалося, що, як правило, основна увага приділялася деліктній відповідальності держави за незаконні дії перед громадянами [1]. Це спостерігається й у сучасних доктринальних дослідженнях, що присвячені питанням взаємовідносин держави та приватних суб'єктів.

Проблема деліктної відповідальності держави розглядалася, зокрема, Ю. Андрєєвим, І. Казанфаровою, Т. Ківаловою, О. Отрадною, С. Рипинським, Є. Северовою [2–7], але основна увага у їх дослідженнях приділялася деліктній відповідальності держави внаслідок незаконних дій рішень, дій (бездіяльності) органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури, суду або актів чи рішень посадових осіб. Однак це не повною мірою відповідає сучасним реаліям, оскільки за такого підходу поза увагою залишаються численні види правопорушень держави, їх систематика, особливості правового регулювання.

Метою цієї статті є виявлення особливостей правового регулювання деліктної відповідальності держави перед підприємцями.

Нормативне закріплення правил про відповідальність держави за заподіяння шкоди в цивільному законодавстві є не просто даниною правовій традиції, а свідченням пере-

ведення відносин держави та приватної особи з вертикальної площини публічної влади в горизонтальну площину приватних, тобто побудованих на рівності, відносин.

Аналіз положень Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та інших законодавчих актів дозволяє виокремити певні види правопорушень, унаслідок яких держава може виступати учасником деліктних відносин. Вони стосуються відшкодування державою шкоди, завданої:

- прийняттям закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170 ЦК);
 - органом державної влади (ст. 1173 ЦК);
 - посадовою або службовою особою органу державної влади (ст. 1174 ЦК);
 - органом державної влади у сфері нормотворчої діяльності (ст. 1175 ЦК);
 - незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду (ст. 1176 ЦК)¹.
- Слід зазначити, що позначення держави як учасника деліктних відносин відбувається не тільки у ЦК, а й інших законодавчих актах. Зокрема, це випадки, пов'язані із:
- прийняттям державними органами актів, що порушують права інвесторів і учасників інвестиційної діяльності (абзац 3 ч. 2 ст. 18 Закону України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. № 1560-XII);
 - заподіянням шкоди державним реєстратором фізичним чи юридичним особам під час виконання ним своїх обов'язків (ч. 3 ст. 53 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. № 755-IV);

¹Зважаючи на детальну вивченість відшкодування шкоди, що заподіюється незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду, цей аспект не буде піддаватися детальному дослідженню.

- заподіянням шкоди державним виконавцем фізичним чи юридичним особам під час виконання судового рішення (ч. 3 ст. 11 Закону України «Про державну виконавчу службу» від 24.03.1998 р. № 202/98-ВР);

- завданням шкоди органом державної реєстрації прав, державним реєстратором фізичній чи юридичній особі під час виконання своїх обов'язків (ч. 3 ст. 30 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 11.02.2010 р. № 1878-VI);

- заподіянням збитків фізичній або юридичній особі внаслідок незаконних дій суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання та протидії корупції (ч. 1 та 2 ст. 22 Закону України «Про засади запобігання та протидії корупції» від 11.06.2009 р. № 1506-VI);

- завданням збитків неправомірними діями посадових осіб органів державної податкової служби (ч. 3 ст. 11 Закону України «Про державну податкову службу в Україні»);

- заподіянням збитків заставодержателю у разі припинення права власності на заставлене майно чи припинення заставлених майнових прав у зв'язку з рішенням державного органу або органу місцевого чи регіонального самоврядування, не спрямованим безпосередньо на вилучення заставленого майна чи заставлених майнових прав, в тому числі рішенням про вилучення земельної ділянки, на якій розташовані заставлені будинки, інші будівлі, споруди чи багаторічні насадження (ч. 3 ст. 57 Закону України «Про заставу» від 02.10.1992 р. № 2654-XII);

- заподіянням збитків внаслідок видання органом державної виконавчої влади чи органом місцевого і регіонального самоврядування акта, який не відповідає чинному законодавству, яким порушуються права заставодержателя або інших осіб щодо володіння, користування та розпорядження предметом застави (ст. 58 Закону України «Про заставу»).

Таким чином, емпіричний аналіз законодавства дозволяє констатувати наявність в окремих законах положень, присвячених регулюванню відшкодування шкоди державою суб'єктам підприємницької діяльності. Як наслідок, наскрізним має стати питання про те, наскільки виправдано та чи потребують спеціального правового регулювання окремі випадки відшкодування шкоди державою, які є наявними в сучасному цивільному законодавстві. Зважаючи на викладене, слід висловити й бачення щодо необхідності або відсутності такої потреби в нормах інших законодавчих актів, крім ЦК, присвячених регулюванню деліктної відповідальності держави. З одного боку, їх наявність не узгоджується з положеннями ч. 2 ст. 4 ЦК України, згідно з якою інші закони приймаються відповідно до ЦК і мають йому відповідати. Так, відповідно до частин 1, 2 ст. 22 Закону України «Про засади запобігання та про-

тидії корупції» збитки, завдані фізичній або юридичній особі внаслідок незаконних дій суб'єктів, які здійснюють заходи щодо запобігання та протидії корупції, *відшкодовуються з Державного бюджету України у встановленому законом порядку*. Буквальне тлумачення цього положення дозволяє зробити висновок, що для відшкодування заподіяної державою шкоди необхідний закон, який передбачав би цей порядок. У свою чергу, порівняння цієї норми з положеннями ст. 1173 ЦК України дозволяє стверджувати про її невідповідність положенням ЦК з позицій необхідності наявності окремого закону. І, як наслідок, за такого підходу не вбачається потреби у наявності окремої норми, яка стосується того чи іншого випадку деліктної відповідальності держави. Крім того, це суперечить положенням ЦК і викликає практичне застосування норми при розгляді спорів.

Наведений приклад свідчить не лише про проблему, яка тут аналізується, а й про більш загальну проблему співвідношення цивільного й іншого законодавства, спростування наявності виключно галузевих законів та дотримання позиції про існування фактично всіх законів як комплексних. З наведеного прикладу очевидно, що Закон України «Про засади запобігання та протидії корупції» не є цивільним законом і не може відноситися до актів цивільного законодавства, про які йдеться в ст. 4 ЦК України. Тому дія ЦК, зокрема ст. 4, не може поширюватися на прийняття цього Закону. Разом із тим норма щодо відповідальності держави має безпосереднє відношення до цивілістичного регулювання, яке надається в тому числі в ЦК. Воно не може відрізнитися від регулювання, що передбачається в інших законах. Тому таке регулювання потребує узгодження, спільного підходу, уніфікованого в нормах різних законів.

З іншого боку, у деяких випадках держава закладає принципово інші моделі відповідальності, ніж передбачені в ЦК України. Так, згідно з положеннями частин 3–5 ст. 31 попередньої редакції Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень» від 01.07.2004 р. № 1952-IV для відшкодування збитків, завданих з вини органу державної реєстрації прав, утворюється відповідно до закону *гарантійний фонд*. До прийняття спеціального закону з питань діяльності гарантійного фонду регулювання його діяльності здійснюється Кабінетом Міністрів України. Виплата коштів із гарантійного фонду здійснюється на підставі судового рішення. Сплачені кошти гарантійного фонду можуть стягуватися в порядку *регресу з посадових осіб*, винних у заподіянні збитків. У новій редакції Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (ст. 30) передбачається лише, що шкода, завдана органом державної реєстрації прав, державним реєстратором

фізичній чи юридичній особі під час виконання своїх обов'язків, підлягає відшкодуванню на підставі рішення суду, що набрало законної сили, *у порядку, встановленому законом*.

Слід зазначити, що у світовій практиці сформувалося декілька підходів до вирішення зазначеної проблеми, які залежать від ролі, яку виконує держава у реєстрації прав на нерухоме майно. У більшості країн йдеться про відповідальність держави перед особами, які втратили права [8, с. 261]. Найбільш повно такий механізм реалізований в системі Торенса, для якої характерне формування гарантійного фонду, за рахунок коштів якого і здійснювалася компенсація збитків. При цьому, якщо коштів гарантійного фонду виявиться недостатньо для виплати компенсації, суми виплачуються в повному розмірі за рахунок загальних доходів відповідної провінції [9, с. 47–56].

У Франції держава не несе відповідальності за збитки, які можуть бути заподіяні власникові нерухомості помилкою в записах, що робляться зберігачем іпотеки. Ця відповідальність лежить безпосередньо на останньому. Для забезпечення цієї відповідальності особи, які призначаються на таку посаду, закладають своє нерухоме майно або вносять у вигляді застави певну грошову суму [10, с. 44]. Іншими словами, наявність відповідних правил у ч. 3–5 ст. 31 попередньої редакції Закону України «Про державну реєстрацію прав на нерухоме майно та їх обмежень» була цілком обґрунтована з позицій врахування міжнародного досвіду у сфері державної реєстрації прав на нерухомість і вироблення відповідної моделі відповідальності держави за правопорушення у цій сфері (хоча практична її реалізація знаходилася на початковому етапі, оскільки не було прийнято як окремого закону про гарантійний фонд, так і постанови Кабінету Міністрів України). Сучасна редакція також потребує не тільки наявності окремого закону, а й вироблення концепції відшкодування шкоди підприємцям у цій сфері.

Отже, очевидно, що існує загальний підхід щодо відповідальності держави, кошти задля чого спрямовуються безпосередньо з державного бюджету. Формування ж останнього піддається окремому регулюванню, яке абсолютно не перехрещується з цивільним. Спеціальний підхід полягає в тому, що відповідальність держави за певні дії спрямовується у вужче русло – для цього створюються відповідні фонди.

In the article an author complex analyses the features of the normative adjusting of tortious liability of the state before businessmen. In the process of research an author offers to recommendation for perfection of the legal adjusting of tortious liability of the state.

В статье анализируются особенности нормативного регулирования деликтной ответственности государства перед предпринимателями, формулируются рекомендации для совершенствования правового регулирования деликтной ответственности государства.

Якщо порівняти ефективність цих підходів, то напевно вужчий підхід може надати кращі результати, оскільки цільовий фонд, в якому накопичуються кошти для спеціальних виплат, вже має певний обсяг ресурсів для цього, а державний бюджет залежить від багатьох чинників (крім того, обсяг коштів може залежати від обставин, які виявляться протягом року).

Проведений аналіз дозволяє зробити певні висновки: наведені аргументи виключають надання чіткого та однозначного висновку про відсутність потреби у спеціальному правовому регулюванні деликтної відповідальності іншими законодавчими актами, однак за умови вдосконалення норм, що регулюють таку відповідальність, слід враховувати, що:

норми інших законів повинні відповідати положенням ЦК;

не виключається наявність іншого механізму відповідальності держави, що передбачає його обґрунтування й існування реально-го практичного втілення у певній процедурі.

Література

1. Кун А. П. Вопросы возмещения вреда, причиненного гражданину актами власти // Правоведение. – 1983. – № 6. – С. 71–77.
2. Андреев Ю. Н. Гражданско-правовая ответственность государства по деликтным обязательствам: теория и судебная практика. – СПб., 2006. – 425 с.
3. Казанфарова И. С. Теория гражданско-правовой ответственности. – О., 2006. – 264 с.
4. Кивалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти). – О., 2008. – 360 с.
5. Отрадна О. О. Недоговірні зобов'язання в цивільному праві України. – К., 2009. – 240 с.
6. Справи про відшкодування шкоди у судовій практиці / А. І. Дрішлюк, В. І. Дрішлюк, Л. О. Єсіпова та ін.; За ред. В. В. Луця. – О., 2009. – 428 с.
7. Ритинский С. Ю. Имущественная ответственность государства за вред, причиняемый предпринимателям / Под ред. К. К. Лебедева. – СПб., 2002. – 229 с.
8. Василевская Л. Ю. Учение о вещных сделках по германскому праву. – М., 2004. – 538 с.
9. Копейкин А. Б. Международный опыт защиты прав собственников – добросовестных приобретателей недвижимости и системы регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Законодательство и экономика. – 2003. – № 2. – С. 47–56.
10. Никонов П. Н., Журавский Н. Н. Недвижимость, кадастр и мировые системы регистрации прав на недвижимое имущество (аналитический обзор). – СПб., 2006. – 180 с.



УЧАСТЬ ЮРИДИЧНОЇ СЛУЖБИ В РОЗРОБЛЕННІ ЛОКАЛЬНИХ ПРАВОВИХ АКТІВ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

Анатолій Куліш,

д-р юрид. наук,
доцент, завідувач кафедри права,

Свєгенія Горева,

викладач кафедри права
Сумського державного університету

У статті розкриваються питання щодо діяльності юридичної служби суб'єктів господарювання в розробленні окремих локальних правових актів, формулюються пропозиції щодо поліпшення цієї роботи.

Ключові слова: юридична служба, суб'єкти господарювання, локальні акти, законодавство, форми участі, візування, правова робота.

Пунктом 4 Загального положення про юридичну службу міністерства, іншого органу виконавчої влади, державного підприємства, установи та організації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 26.11.2008 р. № 1040, передбачається, що основним завданням юридичної служби є організація правової роботи, спрямованої на правильне застосування, неухильне дотримання та запобігання невиконанню вимог законодавства, інших нормативних актів органом виконавчої влади, підприємством, їх керівниками та працівниками під час виконання покладених на них завдань і функціональних обов'язків.

Темі організації роботи з локальними актами приділяли увагу такі вчені-юристи, як І. Головань, А. Долгополов, С. Домбровський, В. Коростей, П. Пилипенко, В. Титаренко, Н. Хуторян, Г. Чанишева та ін. Але в працях учених-юристів в основному розглядаються науково-теоретичні аспекти. Ми ж маємо на меті науково-практичний аспект діяльності юридичних служб суб'єктів господарювання в розробленні та участі в розробленні окремих локальних правових актів, формулювання пропозицій щодо поліпшення цієї роботи.

Метою цієї статті є розкриття питань організації правової роботи з локальними правовими актами, які приймаються суб'єктами господарювання, спрямування зусиль юридичної служби на правильне застосування, дотримання та попередження невиконання нормативно-правових актів суб'єктами господарювання (як власних, так і тих, що приймаються в централізованому порядку).

Відповідно до Положення про юридичну службу юридична служба забезпечує правильне застосування на підприємстві норма-

тивно-правових актів та інших документів, розробляє та бере участь у розробленні проєктів актів, інших документів з питань діяльності підприємства. Це не стосується суб'єктів підприємництва, заснованих на приватній формі власності (відповідальність за невідповідність законодавству локальних правових актів лежить на власниках, керівниках цих підприємств).

Слід зазначити, що безпосередня участь юридичної служби у створенні локальних актів – обов'язкова умова добре поставленої правової роботи в конкретному суб'єкті господарювання [1, с. 70].

Форми участі юридичної служби у підготовці локальних правових актів можуть бути різними: підготовка колективного договору, правил внутрішнього трудового розпорядку, положень про структурні підрозділи, посадових інструкцій, положень про порядок організації договірної, претензійно-позовної роботи тощо.

Юридична служба повинна візувати проєкти наказів з основної діяльності, кадрові накази, готувати та вносити у встановленому порядку пропозиції про зміну чи скасування локальних правових актів суб'єкта господарювання, що втратили чинність, або таких, що не відповідають чинному законодавству, тощо.

Однією із форм діяльності юридичної служби у розробленні та участі в розробленні локальних правових актів є підготовка колективних договорів. Основне завдання колективного договору – підвищення ефективності діяльності підприємства, установи, організації, забезпечення та реалізація інтересів і прав найманих працівників у врегулюванні виробничих, трудових, соціально-економічних відносин з роботодавцем [2, с. 141–142]. Н. Болотіна вважає, що колективний договір – це локальний нормативно-правовий акт,

який регулює трудові, соціально-економічні відносини між власником і працівниками підприємства. Колективний договір укладається на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форм власності та господарювання, які використовують найману працю і володіють правами юридичної особи [3, с. 788].

При укладенні колективного договору спеціалісти юридичної служби залучаються адміністрацією для участі в обговоренні пропозицій колективу працівників і профспілкового комітету, формуванні пропозицій для загального редагування тексту цього документа. Якщо виникають спори між роботодавцем і профспілковим комітетом у процесі укладання колективного договору, юридична служба бере участь у погодженні спірних питань стосовно прав працівників із дотриманням вимог трудового законодавства.

Юридична служба при укладенні колективного договору повинна надати допомогу роботодавцю, профспілковому комітету в підготовці наказу про створення робочого колективу про обрання уповноважених представників для утворення робочої комісії з метою розроблення колективного договору та в оформленні протоколу зборів, у підготовці наказу про створення робочої комісії з метою розроблення колективного договору, протоколу засідання робочої комісії щодо ведення переговорів з питань розроблення колективного договору, протоколу загальних зборів трудового колективу про схвалення колективного договору [4, с. 86–87].

При прийнятті колективного договору юридична служба повинна звернути увагу на те, щоб у ньому не було норм, що суперечать чинному законодавству України (наприклад, збільшення тривалості щотижневого робочого часу, зменшення тривалості відпусток на кількість днів прогулів тощо).

Не повинна стати осторонь юридична служба і при підготовці правил внутрішнього трудового розпорядку. Як зазначає З. Козак, правила внутрішнього трудового розпорядку конкретизують або доповнюють сформульовані в Кодексі законів про працю та типових правилах загальні обов'язки працівників і роботодавців як суб'єктів трудових правовідносин щодо умов та специфіки кожного підприємства [5, с. 351]. Складання проекту цього документа повинно здійснюватися спільно з заінтересованими структурними підрозділами суб'єкта господарювання. Правилами внутрішнього трудового розпорядку для працівника слід визначити:

обов'язки щодо виконання трудової функції (виконувати роботу, обумовлену трудовим договором; продуктивно використовувати робочий час; своєчасно та точно виконувати розпорядження роботодавця тощо);

обов'язки дотримуватися правил поведінки, які забезпечують нормальний трудовий

процес (дотримуватися режиму роботи; правил охорони праці, техніки безпеки, виробничої санітарії, правил протипожежної безпеки, бережливо ставитися до майна власника тощо).

Обов'язки роботодавця полягають у правильній організації процесу праці, належному забезпеченні умов безпеки та гігієни праці, у наданні необхідних засобів для виконання працівниками трудових обов'язків тощо. При підготовці правил внутрішнього трудового розпорядку юридичній службі слід звернути увагу на те, щоб у них не були включені дисциплінарні стягнення, не передбачені чинним законодавством, або обов'язки, що суперечать нормам трудового законодавства (сплата штрафу за дні прогулів, за пошкодження майна власника тощо).

Ефективність управління суб'єктом господарювання, тісний взаємозв'язок усіх структурних підрозділів, які беруть участь у його діяльності, виключення дублювання в роботі структурних підрозділів забезпечує розроблення нормативних документів, що регламентують їх діяльність, чітко визначають функції, права, обов'язки кожного підрозділу, а також окремих виконавців із урахуванням специфічних особливостей їх діяльності. До таких документів відносяться положення про відділи та служби суб'єкта господарювання, посадові інструкції працівників, згідно з якими визначаються місце, роль у системі управління суб'єктом господарювання, основні завдання, обов'язки, права, відповідальність за виконану роботу.

Самостійним вважається структурний підрозділ, який знаходиться в безпосередньому підпорядкуванні керівника суб'єкта господарювання. В самостійному структурному підрозділі можуть створюватися внутрішні ланки, які вирішують відокремлені завдання, виконують окремі конкретні функції всього підрозділу (наприклад, у бухгалтерії – розрахунковий відділ, матеріальний відділ тощо).

Положення про структурний підрозділ суб'єкта господарювання – це документ, який спрямований на нормативно-правову регламентацію діяльності кожного структурного підрозділу.

Юридичній службі при розробленні положення про структурний підрозділ слід звернути увагу на визначення статусу цього підрозділу, його місця в управлінні суб'єктом господарювання, внутрішньої організації. На основі положення складається штатний розклад підрозділу, організується повсякденна його діяльність, визначається ступінь відповідальності за виконання покладених на нього завдань і функцій. Застосування положення дозволяє більш повно й обґрунтовано оцінювати результати діяльності структурного підрозділу, приймати рішення про його моральне та матеріальне заохочення.

При розробленні положень про структурні підрозділи необхідно базуватися на ре-

зультатах попереднього вивчення змісту, обсягу виконуваних функцій, специфіки суб'єкта господарювання, а також досвіду організації аналогічних підрозділів споріднених підприємств.

При розробленні положень слід враховувати особливості організації виробництва праці й управління в даному суб'єкті господарювання. Слід дотримуватися такої структури: загальні положення; завдання; структура; функції; права; відносини з іншими підрозділами суб'єкта господарювання; відповідальність.

Юридичній службі слід мати на увазі, що первинним елементом структури управління є службова посада. Формування системи посад залежить від обсягу, складу, характеру функцій, які виконуються в даному суб'єкті господарювання, від розподілу та кооперації праці управлінських працівників. Посадові інструкції – дієвий засіб управління; вони виконують організаційну, регламентуючу та регулюючу роль, дозволяють чітко розмежувати обов'язки та права працівників, виключити паралелізм у виконанні визначених трудових функцій. Крім того, вони дозволяють об'єктивно оцінювати діяльність працівників, є нормативною основою для застосування до них засобів заохочення.

Вважаємо за доцільне для розроблення положень про структурні підрозділи, посадових інструкцій створювати спеціальні комісії, до складу яких включати спеціалістів юридичної служби.

Всі накази, розпорядження, рішення, постанови, акти локального нормативного характеру повинні попередньо, до підпису чи затвердження керівником чи колегіальним органом, візуватися юридичною службою, незалежно від того, ким, яким структурним підрозділом вони готувалися.

Висновки

При розробленні проектів локальних нормативних актів слід виходити з необхідності поліпшення правового регулювання управління, вдосконалення системи локальних нормативних актів, упорядкування чи скасування організаційно-правового механізму реалізації чинного законодавства.

Юридична служба як специфічний структурний підрозділ суб'єкта господарювання

повинна бути координатором розроблення локальних правових актів на великих підприємствах, а на малих і середніх підприємствах – організатором або безпосереднім виконавцем розроблення таких локальних правових актів, як колективні договори, правила внутрішнього трудового розпорядку, правила трудового розпорядку у виробничих, обслуговуючих кооперативах, положення про структурні підрозділи (служби).

Оскільки окремі керівники суб'єктів господарювання нав'язують юридичним службам розробляти або візувати локальні нормативні акти, які не входять у коло їх обов'язків і функцій, то, на нашу думку, у підпункті 2 п. 11 Загального положення про юридичну службу слід зазначити, що юридична служба проводить юридичну експертизу проектів та інших документів, підготовлених структурними підрозділами підприємства (колективні договори, правила внутрішнього трудового розпорядку, положення про структурні підрозділи (служби), посадові обов'язки працівників, накази з основної діяльності та кадрові накази про прийняття на роботу, переведення на іншу роботу, звільнення з роботи, про притягнення працівника до дисциплінарної, матеріальної відповідальності, про надання відпусток, контракти з найманими працівниками, договори про колективну, індивідуальну матеріальну відповідальність працівників, господарські договори, претензії (якщо вони готуються іншими структурними підрозділами), погоджує (візує) їх за наявності віз керівників заінтересованих структурних підрозділів або осіб, що їх замінюють.

Література

1. Домбровський С. Ф. Організація правової роботи та юридичного обслуговування підприємств. – Х., 2005. – 396 с.
2. Бабаскін А. Ю., Баранюк Ю. В., Дріжчана С. В. та ін. Трудове право України / За ред. Н. М. Хуторян. – К., 2004. – 608 с.
3. Болотіна Н. Б. Трудове право України. – К., 2004. – 860 с.
4. Горевий В. І., Куліш А. М. Юридичні документи підприємства: практикум. – Суми, 2009. – 360 с.
5. Пилипенко П. Д., Бурак В. Я., Козак З. Я. та ін. Трудове право України / За ред. П. Д. Пилипенко. – К., 2004. – 536 с.

The purpose of given article is illumination of the activity of legal service of subjects of managing in developing and participation in developing of separate local legal certificates and entering of offers on improvement of this job.

В статье раскрываются вопросы, касающиеся деятельности юридической службы субъектов хозяйствования в разработке отдельных локальных правовых актов, формулируются предложения по улучшению этой работы.



ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ КОРПОРАЦІЙ В УКРАЇНІ

Анфіса Нашинець-Наумова,

*старший викладач кафедри конституційного і адміністративного права
Національного авіаційного університету*

У статті аналізується поняття адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій в Україні, досліджується комплекс функцій, що є змістом адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій в Україні.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, діяльність корпорацій, функції адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій.

Корпоративне середовище є надзвичайно динамічним і чутливо реагує на будь-які зміни, що відбуваються в суспільно-політичному, економічному та соціальному житті суспільства. Це середовище, на думку В. Авер'янова, необхідно розглядати в єдності складових, які нерозривно пов'язані із зовнішнім середовищем. До факторів прямого адміністративно-правового впливу на діяльність корпорацій відноситься комплекс, правових та економічних факторів [1, с. 175]. Необхідність наукового дослідження з приводу адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій зумовлена необхідністю зрозуміти логіку та пізнати адміністративно-правовий вплив на діяльність корпорації, визначити основні елементи організаційно-правового регулювання у цій сфері. Відсутність комплексних досліджень запропонованої теми негативно позначається на механізмі правового регулювання, у тому числі законних інтересах корпорацій.

Проблемам адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій приділяли увагу В. Авер'янов, С. Гончарук, В. Євтушевський, О. Кузьменко, А. Чернявський та ін. Але зазначені адміністративісти зосереджувалися лише на фрагментарному аналізі предмета адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій, а проблематика адміністративно-правового регулювання у сфері корпоративної діяльності є такою, що потребує подальшого розроблення.

Мета цієї статті полягає у виробленні сучасного змісту поняття «адміністративно-правове регулювання» у сфері корпоративної діяльності.

У сучасній українській державі відбуваються політичні й економічні перетворення,

спрямовані на позитивні якісні зміни та стабільний розвиток економіки. Тому важливу роль в економічному житті України відіграє державне регулювання відносин, що виникають у сфері діяльності корпорацій, які є складовою частиною державного регулювання економіки. *Адміністративно-правове регулювання діяльності корпорацій* – це комплекс типових заходів законодавчого, виконавчого та контрольного характеру, який реалізується уповноваженими на те державними органами з метою стабілізації та коригування корпоративної сфери до умов, що постійно змінюються, та підтримується можливістю застосування правових санкцій при їх порушенні.

Здійснення адміністративно-правового регулювання, що є складовою частиною державного регулювання діяльності корпорацій, здатне забезпечити баланс приватних і публічних інтересів у суспільстві. Проте цей процес передбачає об'єктивну заінтересованість у постійному вдосконаленні адміністративно-правових актів – основи державного регулювання діяльності корпорацій. Адміністративно-правове регулювання діяльності корпорацій має забезпечувати здійснення державно-владної дії на суспільні відносини у цій сфері. Враховуючи це, вважаємо за доцільне дослідження функцій адміністративно-правового регулювання у сукупності з суспільними відносинами у сфері корпоративної діяльності, для врегулювання яких вони закріплені.

Змістом адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій є комплекс функцій, які прийнято називати управлінськими функціями. Адміністративно-правове регулювання реалізується через повсякденне виконання функцій, що регулюють, організовують окремі управлінські процеси шляхом цілеспрямовуючого впливу на них.

Функція (лат. *functio* – звершення, виконання) – це діяльність, зовнішній вияв властивостей певного об'єкта в рамках конкретної системи відносин, до якої він належить. Отже, в управлінській термінології функція виражає спеціалізований вид управлінської діяльності [2, с. 26]. Сама собою наявність правових функцій, закріплених у чинному законодавстві, не може забезпечити діяльність корпорацій без відповідного та високоякісного організаційного механізму щодо їх застосування у практиці, що передбачає наявність певної організаційної структури, повноважень відповідних органів, підготовку їх кадрів тощо [3, с. 232]. Для досягнення організованості правових функцій недостатньо лише нормативної регламентації. Важливим є їх належне застосування, що неможливо без організаційного аспекта, тобто належного функціонування державних органів, що застосовують правові функції. Адміністративно-правове регулювання діяльності корпорацій не може зводитися лише до організаційно-правової функції, але і не повинно бути абстраговане від питань організації регулювання цієї діяльності.

Отже, адміністративно-правове регулювання діяльності корпорацій не обмежується нормативно-правовою регламентацією, а нерозривно пов'язано з організаційними формами регулювання, що дає змогу розширити регулятивні можливості функцій забезпечення корпоративної діяльності. Нерозривність адміністративно-правових аспектів регулювання діяльності корпорацій дає можливість використати узагальнений термін «адміністративно-правові функції регулювання діяльності корпорацій» для позначення функцій, спрямованих на забезпечення реалізації прав і виконання обов'язків суб'єктами корпорацій. Таким чином, *адміністративно-правові функції регулювання діяльності корпорацій* – це передбачені в законодавстві засоби впливу на суб'єктів корпорацій, спрямовані на спонукання їх до належного здійснення прав і виконання обов'язків [3, с. 233].

Множинність та єдине цільове спрямування всіх адміністративно-правових функцій регулювання діяльності корпорацій не виключають, а, навпаки, припускають можливість систематизації їх складових. Засновники адміністративної доктрини Ф. Тейлор, Г. Емерсон, А. Файоль, Л. Гюлік та інші багато уваги приділяли дослідженню функцій, їх видів, проявів, кваліфікації. Так, Ф. Тейлор пропонував поділяти функції на диспетчерування, нормування, інструктаж, контроль, роботу з кадрами тощо [4]. А. Файоль, класифікуючи функції з позиції управлінського процесу, називає передбачення, контроль, координацію, стимулювання, розпорядництво

й охорону [5, с. 165]. У трактуванні сучасного дослідника Л. Гюліка адміністративна діяльність передбачає такі функції: планування, організація, робота з кадрами, керівництво та прийняття рішень, координація дій, звітність, інформація, контроль, складання та виконання бюджету [6, с. 81].

На нашу думку, функції адміністративно-правового регулювання (щодо відносно корпорацій), доцільно класифікувати залежно від конкретної сфери їх застосування на організаційно-правові; адміністративно-установчі; контрольно-наглядові; дозвоільно-ліцензійні.

Організаційно-правова функція адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій – це напрям нормативного регулювання об'єктивно зумовлених взаємозв'язків тієї чи іншої корпорації з різними державними структурами, у тому числі з фінансово-податковим, банківськими, контрольно-наглядовими й іншими органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування; з державними підприємствами, установами та організаціями; з іншими приватними підприємствами та корпоративними утвореннями.

Адміністративно-установча функція регулювання діяльності корпорацій – це діяльність держави, спрямована на дотримання правових норм у процесі реєстрації, злиття, припинення діяльності корпорації. Відповідно до ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» корпорація (акціонерне товариство) вважається створеною та набуває прав юридичної особи з дати державної реєстрації в установленому законодавством порядку. Особливості створення корпорації (акціонерного товариства) шляхом злиття, поділу, виділення чи перетворення підприємницького (підприємницьких) товариства, державного (державних) і комунального (комунальних) підприємств на акціонерне товариство визначаються Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку, а за участю державних і (чи) комунальних підприємств – Державною комісією з цінних паперів та фондового ринку за погодженням з Фондом державного майна України.

Сутність *контрольно-наглядової функції* адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій характеризується цільовою спрямованістю, яка полягає в утриманні піднаглядних об'єктів в існуючому правовому режимі [7, с. 152]. Контроль на ринку цінних паперів (здійснення якого, передусім, покладено на Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку) є особливою функцією держави й однією з найважливіших ланок системи управління ринком цінних паперів, яка полягає у постійному спостере-

женні за діяльністю корпорацій. Мета контролю та нагляду на ринку цінних паперів полягає в тому, щоб виявляти стан справ із дотриманням учасниками корпорацій норм спеціального законодавства, із відповідністю цього стану цілям державного регулювання, а за необхідності застосовувати коригуючі заходи щодо приведення підконтрольного суб'єкта до належного стану (заходи попередження та припинення правопорушень). Отже, кінцевою метою контролю за відповідносинами у сфері корпоративної діяльності є виявлення, попередження та припинення протиправної поведінки з боку будь-якого суб'єкта зазначеної сфери.

Що стосується *дозвільно-ліцензійної функції* адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій, то сьогодні система дозволів і ліцензій у сфері корпоративної діяльності потребує нових підходів. За півтора десятиліття безсистемного хаотичного економічного регулювання накопичилася величезна кількість документів дозвільного характеру, які видавались органами влади всіх рівнів. Збільшувалася корупція і зловживання з боку чиновників через самоуправство у сфері контролю. Чинне законодавство щодо ліцензування не було приведено у відповідність із сучасними потребами. У Верховній Раді України зареєстровано Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності», який передбачає відповідні законодавчі зміни, у тому числі запровадження європейського принципу започаткування бізнесу – принципу мовчазної згоди, що надає суб'єкту господарювання право розпочати свою діяльність без дозвільного документа у випадку, коли дозвільний орган у встановлений термін жодним чином не відреагував на подані для отримання дозволу документи.

The article is devoted illumination of essence of concept administrative and legal regulation of activity of corporations in Ukraine. An author explores the complex of functions which make maintenance administrative and legal regulation of activity of corporations in Ukraine.

В статті аналізується поняття адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій в Україні, досліджується комплекс функцій, которые составляют содержание административно-правового регулювання діяльності корпорацій в Україні.

Окремо слід розглянути питання щодо ліцензування як окремого елемента дозвільно-ліцензійної функції адміністративно-правового регулювання діяльності корпорацій. Акцент зроблено на наданні права на провадження певного виду господарської діяльності, а не на обмеженні кількості суб'єктів господарювання, які можуть господарювати на тому чи іншому ринку товарів або послуг, що відповідає одному з принципів державної політики у сфері ліцензування – забороні використання ліцензування для обмеження конкуренції провадження господарської діяльності. Реалізація зазначеного елемента здійснюється також шляхом забезпечення умов для економічної конкуренції.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що *адміністративно-правове регулювання діяльності корпорацій – це заснована на адміністративно-правових функціях діяльність суб'єктів корпорацій, яка здійснюється адміністративними методами у визначених законодавством формах.*

Література

1. *Адміністративне право України*: Академічний курс: У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.
2. Коваль Л. В. *Адміністративне право*. – К., 1998. – 208 с.
3. Санихметова Н. О. *Правовий захист підприємництва в Україні*. – К., 1999. – 336 с.
4. Тейлор Ф. *Принципы научного менеджмента*, 1911. – <http://www.eklit.agava.ru/books.htm>.
5. *Управление – это наука и искусство* / А. Файоль, Г. Эмерсон, Ф. Тейлор, Г. Форд. – М., 1992. – 572 с.
6. Кузнецова Н. В. *История менеджмента*. – Владивосток, 2004. – 189 с.
7. Баклан О. В. *Контрольно-наглядова діяльність та адміністративний примус в сфері охорони праці*. – К., 2003. – 168 с.



ПРОФЕСІЙНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ – ОСНОВА ОСОБИСТІСНОГО МОРАЛЬНОГО СТАТУСУ СЛУЖБОВЦЯ

Юрій Дем'янчук,

аспірант кафедри управління, адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності,

Валентина Помуран,

*слухачка факультету податкової міліції
Національного університету державної податкової служби України*

У статті висвітлюється поняття професійної відповідальності службовця, розглядається сутність професійної відповідальності як елемента юридичної відповідальності.

Ключові слова: професійна відповідальність, юридична відповідальність, службова діяльність, державна служба, обов'язки, професійна етика, професійні норми.

В умовах проведення політичної, економічної й адміністративної реформ в Україні, формування громадянського суспільства важливу роль відіграє державна служба як невід'ємна складова державного управління.

Розбудова в Україні демократичної, соціальної, правової держави зумовлює суттєве оновлення інституту державної служби. Це пов'язано, перш за все, з необхідністю забезпечити на практиці її призначення – втілення у життя завдань і функцій держави, основою чого є забезпечення прав, свобод та законних інтересів громадян через надання адміністративних (управлінських) послуг. Безпосередньо на практиці повноваження державної служби реалізуються шляхом діяльності державних службовців, питання відповідальності яких недостатньо досліджені у правовій науці.

Становлення та реформування державної служби спрямовані, передусім, на підвищення її ефективності та дієвості, на вдосконалення професіоналізму, компетентності державних службовців, підготовку висококваліфікованого персоналу, здатного якісно сприяти реалізації прав і свобод людини та громадянина.

Метою цієї статті є аналіз сутності та тенденцій розвитку професійної відповідальності державних службовців.

Серед проблем зазначеної теми, що потребують свого опрацювання в ракурсі адміністративного права, слід виокремити професійну відповідальність як елемент юридичної відповідальності.

Юридична відповідальність припускає наявність інстанції відповідальності в деякій

узагальненій формі, не пов'язаній з будь-якими особливими (у тому числі професійними) якостями суб'єктів діяльності («перед законом усі рівні»). Оскільки поняття відповідальності може бути введене тільки там, де є поняття норми, то юридична відповідальність пов'язана з правовими нормами, які носять загальнообов'язковий характер. У зв'язку з цим мають дотримуватись умови стійкості та відтворюваності норми в широких масштабах. Це зумовлює особливі правила формулювання правових норм, які повинні стосуватись абстрактних суб'єктів права та не допускати вільних інтерпретацій. Загальні норми не виокремлюють певних суб'єктів діяльності, не визначають прямо специфіку конкретного виду діяльності [1].

Слід зазначити, що діяльність регулюється не лише загальними нормами, а й специфічними для даного виду діяльності. У силу своєї специфічності вони не можуть виступати в ролі правових норм, але можуть бути нормами професійного співтовариства. У цьому випадку, оскільки існує норма, можна ввести також поняття «відповідальність» й назвати її професійною відповідальністю.

У державно-управлінській діяльності професійна відповідальність стає основою особистісного морального статусу держслужбовця, який включає в себе сконцентровані навколо професійної місії моральні та професійно-етичні принципи і норми, відносини, поведінку представників виконавчої влади.

Проблема професійної відповідальності активно розробляється в рамках професійної етики. Наслідуючи Вебера, науковці вивчають особливості професійної відповідальності (Д. Ледд, Г. Ленк, Дж. Льютон, Х. Марк, М. Солодкая), її вияви в різних професіях, зокрема у сфері менеджменту (Р. Т. Де Джордж,

П. Друкер, У. Дункан, П. Френч), у сфері державного управління (К. Бельський, Н. Захаров, К. Фрідріх) тощо. Однак при аналізі відповідальності на держслужбі пріоритетними залишаються дослідження юридичного їх виду, а професійній і моральній відповідальності представників бюрократії приділяється значно менше уваги. Своїм завданням ми вбачаємо реабілітацію цих видів відповідальності в публічному адмініструванні, а для цього спробуємо проаналізувати їх сутність і тенденції розвитку [2, с. 29–32].

Професійна відповідальність (тримання відповіді за дотримання специфічних професійних норм, що регулюють поведінку суб'єкта діяльності) тісно пов'язана з етикою державного службовця. Як моральні істоти люди здатні брати та нести відповідальність за свої наміри, дії або бездіяльність, у тому числі на професійному терені. За своєю суттю професійна етика є етикою відповідальності. Здатність людини відповідати за свою поведінку у сфері професійної діяльності – суттєва складова відповідального ставлення до життя, показник зрілості особистості. Інтерес до проблеми професійної відповідальності зростає з новими змінами у суспільному розвитку, із неможливістю регулювати суспільні процеси (у тому числі в публічному адмініструванні) лише засобами права та традицій.

Відповідальність може бути зумовлена неумисно набутих або свідомо прийнятим соціальним статусом, свідомо укладеними відносинами. Відповідальність, що зумовлена статусом, усвідомлюється людиною як покликання, а обумовлена угодами – як обов'язок [3, с. 342]. Відповідальність поділяється на об'єктивну (приписування її відбувається за результатами вчинку з урахуванням лише відповідності вчинку певним нормам) і суб'єктивну (внутрішня відповідальність перед совістю, Богом, значимими людьми).

На держслужбі відповідальність існує як відповідальність перед суспільством, державою, окремими соціальними групами, конкретними громадянами, професійною групою, собою.

Професійна відповідальність – це здатність представників державної служби звітувати перед собою й іншою особою, суспільством, державою за результати своєї професійної діяльності та отриманням на підставі такої звітності позитивних чи негативних оцінок своєї професійної діяльності.

На основі правил професійної поведінки та наслідків відповідальності за неї можна сформулювати таке запитання: ці правила повинні бути деонтологічними, тобто морально-етичними, чи нормативними, тобто правовими? Можна зрозуміти деонтологічно-пра-

вовий характер правил професійної поведінки, які, з одного боку, виступають як рекомендації для державного службовця щодо того як і яким чином вони повинні виконувати свої професійні повноваження, а з іншого – є принципами, вимогами до їх професійної поведінки [4].

Слід зазначити, що дослідження з проблеми професійної відповідальності в основному ведуться в руслі проблематики професійної етики. Ті, хто так чи інакше розробляє цю тему, найважливіше (якщо не основне) місце в її проблемному полі відводять саме проблемі відповідальності [5, с. 14]. Професійна етика – це етика відповідальності [6, с. 368].

Аналіз співвідношення в бюрократичній царині етики переконань та етики відповідальності свідчить про недостатній (порівняно із західними країнами) рівень засвоєння пострадянськими державними чиновниками етики відповідальності. Саме етика відповідальності, що орієнтована на результати, передбачає та відповідає за них, постає як етика вчинку, тому й є конче необхідною для сфери публічного адміністрування.

В українській культурі етика переконання є досить вагомою, але оцінювання дій службовців лише за мотивами, на нашу думку, ускладнить перехід виконавчої влади на більш ефективні рейки, оскільки через складність моніторингу мотивів ускладнить саму оцінку, уможливить нехтування точними прорахунками ймовірних наслідків дій, ослабить увагу до процесу вибору альтернативних рішень, обґрунтовуватиме безвідповідальне ставлення до результатів діяльності (адже лозунг етики переконань – чини як слід (за моральними мотивами), а далі як буде...). Тому етика відповідальності має залишатися для бюрократії вагогим спрямовуючим моральним сценарієм.

У публічному адмініструванні виникає необхідність чіткого виокремлення феномена професійної відповідальності. Професійна відповідальність як відданість професійній етиці й установка на дотримання норм професійно-етичного кодексу демонструє налаштованість на реалізацію місії професії та внутрішню самодисципліну, самоконтроль. Але вона може залишатися лише відповідальністю функціонера, яка, на думку Р. Т. Де Джорджа, є результатом обіймання певної посади, прийняття на себе певної функції або ролі в суспільстві чи в організації, наслідком вступу в якусь професію, клас або групу та визнання за собою особливих обов'язків [7, с. 148]. Отже, професійна відповідальність не тотожна моральній, однак може її передбачати (якщо професійні, етичні норми інтеріоризовані, самостійно прийняті

держслужбовцями) або не передбачати (якщо слідування професійно-етичним нормам зумовлюється острахом або міркуваннями вигоди).

Нині в суспільстві відбуваються серйозні зміни в розумінні та ставленні до відповідальності, у тому числі професійної. Е. Тоффлер вважає, що нині з'являється прошарок працівників, насамперед серед молодих керівників середньої ланки, які жадають більшої відповідальності та більш живої роботи з дорученнями, що гідні їх таланту та кваліфікації, шукають нарівні із фінансовою винагородою певний сенс у праці [8, с. 608–609]. У сучасному світі, зазначає П. Друкер, тією чи іншою мірою кожен працівник, на якому лежить якась адміністративна відповідальність в організації, повинен або приймати рішення сам, або брати активну участь у їх прийнятті. Те, що у минулому було високоспеціалізованою функцією, яка виконувалася невеликою кількістю людей, сьогодні стає звичайним, якщо не щоденним, завданням усіх підрозділів великої організації, в основі якої лежить інтелектуальна праця [6].

Справді відповідальне ставлення до професійної діяльності уможливується лише тоді, коли у працівника є визначена свобода дій. Адже службовець може бути професійно відповідальним за те, на що в нього є повноваження. У ситуації, де все вирішено та не залежить від працівника, він відчуває себе лише ланкою в ланцюзі; та, не будучи автором вчинку або дії, прагне позбутися відповідальності за них. Розширення кордонів для вільної реалізації суб'єкта, підвищення довіри до нього, повага до його унікальності можуть обернутися підвищенням відповідальності за власне життя та діяльність.

Все більше науковців і практиків звертають увагу на те, що ефективнішими можуть бути дії бюрократії, що реалізуються в умовах певної управлінської свободи при чіткому визначенні їх умов. Усвідомлення цієї залежності відбувається і в українському суспільстві. У Концепції адміністративної реформи зазначалося, що нова управлінська ідеологія має бути спрямована на «оновлення адміністративної культури, формування готовності управлінського персоналу до прийняття рішень в умовах зростаючої свободи дій та підвищення особистої відповідальності з орієнтацією на служіння громадянам» [9, с. 30].

Відсутність у підлеглих визначеної свободи дій призводить не лише до втрати ефективності публічного адміністрування, а й до суттєвих моральних деформацій. Наслідком делегування свободи дій, отже, і відповідальності, культивування на нижчих шаблях організації лише підзвітності стає безвідпові-

дальне ставлення рядових працівників до результатів власної праці. Натомість керівники не володіють «абсолютним» знанням, тому і з організаційної, і з етичної точок зору не виправданим є перекладання відповідальності за прийняття рішень лише на перших осіб організації (як це передбачається в ієрархічних структурах).

Що стосується законодавчо-нормативного регулювання поведінки державних службовців, то окремі його аспекти зафіксовані у законах України «Про державну службу» та «Про боротьбу з корупцією», а також у Кодексі правил поведінки державного службовця.

Згідно із ст. 5 Закону України «Про державну службу», яка називається «Етика поведінки державного службовця», зазначається, що державний службовець повинен:

- сумлінно виконувати свої службові обов'язки; шанобливо ставитися до громадян, керівників і співробітників;
- дотримуватися високої культури спілкування;
- не допускати дій і вчинків, які можуть зашкодити інтересам державної служби чи негативно вплинути на репутацію державного службовця.

Крім того, у Законі України «Про державну службу» є ряд положень, які прямо не вказують на етику поведінки державного службовця, але безпосередньо з нею пов'язані. Це, наприклад, ст. 17 «Присяга державних службовців». Присягу приймають державні службовці, які вперше зараховуються на державну службу, й її можна розглядати як один із засобів забезпечення законності й етичності в діяльності державних службовців.

Присяга є, так би мовити, фундаментом виконання обов'язку на державній службі. Вступаючи на посаду, державний службовець обіцяє «суворо дотримуватися Конституції та законів України». Це формулювання порушує перед державним службовцем ряд практичних і філософських питань. Наприклад, Конституція та закони можуть примушувати державного службовця діяти наперекір власній думці.

У той самий час іноді саме норми Конституції, закони чи постанови уряду вступають у протиріччя одне з одним. Що повинен робити службовець у такому випадку? Його поведінка має базуватися на законодавстві, зокрема ст. 10 Закону України «Про державну службу», яка визначає основні обов'язки державних службовців, а також на розумінні того, що не всі правові акти мають однакову юридичну силу.

Текст Присяги і ст. 10 (п. 1) Закону України «Про державну службу» вказують на пріоритетну роль Конституції. Державна служба має в основі конституційні положення.

Саме вони є етичними обмеженнями дій державного службовця, основою довіри з боку громадян. Відповідальність за конституційністю законів покладено на Конституційний Суд. Доводити протиріччя закону Конституції слід у ході службової дискусії та судового розгляду. В разі конфлікту між Конституцією й іншим нормативним актом або наказом керівника службовець, який дотримується етичних принципів, буде вірним Конституції.

Професійна відповідальність є особливо дієвою, коли вона стає похідною моральної відповідальності людини. На нашу думку, здатність задіяти в професійній діяльності моральну відповідальність – чинник залучення особистісного потенціалу працівників, потужний фактор підтримки моральності та професійної етики виконавчої влади, механізм підвищення ступеня самореалізації службовців у професії.

Безумовно, у публічному адмініструванні мають бути поєднані інституціональні та моральні засоби підтримки етики. Децентралізацію державного управління, застосування стратегій надання послуг, посилення гнучкості управлінських процесів, справедливую кадрову політику тощо необхідно поєднувати з розвитком людського потенціалу працівників, з підтримкою морально налаштованих службовців. Організація може сприяти відповідальній поведінці чиновництва, якщо вона розтлумачує працівникам професійно-етичні зобов'язання, заохочує їх до взяття відповідальності.

Сьогодні в Україні відбувається певна переорієнтація уваги суспільства з колективної на особисту відповідальність, яка покликана протистояти підміні та розмитості відповідальності. Нагальна потреба в цьому зумовлена тривалим домінуванням у нашій культурі колективістських цінностей.

Факторами сприяння підвищенню персональної професійної відповідальності державних управлінців можуть стати: послідовне делегування компетенції та відповідальності донизу; створення можливості для творчого підходу; досягнення кращих координа-

цій і співробітництва; ствердження орієнтації на цілі та результати в поєднанні з оцінкою досягнутих результатів по достоїнству.

Не викликає сумніву той факт, що найкращою гарантією протидії зловживанням владою, іншим службово-етичним порушенням є високі моральні якості службовця, насамперед професійна честь і професійний обов'язок. Не зовнішній контроль, а, передусім, внутрішня мотивація мають стати провідним стимулом у моральному виборі державного службовця, основою відновлення та формування позитивного іміджу державної служби, довіри громадян до держави, її апарату.

Безумовно, лише визнання актуальності викладених проблем недостатньо. На нашу думку, одночасно з підготовкою та прийняттям серії нормативних актів, що регламентують поведінку державних службовців, навіть з випередженням цього процесу, необхідно вирішувати проблему вивчення теоретичних положень етики, її основних норм усіма державними службовцями України, адже методологія професійної підготовки державних службовців базується на розвитку не лише професійних, а й психологічних, моральних, естетичних та інших цінностей.

Література

1. Солодка М. С. Правовая ответственность субъекта управления // *Credo*. – 1998.
2. Василевська Т. Професійно-етичні ракурси відповідальності державних службовців // *Збірник наукових праць НАДУ / За ред. О. Ю. Оболенського, С. В. Сьоміна*. – К., 2007. – Вип. 2. – С. 27–36.
3. *Этика: Энциклопедический словарь* / Под ред. А. Г. Апресяна, А. А. Гусейнова. – М., 2001. – 671 с.
4. Сущенко В. М. Професійна відповідальність юриста: деонтологічні та правові прийоми.
5. *Этика бизнеса* (научно-аналитический обзор). – М., 1994. – 55 с.
6. Друкер П. Ф. Эффективный управляющий. – <http://www.humanities.edu.ru:8104/db/msg/62829>.
7. Де Джордж Р. Т. Деловая этика: Пер. с англ. – М., 2003. – 736 с.
8. Тоффлер Д. Л. Третья волна: Пер. с англ. – М., 2004. – 784 с.
9. *Концепція адміністративної реформи в Україні*. – К., 1998. – 62 с.

In the article the notion of professional responsibility of a servant is exposed and the essence of professional responsibility is considered as an element of legal liability.

В статье раскрывается понятие профессиональной ответственности служащего, рассматривается сущность профессиональной ответственности как элемента юридической ответственности.



НАДАННЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПОСЛУГ РАЙОННОЮ ДЕРЖАВНОЮ АДМІНІСТРАЦІЄЮ: проблеми та перспективи розвитку

Інна Сорокіна,

*ад'юнкт кафедри адміністративного права і процесу
Київського національного університету внутрішніх справ*

У статті розглядаються проблемні питання надання районною державною адміністрацією адміністративних послуг.

Ключові слова: адміністративні послуги, районна державна адміністрація.

Згідно із ст. 6 Конституції України, прийнятою Верховною Радою України 28 червня 1996 р., державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової гілки влади здійснюють свої повноваження в установленних Конституцією межах і відповідно до законів України. Серед органів державної влади важливе місце посідають органи виконавчої влади, що здійснюють функції державного регулювання економікою, соціально-культурною й адміністративно-політичною сферами. Від результатів діяльності цих органів понад усе залежить соціально-економічний і політичний стан розвитку країни. Місцеві органи державної виконавчої влади – це, насамперед, державні адміністрації. Районна державна адміністрація є невід'ємною частиною системи органів виконавчої влади в Україні. Вона діє на підставі Основного Закону – Конституції України, згідно із ст. 118 якої виконавчу владу в районах здійснюють місцеві державні адміністрації, та Закону України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. № 586-XIV.

Районна державна адміністрація покликана захищати права та законні інтереси громадян і держави, забезпечувати комплексний соціально-економічний розвиток території, реалізацію державної політики у визначених законодавством сферах управління. Вона діє на засадах законності, гласності, поєднання загальнодержавних і місцевих інтересів, взаємодії з відповідними представницькими органами й органами місцевого самоврядування. У межах своїх повноважень районна державна адміністрація здійснює владу на території відповідної адміністративно-територіальної одиниці, співпрацює з терито-

ріальними громадами, їх органами та посадовими особами. Але основним завданням районної державної адміністрації є, насамперед, надання населенню адміністративних послуг. Саме надання районною державною адміністрацією різноманітних адміністративних послуг громадянам чи юридичним особам є новим форматом оцінки їх взаємовідносин.

Серед вітчизняних учених відомі праці І. Коліушка, Р. Безсмертного, І. Голосніченка, В. Тимошука, які досліджували роль управлінських послуг під час проведення адміністративної й адміністративно-територіальної реформи; В. Авер'янов, А. Вишневський розглядали послуги як чинник реформування державної служби та вдосконалення діяльності керівника в органах державної влади; Т. Мотренко, В. Долечек досліджували нормативно-правове забезпечення надання управлінських послуг, а також доцільність платності послуг і форми їх оплати; Г. Писаренко вивчав організаційно-правові аспекти адміністративних послуг в Україні; М. Лесечко, О. Берданова, А. Чемерис, Н. Чухранова, Р. Руднічка ідентифіковували адміністративні й інші види послуг місцевих органів державної виконавчої влади; В. Дубович розглядав ефективність діяльності місцевої державної адміністрації у сфері надання адміністративних послуг.

Уперше про адміністративні послуги на законодавчому рівні згадується в Концепції адміністративної реформи (Указ Президента України «Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні» від 22.07.1998 р. № 810/98). Ця Концепція свого часу визначала, що управлінські послуги повинні надаватися, насамперед, на низових рівнях структури виконавчої влади, що має забезпечити їх наближення до корис-

тувачів. Це потребує розроблення і впровадження якісно нової державної регіональної політики у сфері надання управлінських послуг, що передбачає посилення ролі регіональних органів влади, розширення їх повноважень і відповідальності, нормативно-правове забезпечення їх надання тощо. Також у Концепції розглядається питання реформування місцевих органів виконавчої влади (куди входить районна державна адміністрація). Метою реформування цих органів є спрямування їх діяльності на забезпечення реалізації прав і свобод громадян, розширення видів державних (управлінських) послуг, підвищення їх якості.

Наступним кроком було схвалення Кабінетом Міністрів України Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади (розпорядження Кабінету Міністрів України «Про схвалення Концепції розвитку системи надання адміністративних послуг органами виконавчої влади» від 15.02.2006 р. № 90-р). Суть Концепції полягає в тому, щоб пересічні громадяни витрачали менше свого часу, не менш цінного, ніж час чиновників, на заповнення паперів та оплату послуг чиновників (погоджень і довідок), не передбачених законом. Окрім добрих намірів зробити спілкування бізнесу та громадянина з чиновниками «швидшим» і «дешевшим», Концепція передбачає конкретні заходи, спрямовані на спрощення процедур і зниження рівня оплати за адміністративні послуги.

Ключовими засадами цієї Концепції, які можуть вплинути на розвиток громадянського суспільства в Україні, є такі положення:

- вперше адміністративна послуга визначається, як результат здійснення владних повноважень уповноваженим суб'єктом, що відповідно до Закону забезпечує юридичне оформлення умов реалізації фізичними й юридичними особами прав, свобод і законних інтересів за їх заявою (видача дозволів (ліцензій), сертифікатів, посвідчень, проведення реєстрації тощо);
- серед принципів надання адміністративних послуг Концепція виділяє такі, як доступність для всіх осіб, дотримання стандартів надання послуг, а також обґрунтування витрат. Зокрема, пропонується переглянути та/або скасувати переліки платних послуг державних органів, що не визначені спеціальними законами;
- критерій зручності передбачає можливість звернутися за дозволом чи свідоцтвом поштою або електронною поштою, оплати послуги безпосередньо в приміщенні вповно-

важеного органу (у тому числі платіжними картками), узгодження графіка приймання із заінтересованими особами. Оплата адміністративних послуг має здійснюватися після прийняття рішення про їх надання, а не авансом. Окрім того, Концепція вимагає, щоб плату за певні адміністративні послуги встановлювали виключно закони. Адміністративні послуги не повинні включати кілька платних послуг або зобов'язувати до оплати інших послуг;

- критерій відкритості передбачає можливість безперешкодного та своєчасного одержання адміністративної інформації (бланків, зразків документів, контактних даних відповідальних осіб, описів процедури надання певних адміністративних послуг) у приміщенні вповноваженого органу, на офіційних сайтах, у буклетах або електронною поштою.

Також у Концепції визначені проблеми, які необхідно розв'язати для забезпечення розвитку системи надання адміністративних послуг, а саме:

- наявність не передбачених законами видів адміністративних послуг;
- поділ адміністративної послуги на кілька платних послуг;
- перекладення обов'язків адміністративних органів із збирання довідок або погодження документів на фізичних і юридичних осіб;
- вимагання від фізичних та юридичних осіб документів, не визначених законодавством або у не передбаченій законодавством формі;
- необґрунтоване справляння плати або необґрунтовано великі розміри плати за надання окремих видів адміністративних послуг;
- встановлення в адміністративному органі графіка приймання громадян у незручний для них час;
- необґрунтовано тривалий строк надання окремих послуг;
- обмеженість доступу до інформації, необхідної для отримання адміністративних послуг;
- неналежне законодавче регулювання процедурних питань надання послуг;
- фактичне зобов'язування фізичних та юридичних осіб отримувати супутні платні послуги;
- віднесення до повноважень одного органу здійснення контролю та надання відповідних послуг;
- відсутність стандартів надання послуг;
- ставлення до фізичних та юридичних осіб як до прохачів, орієнтація не на задоволення потреб особи, а на формальне дотримання процедури.

Більшість перелічених проблем на сьогодні залишається не вирішеними, що зумовлює виникнення суперечностей при наданні адміністративної послуги органами виконавчої влади, у тому числі районною державною адміністрацією.

Згідно з Указом Президента України «Про заходи із забезпечення додержання прав фізичних та юридичних осіб щодо одержання адміністративних (державних) послуг» від 03.07.2009 р. № 508/2009 Кабінет Міністрів до 1 вересня 2009 р. мав затвердити перелік адміністративних (державних) послуг, які надаються органами виконавчої влади, державними підприємствами, установами й організаціями, а також органами місцевого самоврядування під час здійснення делегованих повноважень, із зазначенням послуг, суб'єктів їх надання, а для платних послуг – їх вартості. Але на даний час згаданого переліку немає, що призводить до виникнення певних проблем у сфері надання адміністративних послуг. Кабінет Міністрів прийняв лише постанову «Про заходи щодо упорядкування державних, у тому числі адміністративних послуг» від 17.07.2009 р. № 737, якою затверджено Тимчасовий порядок надання державних, у тому числі адміністративних, послуг. Цією постановою Кабінет Міністрів України зобов'язує міністерства й обласні державні адміністрації вжити заходів щодо припинення з 1 січня 2010 р. надання адміністративних послуг підприємствами, установами й організаціями, що не мають статусу бюджетних установ. До цього часу міністерства, відомства, а також місцеві органи виконавчої влади повинні провести аналіз діяльності підприємств, установ та організацій, які належать до сфери їх управління та надають послуги. Реалізація зазначеної постанови сприятиме підвищенню якості надання послуг і встановленню чіткого порядку визначення плати за державні послуги.

Ефективне та вільне здійснення прав людини – одна з основних ознак демократичного суспільства, правової держави. Права людини в сучасному українському суспільстві мають стати не другорядним завданням, здійснюваним у сфері перетворень виконавчої влади, а її першочерговою метою, яка покликана принципово змінити історичну парадигму відносин між державою та людиною. Мета такої зміни полягає у тому, щоб місце домінуючої в минулому ідеології «панування» держави над людиною посила протилежна – ідеологія «служіння» держави інтересам людини [1, с. 7].

Мета «служіння» держави інтересам людини хоч і знайшла пряме текстуальне від-

творення в Концепції адміністративної реформи в Україні, але ще не стала пануючою як у свідомості державних службовців, так і в практичній діяльності органів виконавчої влади [2, с. 81]. Це є складним завданням, оскільки потребує якісно нового підходу щодо сутності та функціональної орієнтації виконавчої влади, запровадження її нової ідеології [3, с. 21].

На сьогодні особливої актуальності набув взаємозв'язок держава – громадянин. У відносинах «виконавча влада – громадянин» з'являються нові пріоритети, а в центрі уваги органів виконавчої влади перебувають основні її завдання: задоволення прав і свобод людини, надання їм адміністративних послуг. Україна має перетворитися на державу для людини. Раніше вважалося, що держава, її органи управляють вищі нижчими, і найнижчою ланкою державного організму, його «гвинтиками» були пересічні громадяни [4, с. 30–34]. Районна державна адміністрація як найнижча ланка в структурі виконавчої влади має виступати в ролі надавача послуг, і надання нею адміністративних послуг населенню забезпечує їх наближення до користувачів.

Ми поділяємо думку В. Дубовича, який вважає, що основними повноваженнями місцевих державних адміністрацій як основного елемента їх правового статусу повинні бути: надання управлінських послуг, забезпечення прав і свобод громадян [5].

Вважаємо, що надання адміністративних послуг районною державною адміністрацією має регламентуватися Законом України «Про місцеві державні адміністрації». Пропонуємо проаналізувати деякі положення цього Закону та зробити певні висновки. Так, у Законі України «Про місцеві державні адміністрації», що регламентує діяльність органів виконавчої влади, є поняття «повноваження». Що стосується статей Закону, які регламентують відносини місцевих державних адміністрацій з іншими суб'єктами управління (статті 30–38), то відповідно до статей 37, 38 відносини місцевих державних адміністрацій з об'єднаннями громадян і громадянами будуються на засадах забезпечення та дотримання прав і свобод громадян при їх зверненнях. Стаття 38 Закону передбачає, що місцеві державні адміністрації забезпечують дотримання прав і свобод громадян. Громадяни звертаються до місцевих державних адміністрацій з питань, що належать до сфери повноважень місцевих державних адміністрацій. Стаття 13 цього Закону подає перелік питань, що вирішуються державними адміністраці-

ями, а статті 17–27 деталізують основні галузеві повноваження місцевих державних адміністрацій в галузях економічного та соціального розвитку; бюджету і фінансів; управління майном, приватизації та підприємництва; містобудування, житлово-комунального господарства, побутового, торговельного обслуговування, транспорту та зв'язку; використання та охорони земель, природних ресурсів і довкілля; науки, освіти, охорони здоров'я, культури, фізкультури і спорту, материнства та дитинства, сім'ї та молоді, соціального забезпечення та соціального захисту; зайнятості населення, праці та заробітної плати; міжнародних і зовнішньоекономічних відносин; оборонної роботи, виконання яких спрямовані на забезпечення державної політики в цих галузях. Таким чином, коло питань, які мають вирішувати місцеві державні адміністрації, є досить широким, але в них чітко не прописані повноваження у сфері надання адміністративних послуг. А таке поняття як «послуга» вживається в Законі лише в контексті житлово-комунальних послуг (ст. 18) та послуг підприємств (ст. 20).

Отже, аналіз свідчить, що повноваження органів державної влади у сфері надання адміністративних послуг не є зрозумілими, не доступні споживачеві, що зумовлюється відсутністю поняття «повноваження у сфері надання адміністративних послуг», а також тим, що державна служба, служба в органах місцевого самоврядування або якась частина їх діяльності – це надання адміністративних послуг громадянам. Пошуки шляхів вирішення цієї проблеми залишаються актуальними і тому є предметом уваги науковців.

Послуги, що надаються органами влади, мають свої особливості та суттєво відрізняються від інших, перш за все, тим, що через надання послуг влада формує свій авторитет в очах громадян, що й спонукає владу управляти таким чином, щоб цей авторитет або зберігався, або нарощувався. За таких умов перед органами влади різних рівнів (передусім перед районною державною адміністрацією, оскільки вона найближче до споживача) постає завдання ознайомлення громадян з видами послуг, які ними ж надаються,

та формування їх видів відповідно до потреб споживачів. Необхідно встановити: наскільки адекватне для сучасних користувачів послуг в Україні є саме поняття «адміністративні послуги»; рівень поінформованості щодо фактичної можливості звернення за отриманням необхідної послуги; мережу органів, які надають необхідні послуги; режим доступу до адміністративних органів; процедуру надання послуг тощо. Велику роль відіграє обмін інформацією між владними структурами (надавачами) та населенням (споживачами послуг), оскільки надання інформації, власне, відкриває шлях до отримання послуг. На жаль, на районному рівні ці процеси є стихійними і не набули системного характеру.

Висновки

Для висвітлення проблем надання районною державною адміністрацією адміністративних послуг необхідно розглядати особливості районної державної адміністрації в системі суб'єктів надання адміністративних послуг та висвітлювати державно-владні повноваження районної державної адміністрації у сфері надання адміністративних послуг.

Потрібно чітко визначити перелік адміністративних послуг, які районна державна адміністрація надає населенню, та стандарти їх надання.

Література

1. Авер'янов В. Реформування українського адміністративного права: черговий етап // Право України. – 2000. – № 7.
2. Писаренко Г. Запровадження доктрини адміністративних послуг в Україні // Митна справа. – 2005. – № 6.
3. Авер'янов В. Адміністративна реформа і правова наука // Право України. – 2002. – № 3.
4. Коліушко І., Тимошук В. Управлінські послуги – новий інститут адміністративного права // Право України. – 2001. – № 5. – С. 30–34.
5. Дубович В. До питання про ефективність діяльності місцевої державної адміністрації // Ефективність державного управління в контексті глобалізації та євроінтеграції: Матеріали наук.-практ. конф. / За ред. В. І. Лутового, В. М. Князева. – К., 2003. – Т. 1. – С. 261–263.

The problem questions of grant of administrative services district state administration are considered in this article.

В статье рассматриваются проблемные вопросы предоставления районной государственной администрацией административных услуг.



ЗАХИСТ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ

Дмитро Мороз,

лаборант кафедри управління, адміністративного права, процесу та адміністративної діяльності
Національного університету державної податкової служби України

У статті порушуються актуальні питання захисту інтелектуальної власності, авторських прав, зокрема організації мовлення в умовах євроінтеграції України.

Ключові слова: інтелектуальна власність, авторське право, організація мовлення, адміністративна відповідальність, кримінальна відповідальність.

Для досягнення високого економічного, науково-технічного та соціального рівня, підвищення добробуту різних верств населення країнам світу необхідні розвинуті та добре налагоджені системи інтелектуальної власності.

XXI ст. – століття високих технологій, у тому числі інформаційних. Стрімкий розвиток науково-технічного прогресу та соціально-економічний розвиток країн світу безпосередньо залежать від інтелектуальної діяльності людини. Тому питання правової охорони інтелектуальної власності заслуговує на особливу увагу, оскільки від рівня інтелектуального потенціалу суспільства залежить ефективність вирішення економічних проблем, що мають місце в Україні.

Проблема захисту інтелектуальної власності є актуальною для кожної розвинутої країни. Продукт інтелектуальної праці за умови його правомірного використання має важливе значення для економічного та соціального прогресу. Особливої актуальності набуває інститут адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності.

Підставою для виділення адміністративної та кримінальної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності є ті процеси, що відбуваються в матеріальному та духовному житті суспільства.

Філософ стародавньої Греції Платон (427–347 рр. до н. е.) стверджував, що створення будь-яких творів мистецтва і ремесла треба назвати творчістю, а всіх створювачів – творцями. Інший відомий філософ Аристотель (384–322 рр. до н. е.) у своїй «Метафізиці» зазначав, що «будь-яке мислення спрямоване на творчість».

Відомий класик давньогрецької літератури Вергілій (70–19 рр. до н. е.), автор славетної «Енеїди», очевидно, з сумом констатував порушення авторського права: я написав вірші, а слова дістались іншому. Цей вислів уже ввійшов до скарбниці античної мудрості.

Визначний російський поет А. Пушкін (1799–1837 рр.) стверджував, що: «не продатися вдохновенье, но можно рукопись продать...», а у тексті роману відомого українського письменника А. Головка (1897–1972 рр.) «Мати» відображено порушення авторського права видатного українського поета Т. Шевченка на його відомий «Кобзар».

Об'єктивна потреба у подоланні на сучасному етапі розвитку суспільства порушень прав інтелектуальної власності пояснюється, перш за все, необхідністю забезпечення законних прав та інтересів власників цих прав.

Проблема адміністративної відповідальності за порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності в сучасних умовах потребує глибокого, всебічного, комплексного та порівняльного аналізу.

Історія свідчить, що проблемам адміністративної відповідальності, починаючи із 60-х років XX ст., приділяється чимало уваги. У працях, опублікованих у 60–70-х роках XX ст. [1, с. 112] розглядалися загальні питання адміністративної відповідальності, її процесуально-правові аспекти, обґрунтовувалися пропозиції з розвитку законодавства про адміністративні проступки, багато з яких є теоретичною основою кодифікації цього законодавства. Загальнотеоретичні проблеми адміністративної відповідальності досліджували у своїх працях такі вчені, як Д. Бахрах, І. Галаган, А. Дученець, Б. Лазарев, С. Студенікін, О. Якуба та ін.

На початку XXI ст. проблемі адміністративної відповідальності приділяють увагу І. Зайцева, В. Корчевний, Д. Лук'янець, Б. Терещенко, О. Філімонов та ін.

Метою цієї статті є дослідження теоретичних і правових джерел юридичної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності в умовах євроінтеграційних процесів, спрямованості законодавчих документів України на європейські стандарти та традиції.

Останні роки розвитку українського законодавства відзначилися розробленням і впровадженням в життя ряду законодавчих актів, пов'язаних із різними сферами життя. Особливістю їх є спрямованість на європейські традиції та стандарти. Це сприяло вдосконаленню правових норм, які перебувають на стадії становлення, зокрема, це стосується захисту прав інтелектуальної власності. Європейська система законодавства приділяє багато уваги цій сфері скоєння злочинів. Україна на шляху до Євросоюзу інтегрує в собі досягнення європейського права. Результати такої інтеграції є об'єктом обговорення комісій, міжнародних організацій, компаній тощо. Всесвітня організація інтелектуальної власності у листі від 07.10.2004 р. відзначила як важливе досягнення у національному законодавстві України значне підвищення рівня обізнаності у сфері інтелектуальної власності серед урядовців, фахівців з інтелектуальної власності, ділових і наукових кіл, громадськості. Коаліція захисту прав інтелектуальної власності (CIPR) вважає, що Україна практично наблизилася до відповідних міжнародних стандартів, оскільки урядом створені відповідні механізми для реалізації правових норм, а також для координації діяльності відповідних міністерств і відомств з метою забезпечення захисту прав інтелектуальної власності. Компанія «The Gallup Organization» у листі від 23.09.2004 р. відзначила роботу Державного департаменту інтелектуальної власності у сфері реформування системи інтелектуальної власності (далі – Департамент). Україна досягла значного прогресу у сфері захисту та попередження піратства, в Україні на сьогодні запроваджено механізм запобігання та припинення правопорушень у цій сфері, напрацьовано практику вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності в судовому порядку.

Згідно з Указом Президента України «Про затвердження Стратегії інтеграції України до ЄС» від 11.06.1998 р. законодавство про інтелектуальну власність визначено одним із основних напрямів адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

Початком становлення законодавства України про інтелектуальну власність вважається 7 лютого 1991 р. Це дата прийняття Закону України «Про власність». Саме цей нормативний акт вперше визнав результати інтелектуальної власності об'єктами права власності. Деякі норми, що регулюють відносини окремих об'єктів інтелектуальної власності, є в інших законах України. Так, основним спеціальним законом, що регулює правовідносини у сфері авторських і суміжних прав, є Закон України «Про авторське право та суміжні права» від 23.12.1993 р. Саме у зв'язку з прийняттям зазначеного нормативного акта Законом України «Про внесення

змін до Цивільного кодексу Української РСР» від 04.02.1994 р. ст. 472 цього Кодексу була викладена у новій редакції (вперше у кодифікованому законодавчому акті закріплена охорона майнових та особистих (немайнових) прав організацій мовлення).

На нашу думку, важливим моментом у становленні законодавства про інтелектуальну власність стало прийняття Конституції України. Стаття 41 Конституції України передбачає право кожного володіти, користуватися та розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності.

Слід зазначити, що, з 2001 р. в Україні вдосконалюються правові засади у сфері інтелектуальної власності. Прийнято Кримінальний кодекс України, внесені зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення. До зазначених кодексів увійшли норми, спрямовані на посилення кримінальної й адміністративної відповідальності за порушення прав інтелектуальної власності.

Одним із важливих питань є забезпечення ефективного судового захисту прав інтелектуальної власності. Першим важливим кроком на цьому шляху є створення у 2001 р. спеціальної колегії судів Вищого господарського суду України, який розглядає справи, пов'язані із захистом прав інтелектуальної власності, та подібних колегій у складі господарських судів Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва і Севастополя, апеляційних господарських судів. Президент України підписав Указ «Про заходи щодо охорони інтелектуальної власності в Україні» від 27.04.2001 р.; у червні 2002 р. розпорядженням Кабінету Міністрів України затверджено Концепцію розвитку національної системи правової охорони інтелектуальної власності.

Власне історія імплементації світових норм у сфері захисту прав інтелектуальної власності в українське законодавство розпочалася в 2002 р., коли відбулася зустріч з питань торговельних аспектів представників делегацій США, ЄС, Канади, Австрії, Швейцарії, Аргентини, Чехії, Словаччини, Молдови й України. Тоді всі учасники зустрічі відзначили суттєвий прогрес у створенні в Україні нормативно-правової бази, що відповідає вимогам міжнародних норм, зокрема нормам Угоди TRIPS.

У 2002 р. створено державне підприємство «Інтелзахист», яке здійснює заходи, спрямовані на вдосконалення захисту прав на аудіовізуальні твори, фонограми, комп'ютерні програми, бази даних відповідно до законів України «Про авторське право та суміжні права» та «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних».

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо правової охорони інтелектуальної власності» від

22.05.2003 р. № 850-IV, тематичне законодавство України приведене у повну відповідність із вимогами Угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності. Угода TRIPS визнана у світовому співтоваристві як правовий документ, що охоплює всі аспекти охорони прав на об'єкти інтелектуальної власності, які розглядаються як товар. При цьому поняття «охорона прав» містить три складові: надання, використання та захист прав на об'єкти інтелектуальної власності.

Для забезпечення систематичного державного контролю за дотриманням суб'єктами господарювання законодавства у сфері інтелектуальної власності; у складі Департаменту діє підрозділ державних інспекторів з питань інтелектуальної власності. Нині вони працюють у всіх регіонах України, здійснюючи планові та позапланові (раптові) перевірки суб'єктів господарювання, які проводять діяльність з використанням об'єктів інтелектуальної власності.

У січні 2004 р. набув чинності Цивільний кодекс, який містить окрему книгу «Право інтелектуальної власності». Відтак норми документів щодо правової охорони інтелектуальної власності повністю відповідають міжнародним стандартам.

Правова охорона інтелектуальної власності в Україні відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004 р. № 1629-IV належить до пріоритетних сфер, які підлягають першочерговій адаптації до вимог законодавства ЄС.

Принципово нові засади цивільно-правового захисту інтелектуальної власності заклад Цивільний кодекс України, зокрема, і щодо організації мовлення. Ним передбачені превентивні засоби захисту й інші положення, які підвищують надійність та ефективність захисту. Проте вважати, що система норм Цивільного кодексу України стосовно захисту прав організації мовлення відповідає сучасним вимогам, немає підстави.

Проведений автором аналіз вітчизняного та зарубіжного права свідчить, що українське законодавство у сфері охорони прав органі-

зації мовлення відповідає положенням Римської конвенції, Угоди TRIPS та іншим міжнародним нормативним актам і навіть встановлює більш високий рівень охорони. Разом із тим необхідним є подальше вдосконалення ряду напрямів (зокрема, з метою гармонізації з європейським законодавством).

Ми поділяємо думку У. Андрусів, що прогалиною чинного законодавства України є те, що жоден нормативний акт не містить дефініції «організації мовлення» [1]. На жаль, слід констатувати, що ця проблема на даний час не вирішена на науковому рівні. Є окремі висловлення, але в широкому розумінні, на жаль, вона не розглядається вченими.

Проблема визначення об'єкта правової охорони, права на який закріплюється за організаціями мовлення, є однією з важливих і полемічних серед фахівців. Справа в тому, що ні Закон України «Про авторське право і суміжні права», ні новий Цивільний кодекс України повною мірою не дають визначення об'єкта організації мовлення.

Заслуговує на увагу твердження У. Андрусів, згідно з яким з метою уникнення різнотлумачень та усунення труднощів у правозастосовчій практиці доцільно замінити у нормативних актах у назві об'єкта слово «передача» словом «програма», а за наявності двох понять в одному акті – розмежувати їх [1].

Слід зазначити, що положення ст. 36 Закону України «Про телебачення та радіомовлення» та ст. 41 Закону України «Про авторське право і суміжні права» суперечить Цивільному кодексу України, зокрема, щодо авторського та суміжних прав.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що захист прав організації мовлення за чинним законодавством України потребує подальшого вдосконалення з метою гармонізації з європейським законодавством та приведення у відповідність із сучасними вимогами.

Література

1. Андрусів У. Проблеми гармонізації прав інтелектуальної власності на програми організації мовлення в Україні // Право України. – 2008. – № 6. – С. 63–68.

In the article questions of defense of intellectual property and copyrights are raised in particular organizations of broadcasting in conditions of European integration.

В статье рассматриваются актуальные вопросы защиты интеллектуальной собственности, авторских прав, в частности организации вещания в условиях евроинтеграции Украины.



СУТНІСТЬ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРЕДСТАВНИЦТВА У СУДОВОМУ АДМІНІСТРАТИВНОМУ ПРОЦЕСІ

Володимир Заяць,

здобувач Національного університету державної податкової служби України

У статті на основі аналізу існуючих наукових думок щодо сутності процесуального представництва у цивільному процесі, виділення спільних і особливих ознак цивільного та судового адміністративного процесів, змісту терміна «право на захист» визначається поняття «процесуальне представництво у судовому адміністративному процесі».

Ключові слова: судовий адміністративний процес, представник, право на захист.

Ефективна судова система, спроможна здійснювати захист прав, свобод громадян, прав і законних інтересів юридичних осіб, є гарантією розвинутої демократії. В Україні стан судової системи далекий від досконалого. Про це зазначалось і у виступах на парламентських слуханнях «Про стан правосуддя в Україні», що відбулися 18 березня 2009 р. Зокрема, Міністр юстиції М. Оніщук зазначив, що система судочинства користується найменшою довірою серед усіх державних органів – лише 10 % громадян довіряють судам; понад 70 % респондентів заперечують саму можливість законно домогтися правди в судах. За даними Всесвітнього економічного форуму, Україна посідає 99 місце (із 125 країн) за показником незалежності судової системи. В рейтингу якості судової системи Україна займає місце нижче середнього у порівнянні з аналогічними державами, що перебувають у процесі переходу до ринкової економіки.

Вади судової системи пов'язані не лише із чинниками політико-правового й економічного характеру, а й із необхідністю подолання прогалин і колізій у законодавстві, що регулює процесуальні відносини, адже процесуальне законодавство, яке визначає правила відправлення правосуддя, є складовою належного функціонування судової системи. Зазначене стосується всіх видів судової юрисдикції, у тому числі адміністративної. Кодекс адміністративного судочинства (далі – КАС) України набрав чинності порівняно недавно, а організаційна побудова системи адміністративних судів зазнає змін, необхідність яких є сумнівною. Так, Указом Президента України «Про вдосконалення мережі адміністративних судів України» від 16.10.2008 р. № 941/2008 ліквідовано окружний адміністративний суд міста Києва й утворено Центральний та Лівобережний окружні адміністративні суди міста Києва. З цього приводу Київський апеляційний адміністративний суд прийняв ухвалу № 22-а-35980/08 від 15.01.2009 р.

Проблематика вдосконалення адміністративного судочинства є комплексною, а однією з її складових виступає гармонізація процесуальної правосуб'єктності його учасників, серед

яких не останнє місце посідає представник, а у межах адміністративних процесуальних відносин – інститут процесуального представництва.

У сучасних дослідженнях з адміністративного права та процесу проблема сутності та змісту інституту процесуального представництва ще не достатньо вивчена. Заслугує на увагу дослідження О. Анпілогова, який розкрив особливості здійснення прокурором функції захисту прав, свобод та інтересів громадянина в адміністративному судовому процесі, у тому числі питання його правосуб'єктності як представника [1]. Певною мірою питання про види представництва у судовому адміністративному процесі були вивчені П. Вовком у межах дослідження ширшої за змістом проблеми – захисту прав, свобод та інтересів громадян в адміністративному суді першої інстанції [2]. Проблематика визначення сутності інституту процесуального представництва, видів представництва була предметом наукового пошуку вчених у галузі цивільного права та процесу [3–5].

В. Комаров звертає увагу на спільне у нормах Цивільного процесуального кодексу, Кодексу адміністративного судочинства України: джерела правового регулювання, принципи, цілі, властивості, закладені в природі не лише процесуального права, а й суду як органу, наділеного від імені держави функцією здійснення правосуддя [6]. Е. Швед, порівнюючи принципи здійснення правосуддя в адміністративних судах та принципи цивільного процесу, зазначав наявність спільних за сутністю принципів, характерних для обох процесуальних порядків розгляду правових спорів: верховенство права, законність, змагальність, диспозитивність, рівність учасників перед законом і судом, гласність та відкритість судового розгляду, забезпечення апеляційного та касаційного оскарження судових рішень, обов'язковість судових рішень, державна мова судочинства [7, с. 19–20].

Викладене свідчить про можливість використання положень доктрини цивільного процесу для обґрунтування поняття «процесуальне представництво у судовому адміністративному процесі». Разом із тим формулювання відповідних положень має виходити із специфіки

адміністративного судочинства, що виявляється, насамперед, у його завданнях, предметі. Завдання адміністративного судочинства визначено як захист прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб у сфері публічно-правових відносин від порушень з боку органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі виконанні делегованих повноважень (ч. 1 ст. 2 КАС України). Його предмет стосується публічно-правового спору. Ознаками такого спору визначено [2, с. 14]:

наявність адміністративно-правового елемента (адміністративно-правової норми, адміністративно-правового відношення);

завершення у юридичний спосіб – шляхом прийняття адміністративним судом рішення або ухвали, залежно від категорії публічно-правового спору;

наявність процесуальної форми конфлікту – справи адміністративної юрисдикції.

Стаття 56 КАС України передбачає участь у судовому адміністративному процесі представника. Визначено, що сторона, а також третя особа в адміністративній справі можуть брати участь в адміністративному процесі особисто і (або) через представника. Тим самим встановлено, що представник може брати участь у судовому процесі не лише самостійно, а й із особою, права, свободи й інтереси якої захищає.

І. Павлуник формулює таке поняття процесуального представництва у цивільному судочинстві, як вчинення в цивільному процесі однією особою (представником) у межах наданих повноважень юридичних дій від імені іншої особи з метою захисту її прав і законних інтересів та/або реалізації її процесуальних прав та обов'язків. Учений звертає увагу на відмінність свого підходу від існуючих, який передбачає врахування двох основних цілей процесуального представництва: захист прав і законних інтересів та/або реалізація процесуальних прав та обов'язків особи, яку представляють. Такий підхід є підґрунтям охоплення представництва не лише сторін (третіх осіб, заявників, заінтересованих осіб), а й суб'єктів, які захищають права та свободи інших осіб [5, с. 9–10]. Отже, на думку І. Павлуника, має місце дуалізм цілей процесуального представництва у цивільному судочинстві.

Щоб визначити доцільність використання саме дуалістичного підходу до цілей процесуального представництва у судовому адміністративному процесі, слід, насамперед, проаналізувати сутність поняття «захист», адже КАС України прямо встановлює мету захисту. Про участь представника у судовому адміністративному процесі з метою захисту вказано у частинах 4–6 ст. 56 КАС України. Органи й інші особи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб у випадку участі у судовому адміністративному процесі, як представники (законні представники) також діють з

метою захисту прав, свобод та інтересів. До них належать: Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні й юридичні особи (ч. 8 ст. 56, ч. 1 ст. 60 КАС).

Питання про сутність поняття «захист» не є суто теоретичним чи риторичним. З цієї сутності випливає характер діяльності із захисту, а порівняння відповідних доктринальних положень із наявною специфікою законодавчо визначених процедур дозволяє виявити ступінь відповідності законодавчої регламентації (чи невідповідності) теоретичній моделі та сформулювати пропозиції щодо змін до законодавства, спрямованих на забезпечення системності, теоретичної обґрунтованості та відповідності правового регулювання відносин щодо захисту.

З точки зору процесуальної правосуб'єктності представників як учасників судового адміністративного процесу здійснення ними захисту передбачає реалізацію відповідного права. У цивільно-правовій доктрині доведена сутність права на захист як конституційного права, що полягає у можливості його носія самостійно вчиняти юридично значимі активні дії та за настання певних умов реалізуватись у конкретному правовідношенні з метою відновлення порушеного права чи інтересу. При цьому право на захист є не лише суб'єктивним, а й об'єктивним; воно визначає та фіксує ступінь свободи правомірної поведінки. У зв'язку з цим право виступає як гарантія прав та інтересів особи і реалізується лише у випадку порушення суб'єктивного права. Виходячи із викладеного, право на захист розглядається як один із складових елементів суб'єктивного права [8, с. 5]. Отже, сутність права на захист полягає у тому, що, по-перше, є конституційним правом; по-друге, має об'єктивний характер; по-третє, існує можливість самостійно вчиняти юридично значимі дії; по-четверте, реалізація права вчиняти ці дії відбувається лише за наявності підстави – факту порушення суб'єктивного права.

Доведення конституційності права на захист зумовлює звернення до конституційно-правової доктрини, відтвореної у рішеннях єдиного органу конституційної юрисдикції. Зокрема, у резолютивній частині рішення Конституційного Суду України від 16.11.2000 р. № 13-рп/2000 у справі про право вільного вибору захисника надано тлумачення положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що «кожен є вільним у виборі захисника своїх прав» – це конституційне право підозрюваного, обвинуваченого та підсудного при захисті від обвинувачення особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи.

У зазначеному рішенні Конституційний Суд України не надає тлумачення терміна «за-

хисник», але визначає, у чому полягає реалізація права на вільний вибір захисника, хто може бути захисником, умови реалізації процесуального статусу.

О. Скакун розкриває зміст терміна «судовий захист» як [9, с. 389–390]:

- конституційне право громадянина. Громадянин демократичної держави має право на судовий захист від посягань на його честь, гідність, життя та здоров'я, особисту свободу і майно;

- сукупність юридичних дій, спрямованих на спростування або зменшення обсягу обвинувачення з метою усунення або пом'якшення відповідальності обвинуваченого (підсудного). Це означає, що обвинуваченому забезпечується право на захист – надається можливість захищати встановленими законом засобами і способами від обвинувачення, а також вчиняти комплекс процесуальних дій з метою реалізації судового захисту.

Однак судовий захист пов'язаний не лише із процедурами обвинувачення, а й із відновленням порушеного права, відшкодуванням шкоди, власне захистом прав, свобод, інтересів у публічно-правових відносинах. Виходячи з цього, надане О. Скакун визначення терміна «судовий захист» вбачається дещо звуженим. Разом із тим заслуговує на увагу те, що судовий захист розглядається як певні дії, визначені законодавством, які вчиняються за наявності відповідних підстав.

Наведені підходи щодо визначення змісту термінів «право на захист», «право вільного вибору захисника», «судовий захист» передбачають їх використання у різних, за суттю, випадках. З метою визначення змісту терміна «право на захист» в адміністративному судочинстві доцільно використати підхід, запропонований Т. Підлубною, оскільки він стосується процедур судової цивільної юрисдикції, яка має багато спільного із судовою адміністративною юрисдикцією. Згідно з цим підходом реалізація права на захист передбачає здійснення юридично значимих дій на підставі факту порушення суб'єктивного права й є конституційним правом, що існує об'єктивно. Дії набувають юридичної значимості за умови, коли: вчиняються уповноваженою законодавством особою; право й обов'язок вчинення визначений законодавством; пов'язані із реалізацією повноважень, наданих

законодавством; тягнуть юридично значимі наслідки.

Отже, захист, який здійснює представник у судовому адміністративному процесі, – це вчинені ним юридично значимі дії на підставі факту порушення прав, свобод, інтересів фізичних чи юридичних осіб у публічно-правових відносинах. Такий захист неможливо здійснювати без реалізації представником процесуальних прав та обов'язків особи, яку представляють.

Процесуальним представництвом у судовому адміністративному процесі є вчинення особою (представником) у межах наданих повноважень юридично значимих дій від імені іншої особи (фізичної чи юридичної) з метою захисту її прав, свобод та інтересів.

Література

1. Анпілогов О. В. Захист прав і свобод громадянина прокурором в адміністративному судочинстві. – К., 2008. – 168 с.
2. Вовк П. В. Захист прав, свобод та інтересів громадян у адміністративному суді першої інстанції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2009. – 23 с.
3. Гранін В. Л. Повноваження представника та його реалізація за цивільним законодавством України: Дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2005. – 204 с.
4. Доманова І. Ю. Інститут добровільного представництва в цивільному праві України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 234 с.
5. Павлуник І. А. Представництво в цивільному процесі України: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 252 с.
6. Комаров В. В. Цивільний процесуальний кодекс та Кодекс адміністративного судочинства України: проблема єдності та відмінностей // Актуальні проблеми застосування Цивільного процесуального Кодексу та Кодексу адміністративного судочинства України: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 25–26 січня 2007 р. / За ред. В. В. Комарова. – Х., 2007. – С. 3–9.
7. Швед Е. Ю. Процесуальні акти-документи у адміністративному судочинстві: Дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2009. – 200 с.
8. Підлубна Т. М. Право на захист цивільних прав та інтересів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.
9. Скакун О. Ф., Бондаренко Д. А. Юридический научно-практический словарь-справочник (основные термины и понятия) / Под ред. О. Ф. Скакуна. – Х., 2007. – 488 с.

Definition of procedural representation in court administrative procedure is defined on ground of analysis of scientific conceptions relative to essence of procedural representation, showing of common and particular kinds of civil and administrative court procedure, content of «right to defence».

В статті на основі аналізу наукових підходів к определению сущности процессуального представительства в гражданском процессе, выделения общих и особенных признаков гражданского и судебного административного процессов, содержания термина «право на защиту» определяется понятие «процессуальное представительство в судебном административном процессе».



ПРАВОВА ПРИРОДА ПОДАТКОВОЇ ПОРУКИ ЯК СПОСОБУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОГАШЕННЯ ПОДАТКОВОГО БОРГУ

Павло Дуравкін,

асистент кафедри фінансового права
Національної юридичної академії України ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

У статті аналізується правове регулювання підстав та обсягу відповідальності банка-поручителя згідно з чинними нормами податкового законодавства України.

Ключові слова: податкова порука, забезпечення погашення податкового боргу, відповідальність банка-поручителя.

Ефективне функціонування системи оподаткування належить до найважливіших завдань забезпечення нормального соціального, економічного та політичного життя суспільства. Зокрема, здійснення як внутрішніх, так і зовнішніх функцій органами державної влади та місцевого самоврядування забезпечується за рахунок грошових коштів відповідних бюджетів. Тому повна та своєчасна сплата податків і зборів до цих бюджетів має виключно важливе суспільне значення, є умовою поступового розвитку цивілізованої держави та розвитку економіки. Разом із тим, незважаючи на важливість цього питання, мають місце неодинокі випадки порушення податкового законодавства, пов'язані, зокрема, з несплатою податків і зборів. У зв'язку з цим особливого значення набуває дослідження способів забезпечення належного виконання зобов'язаннями суб'єктами податкових відносин, покладених на них обов'язків. Одним із таких засобів є податкова порука.

Слід зазначити, що спочатку порука як спосіб забезпечення майнових зобов'язань застосовувалась у сфері цивільного права [1, с. 34; 2, с. 67, 68; 3, с. 34–39]. Але вона мала місце і в публічно-правових відносинах. Так, у Стародавньому Римі, крім інших видів поруки, було відоме «obligatio praedis», яке використовувалося для забезпечення зобов'язань перед державою та суспільством [4, с. 169] і полягало у тому, що підприємець, який брав на відкуп у держави податки, повинен був надати за себе поручителів (praes), які б відповідали своїм майном за його зобов'язання перед державою [5, с. 211, 255]. Таким чином, застосування поруки для забезпечення сплати податків і зборів не є абсолютно новим явищем, але з часом вона набула суттєвих змін.

Українське податкове законодавство закріплює своєрідну опосередковану форму поруки в системі способів забезпечення ви-

конання податкового обов'язку. Якщо деякі способи (наприклад, податкова застава, адміністративний арешт активів платника податків, пеня) регулюються окремими статтями Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. № 2181-III (далі – Закон № 2181), то порука отримала законодавче врегулювання в межах механізму податкової застави. Юридична конструкція податкової поруки закріплена в п. 8 ст. 8 Закону № 2181. Крім цього, правовий механізм податкової поруки деталізується в п. 7 наказу Державної податкової адміністрації України «Про затвердження Порядку застосування податкової застави органами державної податкової служби» (далі – наказ ДПАУ № 338). На підставі цього деякі вчені відносять податкову поруку до додаткових способів забезпечення виконання податкового обов'язку при податковій заставі [6, с. 282]. Така ситуація свідчить про певну невизначеність місця інституту поруки в податковому праві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, присвячених правовому регулюванню податкової поруки, свідчить про відсутність монографій, порівняно невелику кількість дисертацій і наукових статей, присвячених даному явищу. Окремі питання особливостей правового механізму податкової поруки розглядалися у роботах В. Кириченко [7], М. Кучерявенка [8], О. Латипової [9]. Зазначене зумовлює актуальність дослідження особливостей правового регулювання інституту податкової поруки.

Мета цієї статті полягає у дослідженні особливостей правового механізму податкової поруки як способу забезпечення погашення податкового боргу.

Аналіз ч. 8 ст. 8 Закону № 2181 свідчить, що у випадку невиконання платником по-

датків обов'язків із погашення податкового зобов'язання або податкового боргу банк-поручитель приймає на себе відповідальність за таке погашення у тому ж обсязі, що й платник податків. Таким чином, відповідальність банка-поручителя фактично має наставати після прострочення сплати податків і зборів або податкового боргу платника податків. Іншими словами, відповідальність банка-поручителя пов'язується з виникненням податкового боргу або простроченням його сплати.

У зв'язку з цим дещо сумнівною виглядає точка зору В. Кириченко стосовно того, що встановлена законом конструкція податкової поруки передбачає її спрямованість тільки на забезпечення виконання обов'язку із сплати податків і зборів [7, с. 11]. Дійсно, аналіз Закону № 2181 свідчить про можливість укладення договору поруки щодо як забезпечення сплати податків і зборів, так і погашення податкового боргу. Однак відповідно до цього Закону, відповідальність поручителя може наставати тільки після прострочення сплати податків і зборів, тобто після виникнення податкового боргу.

Заслуговує на увагу позиція О. Латипової, відповідно до якої поручитель зобов'язується перед податковим органом виконати у повному обсязі обов'язок платника податків із сплати податків, якщо останній не сплатить у встановлений строк належні суми податку та пені [9, с. 24]. Несплата податків у встановлений строк свідчить про виникнення податкового боргу, а несплата пені – про прострочення погашення останнього. Тому, напевно чи поручитель може виконати обов'язок із сплати податків за умови його прострочення, а тим більш після прострочення сплати пені.

Більш слушною є точка зору М. Кучерявенка, який вважає, що зміст податкової поруки передбачає зобов'язання поручителя виконати обов'язок платника податків у випадку, якщо він ним не буде реалізований, у повному обсязі (включаючи суму податків, донарахувань, податкового боргу тощо) [8, с. 456]. Адже прострочення сплати податків і зборів неодмінно призводить до виникнення податкового боргу, забезпечення погашення якого і має охоплюватися податковою порукою. Таким чином, використання податкової поруки передбачає, що поручитель, по суті, зобов'язується відповідати не за сплату податків і зборів, а за погашення податкового боргу, який виник у результаті прострочення їх сплати.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу певне протиріччя у правовому врегулюванні того, коли саме банк-поручитель повинен виконати обов'язок, за який він поручався. Зокрема, в абзці 3 ч. 8 ст. 8 Закону № 2181 вказано, що у разі невиконання платником податків обов'язків із погашення податкового зобов'язання або податкового боргу банк-пору-

читель приймає на себе відповідальність за таке погашення у такому ж обсязі, як і платник податків. У свою чергу, в підпункті 1 п. 7 наказу ДПАУ № 338 визначено, що податкова порука застосовується у разі невиконання платником податків обов'язків із погашення податкового зобов'язання або податкового боргу. Зазначені норми свідчать, що відповідальність банка-поручителя має наставати лише у разі невиконання платником податків означених обов'язків, тобто у разі виникнення або прострочення податкового боргу.

Однак у підпункті 7 п. 7 наказу ДПАУ № 338 встановлено, що з дня видачі довідки про реєстрацію договору податкової поруки органом державної податкової служби банк-поручитель набуває всіх прав і обов'язків платника податків щодо строків погашення узгодженого податкового зобов'язання такого платника податків або його податкового боргу, а також щодо оскарження дій органу державної податкової служби. Відповідно до вказаної норми банк-поручитель стає зобов'язаним щодо сплати податків і зборів або податкового боргу з дня реєстрації договору податкової поруки, тобто ще до того, як платник прострочить їх сплату.

Таким чином, виникає питання: коли до банка-поручителя можуть висуватися вимоги про сплату податків і зборів або податкового боргу? Адже вказівка на відповідальність банка-поручителя тільки у випадку невиконання цих обов'язків платником податків суперечить набуттю ним усіх прав і обов'язків такого платника стосовно строків сплати податків і зборів або податкового боргу з дня видачі довідки про реєстрацію договору податкової поруки органом державної податкової служби. Викладене свідчить про недостатнє обґрунтування точки зору, згідно з якою своєчасна сплата податкового зобов'язання банком можлива лише за умови, коли платник податків сам ініціював виконання поруки до закінчення граничних строків, повідомивши банк про те, що він не може виконати податкове зобов'язання [10, с. 20]. Логічніше керуватися тим, що своєчасна сплата податків банком неможлива в принципі, а відповідальність останнього має наставати у випадку невиконання платником податків тих обов'язків, за які він поручався. Скажімо, при поруці за сплату податків і зборів банк-поручитель повинен відповідати тільки після прострочення такої сплати, тобто після виникнення податкового боргу, який він і погашатиме. У даному випадку діє певний алгоритм настання відповідальності поручителя: по-перше, необхідним є укладення договору податкової поруки; по-друге, настання строку сплати податків і зборів; по-третє, прострочення платником сплати належних сум податків і зборів; по-четверте, настання відповідальності поручителя, тобто перекладення на останнього обов'язку із сплати вже по-

даткового боргу. Так, відповідно до ч. 3 ст. 5 Закону № 2181 граничний строк сплати податкового зобов'язання – 10 календарних днів, наступних за останнім днем граничного строку подання податкової декларації. Таким чином, укласти договір податкової поруки щодо забезпечення сплати податків і зборів можна лише до початку перебігу строку їх сплати або ж до його спливу. Після закінчення цього строку несплачена сума податків і зборів перетвориться на складову податкового боргу, отже, поручитись уже можна буде лише на випадок прострочення погашення податкового боргу.

Якщо ж договір поруки укладається для забезпечення погашення податкового боргу, то обов'язок щодо цього має виконуватись поручителем після закінчення строку, який встановлений для його добровільного погашення. Іншими словами, відповідальність поручителя має наставати після прострочення сплати не податків і зборів, а податкового боргу. Так, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 10 Закону № 2181, стягнення коштів і продаж інших активів платника податків провадиться не раніше тридцятого календарного дня з моменту надіслання йому другої податкової вимоги. Остання, відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 6 цього Закону, може бути надіслана не раніше тридцятого календарного дня від дня направлення (вручення) першої податкової вимоги, яка надсилається не раніше першого робочого дня після закінчення граничного строку сплати узгодженої суми податкового зобов'язання. Отже, у разі поруки щодо сплати податкового боргу відповідальність банку має наставати не раніше тридцятого календарного дня з моменту надіслання платнику податків другої податкової вимоги, тобто через шістьдесят днів з моменту виникнення податкового боргу. Договір поруки у цьому разі може бути укладений як до прострочення сплати податків і зборів, так і після цього, але до закінчення строку сплати податкового боргу.

Висновки

Забезпечувальна сутність податкової поруки відповідно до чинних норм податкового законодавства України полягає у погашенні податкового боргу шляхом його сплати банком-поручителем. При цьому відповідальність банку-поручителя має наставати у ви-

падку виникнення податкового боргу (при поруці за сплату податків і зборів), або після прострочення його погашення (при поруці за сплату податкового боргу). Відповідно, договір податкової поруки щодо сплати податків і зборів має бути укладений до прострочення їх сплати, а щодо сплати податкового боргу – до його виникнення або ж після цього, але до закінчення строку, відведеного для його добровільного погашення.

У статті розглянуті лише деякі проблемні аспекти, пов'язані з правовим регулюванням податкової поруки згідно з чинним податковим законодавством України. В сучасних умовах договірні відносини у податковому праві можуть бути предметом самостійного наукового дослідження. Крім того, вкрай актуальним є вивчення відносин, які виникають відповідно до договору податкової поруки, визначення їх об'єкта, предмета, суб'єктів і змісту. Все це дозволить створити належний науковий базис для вдосконалення чинного та розроблення нового податкового законодавства.

Література

1. Андріанов М. Правова природа поруки як способу забезпечення виконання зобов'язань // Юридичний журнал. – 2005. – № 3. – С. 34–38.
2. Гражданское право: В 2 т. – М., 2000. – Т. 2, п/т 1. – 704 с.
3. Михальнюк О. Формування інституту поруки у римському приватному праві // Юридична Україна. – 2005. – № 2. – С. 34–39.
4. Нолькен А. М. Учение о поручительстве по римскому праву и новейшим законодательствам. – СПб., 1884. – Т. 1. – 371 с.
5. Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения: Пер. с чеш. Ю. В. Преснякова. – М., 1989. – 447 с.
6. Финансовое право / Под ред. И. Н. Пахомова. – Х., 2007. – 328 с.
7. Кириченко В. В. Способы обеспечения выполнения податкового обязательства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2005. – 21 с.
8. Кучерявенко Н. П. Курс налогового права: Общая часть: В 6 т. – Х., 2005. – Т. 3. – 600 с.
9. Латыпова Е. У. Обеспечение исполнения обязанности по уплате налогов и сборов: финансово-правовой аспект: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 31 с.
10. Богомазов М. Використовуємо банк для вирішення податкових проблем // Бухгалтерія. – 2002. – № 5/2. – С. 18–20.

This article analyzes the legal regulation of the grounds and extent of liability of the bank-guarantor in accordance with applicable rules of the tax legislation of Ukraine.

В статті аналізується правове регулювання оснований і об'єкта відповідальності банків-поручителів в соотвѣтстві з діючими нормами податкового законодавства України.



ФІНАНСОВО-ПРАВОВІ ШТРАФИ У ПОДАТКОВОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Валентин Спасибо,
начальник юридичного відділу
ВАТ «Важпромелектропроект»,
м. Харків



У статті обґрунтовується невідповідність діючих штрафів за порушення податкових норм ознакам штрафу, сформульованим теорією права, а також галузевим та підгалузевим методам і принципам фінансового та податкового права.

Ключові слова: пеня, штраф, фінансово-правова санкція.

Відомий радянський правник О. Лейст підкреслював, що санкція і відповідальність знаходяться в тісній взаємодії. Правильна конструкція санкції забезпечує підвищення відповідальності, причому неухильне її здійснення у вузькому значенні, тобто юридичної відповідальності (застосування і реалізація санкцій) слугує справі боротьби за зміцнення відповідальності в широкому значенні, суспільної і державної дисципліни [1, с. 101]. Втім, О. Лейст застерігав від зловживання штрафними санкціями, виділяючи кілька можливих негативних наслідків: заміна ними прийняття заходів із запобігання правопорушенням і усунення шкідливих наслідків, що з них випливають, адже реалізація штрафних санкцій не означає прогресу у виконанні основного обов'язку; при невірному конструюванні штрафів останні можуть перетворитися на «плату за правопорушення», що стягується за винну і протиправну поведінку, а це підриває штрафне значення санкцій, їх суспільно негативну оцінку протиправного винного діяння [1, с. 197–198].

Це питання залишається актуальним, хоча воно в тому чи іншому ракурсі було висвітлене в роботах таких дослідників, як Л. Воронова, М. Кучерявенко, О. Горбунова, М. Карасова, А. Пишний, П. Пацурківський та ін.

Метою цієї статті є висвітлення невідповідностей діючої системи фінансово-правових штрафів за порушення норм податкового права ознакам штрафу, сформульованим теорією права, надання пропозицій щодо способу усунення цих невідповідностей.

Першою характерною ознакою штрафних (карних) санкцій є точна кваліфікація дій правопорушника, обов'язкове встановлення наявності і форми вини, виявлення особистих якостей і особливостей його правового статусу для індивідуалізації покарання або стягнення. Передбачені чинними законами штрафи за порушення норм податкового права не

відповідають цій ознаці, оскільки диспозиція жодного із порушень, за які вони встановлені, не вимагає точної кваліфікації дій правопорушника. Навпаки, вказані диспозиції вписані у вельми загальних рисах, а в деяких випадках правовою підставою накладення штрафу слугують навіть не дії чи бездіяльність платника, а поведінка контролюючого органу, навіть незалежно від ступеню її правомірності. Так, серед інших випадків, штрафи передбачені згідно з підпунктами 17.1.2–17.1.4 п. 17.1 ст. 17 Закону України «Про порядок погашення зобов'язань платників податків перед бюджетами та державними цільовими фондами» від 21.12.2000 р. № 2181-III (далі – Закон № 2181) у разі, коли контролюючий орган самостійно визначає суму податкового зобов'язання платника податків за підставами, викладеними у підпункті «а», «б», «в» підпункту 4.2.2 п. 4.2 ст. 4 цього Закону. Відсутня вимога і щодо встановлення вини, про що сформована усталена судової практика (п. 5 Роз'яснення Вищого арбітражного суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів за участю органів державної податкової служби» від 12.05.1995 р. № 02-5/451).

Другою ознакою штрафних санкцій є виключення можливості накладення штрафів особою самою на себе. Дані повноваження можуть бути покладені тільки на відповідні органи державної влади та/чи їх посадових осіб. Ця ознака також не властива діючим штрафам за порушення норм податкового права. Законом № 2181 (п. 17.2 ст. 17) прямо передбачений навіть обов'язок, а не право платника податку, який до початку його перевірки контролюючим органом самостійно виявляє факт заниження податкового зобов'язання минулих податкових періодів: а) або надіслати уточнюючий розрахунок і сплатити суму такої недоплати та штраф у розмірі п'яти відсотків від такої суми до подання такого уточнюючого розрахунку, б) або відобразити суму такої недоплати у складі декларації з

цього податку, що подається за наступний податковий період, збільшену на суму штрафу у розмірі п'яти відсотків від такої суми, з відповідним збільшенням загальної суми податкового зобов'язання з цього податку.

Третьою ознакою штрафних санкцій слід визнати відносну визначеність виду і розміру штрафів як необхідну передумову можливості індивідуалізації покарання. Втім, усі штрафи за порушення норм податкового права є фіксованими, тому і ця ознака методу штрафних санкцій по відношенню до фінансово-правових штрафів не працює.

Четвертою ознакою прийнято вважати індивідуалізацію покарання, яка полягає в обранні уповноваженим державним органом чи посадовою особою одного з кількох покарань, передбачених за конкретне правопорушення, і/або встановленні конкретного розміру певного виду покарання залежно від певних характеристик особи правопорушника. Податкове право України не містить у собі жодної норми, яка б надавала можливість реалізувати індивідуалізацію покарання. Навпаки, як уже зазначалося вище, розміри штрафів є фіксованими і будь-яка їх диференціація неможлива.

П'ятою ознакою називають можливість уникнення покарання лише у прямо передбачених законом випадках і виключно на підставі рішення спеціально уповноваженого органу держави чи посадової особи. Утім, норми податкового права прямо не передбачають таких випадків. Непряма можливість звільнення від штрафних фінансово-правових санкцій можлива лише за процедурою інституту податкового компромісу.

Отже, діюча система штрафів за порушення норм податкового права не відповідає жодній з характерних ознак штрафних санкцій, сформульованих теорією права. Відтак, перед галузевою наукою постає завдання: або довести, що відсутність усіх загальнотеоретичних ознак штрафних санкцій є специфікою, детермінованою галузевими принципами і методами фінансового і податкового права; або привести діючі штрафи у відповідність із ознаками штрафу, сформульованими на рівні теорії права, забезпечивши при цьому додержання принципів і методів фінансового і податкового права; або виключити з діючої системи норм податкового права ті штрафи, стосовно яких не можна вирішити перших двох завдань.

Вважаємо, що жодний принцип або метод фінансового чи податкового права не може зумовлювати відсутність точної кваліфікації дій особи-правопорушника, наявності і форми його вини для індивідуалізації покарання. Відповідні прогалини у правових нормах, а також вимушена практика їх застосування, скоріше, можуть бути пояснені тим, що на штраф намагаються покласти не властиву йому правовідновлювальну функцію. Про

шкідливість подібного підходу зауважував ще О. Лейст, розглядаючи питання про так звані об'єктивно протиправні діяння, тобто дії, що зовні суперечать праву, але здійснені без вини [1, с. 78, 79]. У подібних випадках відповідальність має наступати на підставі правовідновлювальних санкцій. Застосування санкцій штрафних, каральних за «об'єктивно протиправні діяння» суперечить меті і природі цих санкцій. Штрафна, каральна санкція як погроза адресована тим, хто може *винно* порушити юридичний обов'язок. Зміст цих санкцій визначається, виходячи із ступеню суспільної шкідливості або суспільної небезпеки протиправного діяння. При цьому вина є необхідною і суттєвою складовою частиною складу правопорушення. «Відповідальність без вини» при застосуванні таких санкцій суперечила б завданням загальної і приватної превенції.

Приєднуючись до даної точки зору, додамо, що неможливим є накладення однакового штрафу на платника, який не подав податкову декларацію навмисно, намагаючись приховати тим самим свій дохід, і на платника, який не подав таку декларацію у зв'язку із хворобою, випадковим знищенням документів (пожежа), іншими обставинами, що знаходяться поза межами його волі (стихійні лиха, повені, пожежі, масові безлади тощо). Не відповідає принципам фінансового і податкового права й накладення однакового штрафу на платника податків, який здійснив відчуження активів, що перебували у податковій заставі, без попередньої згоди податкового органу, і при цьому направив одержані від продажу кошти на погашення податкового боргу, і на платника податку, який привласнив одержані кошти. Неправовим вбачається покарання платника, який не подав податкову декларацію, не визначив у ній суму податкового зобов'язання, але сплатив належну суму податків у повному обсязі.

З наведених вище підстав не можна визнати такими, що зумовлені впливом галузевих принципів і методів фінансового чи податкового права, і відсутність відносної визначеності розміру штрафів за порушення податкових норм, а також відсутність індивідуалізації покарання.

Можливість самостійного накладення правопорушником на себе фінансово-правового штрафу, а також можливість уникнути покарання не на підставі передбачених законом норм і рішення уповноваженого органу можна віднести до галузевих особливостей штрафних санкцій, але лише умовно. Такою умовою є існуюче зараз бачення фінансово-правового штрафу як одного з планових джерел наповнення Державного бюджету України.

Якщо розглядати штраф як міру відповідальності, при притягненні до якої відбувається публічний осуд дій правопорушника з метою загальної та приватної превенції, то

вплив галузевих принципів і методів фінансового та податкового права не можуть зумовлювати будь-які відмінності від загальних ознак методу штрафних санкцій.

Викладене свідчить про те, що невідповідність діючої системи штрафів за порушення норм податкового права жодній з ознак штрафних (карних) санкцій не зумовлено специфікою, детермінованою галузовими принципами і методами фінансового або податкового права. Привести діючі штрафи у відповідність із ознаками методу, сформульованими на рівні теорії права, забезпечивши при цьому дотримання принципів і методів фінансового і податкового права, також неможливо.

У зв'язку з цим постає проблема визначення межі того чи іншого виду відповідальності за порушення правової норми, на що звертає увагу М. Кучерявенко [2, с. 470]. При цьому видається суттєвим врахувати такі галузеві принципи фінансового права, як публічний характер фінансів і принцип «здорових» фінансів. У податковому праві їм відповідають принцип стимулювання підприємницької виробничої діяльності та інвестиційної активності; принцип економічної обґрунтованості податків. Для реалізації вказаних принципів у податковому праві розроблені спеціальні методи розрахунку сум податків, метою яких є забезпечення того, щоб кожний податок, збір і вся система діючих податків в цілому вилучали б у платників податків кошти на рівні, максимально наближеному до «податкової межі», тобто частину доходу чи капіталу, яка буде достатньою для вирішення суспільних фінансових потреб, але не призведе до погіршення або руйнування (як крайньої стадії) фінансів приватного господарства.

Виходячи з цього, *будь-які* додаткові вилучення з приватного господарства з точки зору фінансового і податкового права мусять розглядатися виключно як такі, що порушують їх основоположні принципи. Цей висновок стосується і фінансово-правових штрафів. Навіть найсправедливіше і найоб'єктивніше покарання як реакція на вчинене правопорушення буде суперечити щонайменше принципам здорових фінансів, економічної обґрунтованості податків і зборів. Вказану невідповідність неможливо усунути шляхом коригування розміру штрафів. Цей шлях лише може коригувати розмір (величину) порушення принципів, а також негативні наслідки.

The article grounded disparity of operating fines for violation of tax norms of tax law to the signs of fine, which formulated the theory of right, and also a particular branch and sub of a particular branch methods and principles of a financial and tax law.

В статтє приводится обоснование несоответствия действующих штрафов за нарушение налоговых норм признакам штрафа, сформулированным теорией права, а также отраслевым и подотраслевым методам и принципам финансового и налогового права.

Водночас вважаємо необхідним підтримати точку зору О. Лейста [1, с. 98–99] про те, що практика накладення штрафів на установи, підприємства і організації призводить у багатьох випадках до безкарності посадових осіб, насправді винних у вчиненні правопорушення.

Висновок

М. Тургенев зазначав, що у сфері фінансів відкриття неможливі [3, с. 132]. На нашу думку, в даному випадку вони й не потрібні. Достатньо лише згадати, що Указом Президії Верховної Ради СРСР «Про подальше обмеження застосування штрафів, що накладаються в адміністративному порядку» від 21.06.1961 р. були прийняті такі рішення: скасувати накладення штрафів в адміністративному порядку на установи, підприємства і організації; накладати їх на тих посадових осіб, які в порядку виконання своїх службових обов'язків повинні вживати заходи до своєчасного виконання встановлених правил; заборонити віднесення накладених на посадових осіб штрафів за рахунок установ, підприємств і організацій.

Варто було б повернутися до цих рішень і виключити фінансово-правові штрафи із системи норм податкового права України, залишивши в ній лише правовідновлювальну санкцію – пеню, яка з урахуванням функцій, принципів і методів фінансового і податкового права має вирішувати питання: загальної і приватної превенції, оскільки її неухильне накладення має призводити до втрати економічного інтересу в порушенні норм податкового права; відновлення правовідносин, що існували до правопорушення.

Що ж до функцій каральних, штрафних санкцій, то вони можуть успішно вирішуватись за допомогою адміністративних і кримінально-правових санкцій, з використанням відповідних галузевих принципів і методів.

Література

1. Лейст О. Е. Санкції в радянському праві. – М., 1952.
2. Кучерявенко М. П. Курс податкового права: В 6 т. Т. 2: Введення в теорію податкового права. – Х., 2004. – 600 с.
3. Тургенев М. І. Досвід теорії податків. У дже-рел фінансового права. – М., 1998. – С. 121–268.





НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ ВИНИКНЕННЯ АУДИТУ В СИСТЕМІ ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ УКРАЇНИ

Інна Жадан,

лаборант кафедри фінансових розслідувань
Національного університету державної податкової служби України

У статті аналізуються події виникнення та становлення аудиту в Україні, місце аудиту в системі фінансового контролю та нормативно-правова база, що регулює аудиторську діяльність в державі.

Ключові слова: виникнення та становлення аудиту в системі фінансового контролю, наближення національних стандартів аудиту до вимог Європейського Союзу, аудит як перевірка публічної бухгалтерської звітності й обліку.

Становлення ринкових відносин, поява та функціонування господарських структур, заснованих на недержавній формі власності, а також послідовне входження економіки України в глобальні процеси, її вступ до міжнародних структур вимагають відповідних форм фінансового контролю. Фінансовий контроль набуває іншого змісту із виникненням аудиту. Термін «аудит» виник у латинській мові понад дві тисячі років тому. Значення цього слова – «вислуховуючий» [1, с. 23].

Історія свідчить, що у Римській імперії контроль за бухгалтерами, які вели облік державних видатків, здійснювали квестори, звіти яких надсилалися до Риму і там заслуховувались екзамінаторами.

У Середньовіччі в бухгалтерському обліку був певний застій. Але після Хрестових походів облік відносився й особливого розвитку набув у Європі за часів Відродження.

У 1631 р. з Голандії в Плімут (Массачусетс) було скеровано бухгалтера для здійснення аналізу надходжень податків із колонії. Це була перша контрольна перевірка в Америці.

У найрозвинутішій країні того часу – Великобританії – група знаних бухгалтерів (в основному, шотландців за походженням) створила професійне об'єднання, метою якого була перевірка фінансових звітів. Ця подія і стала початком розвитку *незалежного аудиту*.

На державному рівні почали створюватися спеціальні органи, які контролювали видатки та збір податків. Однак у подальшому значно зросла кількість великих підприємств і одночасно збільшилося число управлінців, яких наймали власники підприємств, тобто відбулося розмежування функцій між власниками та підприємцями. А тому для попередження зловживань з боку підприємств власник був змушений звернутися до перевірки фінансової звітності незалежними аудиторами.

У ході розвитку фінансової системи виникає потреба обов'язкового аудиту, закон про який був прийнятий у Великобританії у 1862 р., у Франції – у 1867 р., у США – у 1887 р., у Німеччині – у 1931 р.

Однією з основних засад гарантування національної безпеки України в економічній сфері є система національного фінансово-економічного

контролю. Після прийняття Закону Української РСР про економічну самостійність на державному рівні, почали впроваджуватися окремі елементи системи національно-економічного контролю, орієнтовані на обслуговування потреб власника засобів виробництва, тобто держави. Однак процес роздержавлення та приватизації державного майна зумовив необхідність створення і подальшого розвитку незалежного аудиту з метою захисту інтересів власника. Особливого розвитку незалежний аудит набуває в умовах формування ринкової економіки.

Міжнародною федерацією бухгалтерів (далі – МФБ) були розроблені та прийняті Міжнародні стандарти аудиту та етики, які у 2003 р. рішенням Аудиторської палати України визнані як національні. Аудит в Україні почав активізуватися після ухвалення Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про аудиторську діяльність». МФБ постійно вносить зміни до стандартів аудиту. У 2006 р. вийшла їх нова редакція, що отримала назву «Міжнародні стандарти аудиту, надання впевненості та етики» (далі – МСА).

У глосарії термінів до МСА 120 «Концептуальні основи Міжнародних стандартів аудиту» зазначено, що аудит фінансової звітності покликаний дати аудитору можливість висловити думку про те, чи складена фінансова звітність у всіх суттєвих аспектах відповідно до встановлених вимог щодо фінансової звітності.

Зарубіжний досвід свідчить, що аудит – це обов'язковий атрибут ринкової економіки будь-якої країни. Р. Адамс наводить нині вже класичний вислів, що стосується аудиту: без аудиту немає надійності рахунків; без надійності рахунків немає контролю, а без контролю, чого вартує влада? [2, с. 18].

Однак, незважаючи на послідовний розвиток аудиту, в економічній літературі ми знаходимо полярні думки та визначення щодо існування теорії аудиту:

аудит – це у чистому вигляді практична діяльність. Так, Р. Адамс наголошує, що аудит – це суто практична діяльність, а тому не зрозуміло, навіщо потрібно було створити його теорію [2, с. 57];

аудит є розділом науки про господарський контроль. Професор Ф. Бутинець [3, с. 16–26] уперше розглянув аудит як розділ науки про господарський контроль і зробив це досить кваліфіковано та логічно;

наука про аудит є самостійною наукою, прихильниками цієї думки є Я. Гончарук, В. Рудницький [4, с. 3–8], Г. Давидов [5, с. 38–45; 6, с. 26–38] та ін.

Виникнення та становлення аудиту в системі фінансового контролю зумовлене суспільною необхідністю. Дослідження проблемних питань з історії розвитку аудиту можна знайти в роботах М. Белухи, Г. Давидова, А. Кузьминського, М. Кузьмелюка, О. Петрика, В. Савченко, Л. Кінашук, В. Кодяцького, Б. Усач, О. Чупрун.

Проблема визначення місця аудиту в системі фінансового контролю досліджувалась А. Аренсом, Дж. Лоббеком, М. Білухою, Ф. Бутинцем, В. Дереконем, П. Камишановим, О. Манченко, Л. Кулаковською, Ю. Пічею та ін., однак, незважаючи на велику кількість праць, єдиного підходу до розуміння сутності аудиту, отже, і визначення його місця в системі фінансового контролю не вироблено.

Аналіз літературних джерел свідчить, що питання теоретичних основ аудиту розглядалися у наукових працях В. Відсоти, Ю. Горчикова, В. Данилова, А. Занечіна, А. Звонової, І. Мерзлякова, Т. Обушак, Л. Панової, А. Поддєрьогіна, В. Сидоренка, Є. Сичова та ін. видатних учених-економістів. Але окремі питання досліджені недостатньо.

Питання сутності податкового аудиту вивчали такі науковці, як В. Онищенко, А. Чугаєв, Є. Мних, Н. Анфіногентов, Т. Василькова, С. Цимбалюк, Т. Микитенко, Н. Заяц, В. Мурашко та ін. Проте чіткого розмежування таких ключових понять, як «податковий аудит», «перевірка платника податків», «податковий контроль» на сьогодні немає.

У спеціальній літературі наводяться різні визначення аудиту, в них автори підкреслюють ту або іншу його особливість: незалежність, конфіденційність тощо. В одних випадках аудит розглядають як підтвердження звітності підприємств, в інших – занадто широко, ототожнюючи з експертизою, ревізією, економічним аналізом тощо.

Ми поділяємо точку зору Ф. Бутинця, який вважає, що *основне призначення аудиту* – надання впевненості власникам підприємства та заінтересованим особам щодо достовірності фінансової звітності. Керівник, здійснюючи управління підприємством, створює свою систему внутрішнього контролю. Необхідність аудиту виникає в результаті відносин між власником і керівництвом підприємства. Першого в даному випадку цікавить достовірність фінансової звітності, яку надає йому найняте ним керівництво та бухгалтерія.

Аудит є підприємницькою діяльністю, тобто самостійною, ініціативною та ризиковою діяльністю, що здійснюється на підставі достовірних відносин між замовником і аудитором. Аудит – це підприємницька діяльність, що є одним із найважливіших критеріїв, який відрізняє його від ревізії та судово-бухгалтерської експертизи.

У сучасних умовах господарювання першочергового значення й особливої актуальності набуває подальше розроблення теоретичних засад аудиту.

Актуальність розгляду проблеми нормативно-правового аспекта виникнення аудиту в системі фінансового контролю України зумовлена рядом

обставин: *по-перше*, в сучасних умовах розвитку економіки України, коли зростає роль держави, особлива увага приділяється правовому забезпеченню реалізації державної політики у сфері економіки й аудиту; *по-друге*, розвиток національного аудиту та наближення до стандартів Європейського Союзу посилює фінансовий контроль у державі з ринковою економікою, який набуває великого значення для виконання стратегічного завдання України щодо вступу до ЄС; *по-третє*, перенесення акцентів на процес оновлення системи аудиту відповідно до вимог Міжнародних стандартів аудиту; *по-четверте*, підготовка високоякісних фахівців з аудиту особливо важлива в епоху глобалізації, стандартизації обліку й аудиту з урахуванням обліково-контрольних традицій, набутого досвіду, нашого розуміння обліку та контролю, інтересів держави.

Метою цієї статті є дослідження виникнення аудиту в системі фінансового контролю та визначення місця аудиту як діяльності, що здійснюється відповідно до вимог Закону України «Про аудиторську діяльність».

Історико-правовий аналіз, проведений нами, свідчить, що аудит в Україні знайшов своє нормативно-правове закріплення з прийняттям Закону України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 р. № 3125-ХІІ (із змінами та доповненнями від 14.03.1995 р. № 81/95-ВР). Він визначає правові засади здійснення аудиторської діяльності в Україні та спрямований на створення системи незалежного фінансового контролю з метою захисту інтересів власника. Також завдання, принципи організації та проведення аудиту визначені Законом України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», указами Президента України, постановами Верховної Ради, Кабінету Міністрів з питань обліку та контролю, Положенням (Стандартом) бухгалтерського обліку, Планом рахунків бухгалтерського обліку та Інструкцією щодо його застосування, рішенням Аудиторської палати України про затвердження Національних нормативів аудиту та Кодексу професійної етики аудиторів України, Інструкцією про порядок проведення інвентаризації тощо.

Слід зазначити, що економіка зарубіжних країн, у тому числі економічно-розвинутих, і економіка України, як й інших країн СНД, суттєво різняться. Тому аудит в Україні має свої особливості. Національна система аудиту створюється на багатому зарубіжному досвіді організації та методики проведення аудиту та на національному науково-практичному ґрунті контрольно-ревізійної роботи.

Часом у літературних джерелах теоретичні положення аудиту, у тому числі ті, що стосуються *методології, методів, методики* проведення аудиту, трансформуються з положень, викладених у літературі з контролю та ревізії. Крім того, враховується понятійний апарат, висвітлений у зарубіжній літературі (переклади російською та українською мовами). Щоправда, переклади не завжди відповідають тому змісту визначень, який вкладає в них іноземний фахівець, оскільки у них інше економічне мислення.

Вважається, що аудит як професія відбувся в Україні з моменту його юридичного визначення,

тобто з часу прийняття Закону України «Про аудиторську діяльність». Згідно із цим Законом аудит – це перевірка публічної бухгалтерської звітності, обліку, первинних документів та іншої інформації щодо фінансово-господарської діяльності суб'єктів господарювання з метою визначення достовірності їх звітності, обліку, його повноти та відповідності чинному законодавству, встановленим нормативам.

Система незалежного аудиту сприяє стабілізації економіки, інтеграції України у світове співтовариство. Основним напрямом подальшого розвитку аудиту слід вважати розроблення методологічної бази створення внутрішньофірмових стандартів формування впевненості аудитора при наданні ним аудиторських послуг [7, с. 293].

Ми вважаємо, що оволодіння методикою аудиту фінансової звітності вкрай необхідне на даний час, коли поняття «економічна злочинність» є одним із особливо важливих криміногенних понять.

Результативність боротьби із злочинністю в економічній сфері значною мірою залежить від наявності й обґрунтованості методики розслідування сучасних економічних злочинів. Необхідну допомогу практиці у боротьбі з економічною злочинністю повинна надати наука. Особливої актуальності при цьому набуває оволодіння методами та прийомами перевірки фінансової звітності не тільки аудиторами, а й економістами, бухгалтерами, юридичними консультантами, працівниками правоохоронних органів, Службою безпеки України. Всі ці інститути контролю повинні в своїй діяльності дотримуватися норм чинних нормативно-правових актів (Конституції України, законів України «Про бухгалтерський облік і фінансову звітність», «Про аудиторську діяльність», «Про банки і банківську діяльність», «Про Національний банк України», постанов Верховної Ради, Кабінету Міністрів, інструктивних вказівок міністерств і відомств тощо).

Суттєві упущення у правовому регулюванні суспільних відносин, насамперед економічних, сприяють протиправним діям у кредитно-фінансовій, банківській системах, у сфері зовнішньоекономічної діяльності, приватизації, корпоратизації, у нових економічних структурах.

Чинним законодавством визначається порядок подання користувачам повної, правдивої та неупередженої інформації про фінансовий стан, результати діяльності та рух коштів суб'єктів госпо-

дарювання. Складовими річної фінансової звітності є *баланс, звіт про фінансові результати (прибутки та збитки), звіт про рух грошових коштів та звіт про власний капітал*, якісними характеристиками яких є *зрозумілість, доречність, надійність, нейтральність, обачливість*.

Внаслідок входження України у систему світогосподарських зв'язків посилюється завдання виходу національного аудиту на міжнародний рівень. Міжнародні стандарти аудиту, переклад яких державною мовою здійснено Аудиторською палатою України (далі – АПУ) згідно із Меморандумом про порозуміння з МФБ, призначені для використання в Україні як посібник для аудиторів, бухгалтерів, керівників фінансових установ та підрозділів, а також для студентів і викладачів вищих навчальних закладів.

Таким чином, вітчизняні та зарубіжні вчені досить детально досліджували теоретичні засади проведення аудиту й організацію його здійснення. Основною передумовою значного поширення аудиту у світовій практиці є взаємна заінтересованість власників підприємства, держави (в особі уповноважених органів) і самого аудитора в забезпеченні реальності та достовірності обліку та звітності. Тому аудит є обов'язковою частиною функціонування ринкової економіки кожної країни.

Література

1. *Аудит* Мантгомери / Под ред. Я. В. Соколова. – М., 1997. – 542 с.
2. *Адамс Р.* Основы аудита / Под ред. Я. В. Соколова. – М., 1995. – 398 с.
3. *Бутинець Ф. Ф.* Аудит. – Житомир, 2002. – 672 с.
4. *Гончарук Я. А., Рудницький В. С.* Сучасні тенденції і проблеми розвитку аудиту в Україні // Вісник Львівської комерційної академії: Сер. економічна. – 2004. – Вип. 16. – С. 3–8.
5. *Давидов Г. М.* Аудит як розділ науки про господарський контроль // Вісник Львівської комерційної академії: Сер. економічна. – 2004. – Вип. 16. – С. 38–45.
6. *Давидов Г. М.* Аудит: формування теоретичних засад // Наукові праці Кіровоградського державного технічного університету: Екон. науки. – 2004. – Вип. 5. – С. 26–38.
7. *Бутинець Ф. Ф.* Аудит. – Житомир, 2005. – 512 с.

In the article events of origin and becoming of audit in Ukraine, place of audit in financial control and legal base which regulates public accountant activity in the state are represented consistently.

В статті аналізуються події появи і становлення аудиту в Україні, місце аудиту в системі фінансового контролю і нормативно-правова база, котра регулює аудиторську діяльність в господарстві.



ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В УКРАЇНІ

Григорій Линник,

здобувач кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету біоресурсів і природокористування України,
м. Київ

У статті визначаються принципи адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, інформаційна безпека, принципи адміністративного права, принципи, класифікація принципів.

У механізмі адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України як єдиної системи правових засобів, за допомогою яких здійснюється результативне впорядкування суспільних відносин, доволі важливу роль відіграють принципи адміністративного права. Попри широкий спектр їх впливу на основні компоненти цієї галузі: норми, інститути, відносини, правотворчість, правозастосування, – питання теорії принципів адміністративного права залишаються недостатньо опрацьованими [1, с. 16].

Відтак, актуальність порушеної нами проблеми зумовлюється відсутністю сформованої концепції щодо визначення принципів адміністративно-правового регулювання взагалі, і принципів даного регулювання у сфері інформаційної безпеки України.

Порушені питання були предметом наукового пошуку таких учених, як К. Беляков, В. Гавловський, Р. Калюжний, В. Колпаков, С. Ківалов, В. Ліпкан, А. Марущак, С. Стеценко, В. Цимбалюк та ін.

Натомість, новий зміст і мета адміністративного права і як наслідок – реформування адміністративного законодавства, ставить перед сучасними науковцями нові завдання щодо формування критеріїв будови системи принципів нового адміністративного права України взагалі й адміністративно-правового регулювання зокрема. Саме тому в роботах зазначених авторів немає докладно обґрунтованих критеріїв виокремлення тих чи інших принципів, більше того, виділених і науково обґрунтованих принципів адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України (далі – АПРІБ).

Принципи адміністративного права: *по-перше*, є однією із ключових ідентифікаційних ознак, які свідчать про самостійний статус адміністративного права в системі права; *по-друге*, виконують роль основної несучої

конструкції, опорного каркаса правового регулювання державно-управлінських відносин, що є головною складовою предмета адміністративного права; *по-третє*, визначають зміст метода правового регулювання, характерного для цієї галузі права, а тим самим специфічного правового режиму, що складається саме на базі особливих, властивих тільки адміністративному праву принципів; *по-четверте*, задають вектор розвитку адміністративного права й законодавства, вказуючи на найбільш прийнятні й соціально затребувані параметри формування й функціонування системи державних органів [2, с. 7–8].

Мета цієї статті – з'ясувати сутність, специфіку та види принципів АПРІБ, що є нагальним як для теорії, так і для практичної діяльності.

У науковій літературі визначення поняття принципів адміністративного права та розуміння їх сутності є доволі дискусійним. Більше того, певні розбіжності існують навіть у термінології. Так, В. Колпаков називає принципи «вимогами щодо застосування адміністративно-правових норм» [3, с. 60], С. Ківалов – «принципами функціонування виконавчої влади» [4, с. 26], С. Стеценко – «принципами державного управління» [5, с. 52] тощо.

Оскільки питання принципів адміністративного права потребує окремого дослідження, виділимо лише окремі наукові підходи щодо визначення цього поняття:

- фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин, котрі складають предмет адміністративного права, та вимоги щодо застосування норм адміністративного законодавства, результатом чого є виникнення адміністративно-правових відносин [1, с. 26];

- головні засади (ідеї), що характеризують зміст права, закріплюють закономірності

його розвитку та визначають механізм правового регулювання управлінських відносин [6, с. 33];

- засадничі ідеї, встановлення, що виражають об'єктивні закономірності організації і формування державної влади в цілому (а також виконавчої влади особливо), що визначають науково обґрунтовані напрями реалізації компетенції, задач і функцій державних управлінських органів (повноважень державних службовців), які діють у системі державної влади, по здійсненню управлінських функцій (у тому числі й контрольно-наглядових повноважень) [7, с. 363];

- основні засади, закономірності, на яких базується державне управління [5, с. 52];

- засадничі (основні) ідеї, положення, вимоги, що характеризують зміст адміністративного права, відображають закономірності його розвитку і визначають напрями і механізми адміністративно-правового регулювання суспільних відносин [8, с. 96];

- об'єктивно обґрунтований напрям діяльності держави, суспільства, окремої людини, ідейний орієнтир, якому має відповідати не тільки поведінка, але й правило, що його визначає, тобто норми, які складають правове регулювання суспільних відносин [1, с. 23].

Загалом, етимологія слова «принцип» (від лат. *prīncipium* – основа, початок) – основоположення, керівна ідея, основне правило поведінки, діяльності.

Свідомо уникаючи дискусії щодо недоліків та переваг того чи іншого визначення, вважаємо за необхідне висловити авторське бачення поняття *принципів адміністративного права* як відправних начал, засад, ідей, орієнтирів, у рамках яких розвивається адміністративне право.

Щодо визначення *принципів адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України* зазначимо, що, на нашу думку, під ними слід розуміти відправні начала, засади, ідеї, орієнтири, у рамках яких здійснюється регулювання адміністративно-правових відносин у сфері інформаційної безпеки.

Для більш повного та всебічного розкриття порушеної проблематики зупинимось на різноманітні принципи адміністративного права.

Здебільшого сучасні юристи принципи адміністративного права поділяють на дві групи: *загальні* [9, с. 216; 10, с. 262], *загально-соціальні* [11, с. 145–150; 12, с. 50–54] чи *загальнолюдські* [13, с. 82–84] принципи права, тобто такі, що є базисом не тільки для адміністративної галузі права, але й властиві всім галузям права; та *спеціально-правові* [11, с. 145–150], *спеціально-юридичні* [10, с. 262], *спеціальні* [5; 8] чи *юридичні* [12] принципи, що властиві виключно конкретній галузі права.

Необхідно відмітити, що інколи в наукових колах [5; 8] принципи адміністративного права класифікують також на загальні та спеціальні, зазначаючи при цьому, що перші з них мають фундаментальне значення для всієї галузі адміністративного права, інші – характерні для окремих інститутів адміністративного права. Хоча відмінності між загальносоціальними принципами права та загальними принципами адміністративного права не спостерігається, оскільки автори надалі трактують загальні принципи українського адміністративного права як такі, що закріплені в Конституції України, в законодавчих та інших нормативно-правових актах [8, с. 98].

Крім того, перелік конкретних принципів, що класифікуються у відповідні групи, є також доволі неоднозначним.

Так, один із перших дослідників порушеної проблематики О. Коренев виокремлював такі загальні принципи адміністративно-правового регулювання суспільних відносин: науковість (об'єктивність); демократичний централізм; єдність рівних прав і рівних обов'язків; соціалістичний інтернаціоналізм; соціалістична законність тощо [14].

Ще один радянський адміністративіст В. Юсупов зазначав, що загальними принципами адміністративного права є:

- організація, розвиток, охорона економічних і політичних відносин розвиненого соціалізму;
- принцип урахування пріоритету партійних актів;
- принцип урахування актів громадських і самодіяльних організацій трудящих;
- принцип урахування системності права;
- принцип урахування компетенції органу, що приймає адміністративний акт;
- принцип урахування конституційних прав, свобод і законних інтересів громадян та іноземців;
- принцип ефективності адміністративного права тощо [6, с. 33].

Ряд принципів (соціалістичний інтернаціоналізм; соціалістична законність; організація, розвиток, охорона економічних і політичних відносин розвиненого соціалізму; урахування пріоритету партійних актів; принцип урахування актів громадських і самодіяльних організацій трудящих тощо), що виокремлювались представниками радянської адміністративної думки, на сьогодні є неактуальними та загалом застарілими. Унаслідок чого можна зробити висновок, що однією з характерних рис принципів адміністративного права є відбиття суспільно-економічних і політичних обставин у конкретно-історичний період, час.

Деякі інші фахівці [15; 16, с. 369; 17, с. 51] з адміністративного права пропонують такий перелік принципів адміністративного права:

конституційні принципи – принцип законності; принцип пріоритету прав і свобод людини і громадянина, їх безпосередньої дії та правового захисту; принцип єдності системи державної влади, розмежування предмета відання між федерацією та суб'єктами федерації; принцип розділення законодавчої, виконавчої та судової влади; принцип забезпечення права громадян на участь у державному управлінні або ж принцип ефективного управління; принцип рівності громадян перед законом; принцип гуманізму;

організаційно-функціональні принципи – принцип підконтрольності та підзвітності державних органів та державних службовців (принцип вертикального підпорядкування в системі управління); принцип єдності основних вимог, що висуваються до державного управління; принцип професіоналізму та компетентності державних службовців при здійсненні державного управління; принцип гласності при здійсненні державного управління; принцип відповідальності державних органів та прийняті адміністративні акти (рішення); принцип відповідальності державних службовців за невиконання чи неналежне виконання своїх службових обов'язків; принцип обов'язкового врахування наукових основ організації державного управління.

На підставі аналізу зазначеної класифікації можна виокремити ще одну важливу властивість принципів адміністративного права, а саме те, що вони відображають форму правління, форму територіального устрою та форму державного режиму. Так, принцип розмежування предмета відання між федерацією та суб'єктами федерації характерний виключно для федеративної держави, а тому не властивий для України як унітарної держави і відтак не є актуальним для вітчизняної адміністративної думки.

Отже, принципи адміністративного права мають національний характер, розкриваючи провідні ідеї, характерні для конкретної національної правової системи.

Можна також зазначити відсутність єдиного, уніфікованого підходу до класифікації принципів адміністративного права, причому в поодиноких випадках є недопустиме отождоження принципів адміністративного права та принципів державного управління.

У цілому зміст принципів адміністративного права зумовлений їх джерелами. Ми підтримуємо позицію І. Данильової стосовно того, що принципи, які визначають регулювання адміністративних правовідносин (або принципи адміністративного права), формуються під впливом трьох основних джерел: загальносоціальних ідей, закономірностей економічного, політичного, морального розвитку суспільства; загальної системи

принципів права; принципів управління [18, с. 18].

Таким чином, адаптуючи зазначене вище для принципів АПРІБ, вважаємо за необхідне більш детально та конкретно розглянути окремі загальні та спеціальні принципи у цій сфері.

Оскільки управління загрозами та небезпеками в інформаційній сфері ґрунтується на принципах, закріплених у законодавстві, детально зупинимось на основних нормативно-правових актах, що регулюють адміністративні відносини у сфері інформаційної безпеки України.

Загальні принципи адміністративного права, як зазначалося раніше, знаходять своє відображення насамперед у нормах Конституції України. Саме Основний Закон України закріплює такі фундаментальні ідеї, як демократизм, законність, верховенство права, гласність, рівність, справедливість, гуманізм тощо.

Крім того, важливе значення в контексті предмета дослідження мають інші норми Конституції, що закріплюють загальні принципи АПРІБ України, а саме:

- відповідальність держави перед людиною за свою діяльність (п. 2 ст. 3 Конституції України);
- пріоритетність прав і свобод людини та їх гарантій щодо державних (п. 2 ст. 3 Конституції України);
- заборона цензури (п. 3 ст. 15 Конституції України);
- судовий захист конституційних прав і свобод людини і громадянина (п. 3 ст. 8);
- пріоритет принципів і норм міжнародного права щодо внутрішньодержавного (п. 1 ст. 18) тощо.

Досить важливою є думка О. Харитонової, що до конституційних принципів, які стосуються і адміністративно-правових відносин, мають бути також віднесені такі вимоги: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини, яка означає вимогу забезпечення свободи особистості відповідно до вимог Конституції України, міжнародних угод, ратифікованих в Україні, тощо; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом; правова охорона власності, яка забезпечується всім власникам, незалежно від її форм та видів, а відтак можливість позбавлення власника його права, вилучення майна лише у випадках, прямо передбачених нормами чинного законодавства (наприклад, реквізиції, конфіскації майна за вироком суду тощо). Конституційним принципом є й положення Конституції України, згідно з яким правосуддя в Україні здійснюється виключно судами, юрисдикція яких поширюється на всі пра-

вовідносини, що виникають у державі (ст. 124 Конституції). При цьому судовий захист можливий не лише стосовно тих прав, що прямо вказані в законі, але й відносно тих, що впливають з норм Конституції України чи іншого закону (Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» від 01.11.1996 р. № 9). За цим принципом судам підвідомчі усі спори про захист прав і свобод фізичних осіб, у тому числі в адміністративних відносинах. Суд не має права відмовити громадянину в прийнятті позовної заяви або скарги, наприклад на тій підставі, що його вимоги можуть бути розглянуті і задоволені (або відхилені) в іншому (адміністративному) порядку [1, с. 23].

Крім зазначених, до загальних принципів адміністративного права Д. Галлиган, В. Полянський, Ю. Старілов відносять також принцип розподілу влад, принцип судового перегляду адміністративних дій, включаючи право фізичних і юридичних осіб вимагати такого перегляду, принцип належного процесу, принцип рівності перед законом [18, с. 148].

Незважаючи на доволі значний спектр закріплених конституційних принципів адміністративного права загалом та адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України зокрема, необхідно розуміти, що не може існувати вичерпного переліку зазначених фундаментальних засад. Як права і свободи людини і громадянина, закріплені Конституцією України, не є вичерпними, так і зазначені принципи не є вичерпними.

Таким чином, можна дійти висновку, що управління загрозою відсутності у переліку окремих важливих засад регулювання адміністративних відносин в різних сферах життєдіяльності суспільства та функціонування державних і недержавних інституцій, здійснюється на основі іншого важливого конституційного принципу як невичерпність закріплених Конституцією засад (п. 1 ст. 22).

Щодо спеціальних принципів АПРІБ, то концептуальним нормативно-правовим актом у цьому контексті є Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р., у ст. 5 якого закріплені такі принципи забезпечення національної безпеки: пріоритет прав і свобод людини і громадянина; верховенство права; пріоритет договірних (мирних) засобів у розв'язанні конфліктів; своєчасність і адекватність заходів захисту національних інтересів реальним і потенційним загрозам; чітке розмежування повноважень та взаємодія органів державної влади у забезпеченні національної безпеки; демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією держави та іншими струк-

турами в системі національної безпеки; використання в інтересах України міждержавних систем та механізмів міжнародної колективної безпеки.

Попри те, що ряд виокремлених у цьому Законі принципів дублюють конституційні принципи, необхідно відмітити прогресивність окремих засад та їх більш конкретизований характер. Так, принцип цивільного контролю над Воєнною організацією держави та іншими структурами в системі національної безпеки здійснюється на основі такого конституційного принципу як відповідальність держави перед людиною за свою діяльність (п. 2 ст. 3 Конституції України).

Слід зауважити, що деякі із зазначених принципів, що закріплені законодавцем у Законі «Про основи національної безпеки України», не тільки дублюють один одного, а й загалом, на нашу думку, не належать до засадничих положень адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки.

Так, чітке розмежування повноважень та взаємодія органів державної влади у забезпеченні національної безпеки чи використання в інтересах України міждержавних систем та механізмів міжнародної колективної безпеки вказують лише на певні напрями, способи, шляхи забезпечення національної та інформаційної безпеки.

Таку думку підтримує й І. Данильєва, зазначаючи, що «ряд принципів адміністративного права, що згадуються в літературі, також дублюють один одного та не належать до засадничих положень регулювання та функціонування адміністративних (управлінських) відносин, зокрема: принцип відповідальності державних службовців за невиконання чи неналежне виконання своїх службових обов'язків та принцип відповідальності державних органів за прийняті адміністративні акти (рішення) значною мірою дублюють один одного. Принцип професіоналізму та компетентності державних службовців при здійсненні державного управління та принцип гласності при здійсненні державного управління, як здається, навряд чи можна визнати засадами адміністративного права, оскільки вони стосуються й інших галузей (наприклад, принцип професіоналізму та компетентності працівників при виконанні трудових обов'язків, відрізняючись лише формулюваннями, є принципом трудового права; принцип гласності при здійсненні державного управління є загальним практично для всіх галузей права – конституційного, цивільного, процесуального, кримінального тощо). Що стосується принципу обов'язкового врахування наукових основ організації державного управління, то це, швидше, не принцип адміністративного права, а рекомендації сто-

совно організації відповідної діяльності, оскільки, попри всю важливість врахування наукових основ організації державного управління, недотримання цих вимог практично мало відображається на оцінках конкретного управлінського процесу і, як правило, не супроводжується відповідним організаційним забезпеченням» [18, с. 19].

Поміж вказаних вченими-адміністративістами принципів особливе місце займає принцип забезпечення права громадян на участь у державному управлінні.

Враховуючи авторське трактування сутності, змісту та різноманіття принципів АПРІБ, визначаємо такі **фундаментальні принципи**:

- верховенства права (закону);
- гласності;
- вільного доступу (відкритості) до інформації;
- заборони розповсюдження інформації, що є небезпечною чи шкідливою для розвитку державно-правових чи недержавних інституцій та людини;
- забезпечення права громадян на участь у державному управлінні;
- пріоритету інформаційних прав і свобод людини і громадянина;
- своєчасного й адекватного забезпечення національних інтересів у інформаційній сфері шляхом управління реальними та потенційними загрозами;
- чіткого розмежування повноважень та взаємодії органів державної влади у забезпеченні інформаційної безпеки;
- демократичного цивільного контролю над державно-правовими інституціями;
- пріоритету норм міжнародного права щодо національного законодавства;
- відповідальності державних та посадових осіб за прийняті адміністративні акти (рішення) тощо.

Таким чином, на підставі аналізу доктринальних розвідок та нормативно-правових актів у цій сфері можна дійти **висновку** про наявність оновленого потужного спектра принципів адміністративно-правового регулювання інформаційної безпеки України. Якщо основним завданням радянської адміністративної науки було насамперед обґрунтуван-

ня необхідності всебічного захисту інтересів держави за рахунок інтересів окремого громадянина, то *концептуальною основою сучасної правової парадигми є визнання пріоритетного місця і ролі людини у державно-владних відносинах*.

Література

1. Харитонova О. І. Адміністративно-правові відносини: концептуальні засади та правова природа: Дис. ... д-ра юрид. наук. – О., 2004. – 435 с.
2. Авер'янов В. Б. Принципи верховенства права і реформування українського адміністративного права // Адвокат. – 2000. – № 5. – С. 5–8.
3. Колпаков В. К. Адміністративне право України / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко. – К., 2003. – 544 с.
4. Адміністративне право України / За ред. С. В. Ківалова. – О., 2003. – 894 с.
5. Стеценко С. Г. Адміністративне право України. – К., 2008. – 624 с.
6. Юсупов В. А. Теория административного права. – М., 1985. – 160 с.
7. Старилов Ю. Н. Курс общего административного права: В 3 т. – М., 2002. – Т. 1. – 728 с.
8. Адміністративне право України: У 2 т. / За ред. В. Б. Авер'янова та ін. – К., 2007. – Т. 1. – 592 с.
9. Хропанюк В. Н. Теория государства и права. – М., 1995. – 384 с.
10. Пугачев В. П. Политология. Справочник студента. – М., 2001. – 576 с.
11. Явич Л. С. Право развитого социалистического общества: сущность и принципы. – М., 1978. – 224 с.
12. Колодій А. М. Принципи права України. – К., 1998. – 208 с.
13. Рабинович П. М. Основы загалльної теорії права і держави. – К., 1994. – 236 с.
14. Корнев А. П. Принципы современного административного права // Правоведение. – 1967. – № 3. – С. 72–78.
15. Біла Л. Р. Характеристика основных принципов державної служби // Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. праць. – О., 2003. – Вип. 18. – С. 292–298.
16. Адміністративное право / Под ред. Л. Л. Попова. – М., 2002. – 697 с.
17. Данильєва І. Е. Принципи організації та функціонування державної служби в Україні: Дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2005. – 196 с.
18. Галлиган Д., Полянский В. В., Старилов Ю. Н. Административное право: история развития и основные современные концепции. – М., 2002. – 410 с.

In the article the main principles of administrative law regulation of information security are defined.

В статье определены принципы административно-правового регулирования информационной безопасности Украины.



ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА В УМОВАХ НЕКЛАСИЧНОГО НОРМАТИВІЗМУ

Ірина Киріченко,

*ад'юнкт кафедри філософії права та юридичної логіки
Київського національного університету внутрішніх справ*

У статті аналізуються напрями осмислення права у період позитивізму, розглядаються окремі аспекти його визначень і трактувань науковцями.

Ключові слова: право, держава, позитивізм, неопозитивізм, соціальна система, влада, державна воля, правосвідомість, норма закону, концепція, юридичний позитивізм, суспільство, нормативізм.

Розвиток філософії права у ХХ ст. супроводжується не лише переосмисленням існуючих правових вчень, а й створенням ряду нових філософсько-правових концепцій, які формувалися під впливом бурхливих соціальних перетворень. Еволюційні зміни зумовлюють необхідність порівняння класичного юридичного позитивізму з неопозитивізмом і виявлення змін у позитивістській аргументації.

На основі позитивізму, модифікованого відповідно до нових умов, активно розвивається започатковане Г. Кельзенем неопозитивістське вчення Х. Харта, Вільямса, Роде, Р. Ціппелюса та інших, яке зорієнтоване на техніко-юридичне, лінгвістичне, нормативне вивчення норм закону.

Метою цієї статті є визначення права в межах методології некласичного нормативізму (оскільки зазначений аспект проблеми ще не набув належного висвітлення, незважаючи на значні доробки з теорії позитивізму).

ХХ ст. характеризувалося складною духовною ситуацією, контрастністю соціально-політичних реалій, що виразилось у стимулюванні філософсько-правової думки до некласичних пошуків у сфері права та правової культури, а також сприяло розширенню діапазону філософсько-правових досліджень. Ідея права у ХІХ–ХХ ст. розвивалася та збагачувалася на ґрунті різних правових традицій, що репрезентувалось у широкому діапазоні трактування правових явищ [1, с. 112].

Спочатку в Німеччині й Англії, Франції, Італії, Росії, а потім в інших країнах узагальнюються результати дії позитивного права у

реальному житті, відбувається логічне опрацювання комплексу чинних у суспільстві юридичних норм і відносин, вивчаються взаємозв'язки права та держави, розвиваються і доповнюються погляди на сутність права, значення казуальної творчості в його становленні. Особливу увагу вчені приділяють вивченню закону, який визнають вищою, переважаючою формою права [2, с. 36–41]. Таким чином, можемо стверджувати, що в основу класичних позитивістських концепцій права покладено право, джерелом якого виступає державна влада. Іншими словами, держава визначає зміст норм права та використовує їх як інструмент (передусім як примусовий засіб) для досягнення своїх цілей і можливості свого функціонування, а тому вивчення й аналіз права неможливі поза категорією «держава».

Сучасні позитивістські концепції права, які пропонують неопозитивістські школи права – нормативістська (засновник Г. Кельзен) та аналітична (засновник Г. Харт), у своїх концептуальних положеннях спираються на вихідні ідеї юридичного позитивізму, отже, вбирають у себе всі його негативні ознаки. Разом із тим їм притаманні досягнення, які потрібні сучасній юридичній науці та практиці. Представники юридичного неопозитивізму підкреслили сильні сторони позитивістських концепцій права. Абсолютизація формально визначеного права небезпечна для суспільства, але при повній відмові від нього нормальне функціонування останнього є сумнівним, оскільки жодна крайність не є раціональною [3, с. 56].

Слід зазначити, що позитивістські та неопозитивістські концепції права потенційно заперечують справедливість права як його первинну цінність, визнаючи в якості останньої примусовість правових норм. Така ієрар-

хія цінностей призводить до того, що не людина визнається первинним носієм прав, а держава «обдаровує» її природними правами (які може і відібрати). Погодитися з цим не можна, адже призначення держави полягає не у створенні природних прав людини (інакше б вони від неї залежали і не були невід'ємними), а у їх визначенні, юридичному оформленні та розробленні механізмів їх захисту.

Якщо брати до уваги ідеї представників юридичного позитивізму, то можна вести мову про право як позитивний факт, що не вимагає особливого аксіологічного осмислення. Це норма (правило), яка встановлена або санкціонована зовнішнім авторитетом і виконується під впливом певного зовнішнього впливу, а не з власної волі чи моральної свідомості конкретної особи. На нашу думку, основна вада юридичного позитивізму полягала у звуженні сфери правового регулювання до законотворчості, а позитивною ознакою були акцентування уваги на цінності та важливості правопорядку для суспільства, орієнтація на дотримання законності, законослухняну поведінку. Відбувається своєрідне усвідомлення ідеї права як фактора стабілізації суспільства, зміцнення авторитету держави та права. Ми вважаємо, що витворений культ права базується на політичній передумові, тобто на визнанні засадничої цінності держави, а також на вірі в експеримент, досвід, який із природничих наук переноситься у правові науки. На нашу думку, основне завдання юридичної науки, згідно з цією теорією, полягає у тлумаченні та систематизації щораз більш численних правових норм, у намаганні стабілізувати ці норми, виявом чого були кодифікації XIX ст.

У своєму крайньому виразі ідею юридичного позитивізму висловив професор В. Мозолін (1924 р.), який вважав, що визначення права можливе лише у межах юридичного позитивізму [4, с. 19]. Зважаючи на викладене, можна стверджувати, що розвідки прихильників юридичного позитивізму були спрямовані на пошук наукового тлумачення правових явищ у межах позитивістської методології. Вважалося, що завдяки позитивізму формується новий правовий погляд, а правова наука звільнилася від догм метафізики. Право, на думку прихильників цього напрямку, проголошувалося результатом правотворчої функції держави, незалежної від економічних відносин, а визначальним фактором, який творить право, отже, регулює суспільне життя, є особа або група осіб, які перебувають при владі. Джерелом правопорядку є тільки влада, яка має у своєму розпорядженні при-

мус; вона, стоячи над суспільством, регулює та формує суспільне життя. Чинне право, створене владою, покликане забезпечувати порядок, гармонію та безпеку в державі.

Правовий позитивізм став основою для низки напрямів сучасної науки права, зокрема «чистої теорії права» Г. Кельзена (1881–1973 рр.). Австрійський учений, застосовуючи власну «сходинкову концепцію права», тобто ієрархію норм, ще раз звертає увагу на те, що саме конституція, підпорядкована трансцендентно-логічній «основній нормі» як єдиному джерелу права, перебуває на верхівці «позитивної» піраміди, є осередком фундаментальних норм, а тому повинна бути стабільною, ретельно захищатися від будь-яких спроб її невинуватених змін або ж відвертих порушень шляхом видання «загальних норм» із боку законодавців чи адміністративних інституцій. Ототожнюючи державу та право, вчений зазначав, що сила держави – це сила права, а державна влада є результатом дії правопорядку, тобто результатом дії певної системи правових норм. Держава, на його думку, – це централізований порядок. Вона і творить право [3, с. 156]. Слід також зазначити, що у другій половині XX ст. у Г. Кельзена і започаткованої ним у 20–30-х роках XX ст. Віденської школи з'явилося чимало послідовників і в Австрії (А. Меркль, Ф. Ермакора, А. Фердрос), і у Франції (К. де Мальбер), і у Великобританії (Г. Харт).

Найбільш відомим соратником Г. Кельзена був Г. Харт (1907–1993 рр.), який визначав право як «визнання», як «ідею», узгоджену з більшістю, пов'язуючи її не з обов'язком або необхідністю, а з волевиявленням. Крім того, вільне волевиявлення більшості мало бути не тільки зовнішнім, а й внутрішнім, тобто кожен повинен добре усвідомлювати необхідність встановленого порядку. Г. Харт намагався відродити оцінний критерій права. Для цього він порушує проблему співвідношення права та моралі, пропонує іменувати «мінімальну суму елементарних принципів співжиття, закріплених будь-якою, більш або менш розвинутою, правовою системою, «природним правом». У такий спосіб Г. Харт намагається поєднати у своїй правовій теорії ідеї традиційної «аналітичної юриспруденції» і відродженої школи «природного права». Він приєднує до них також положення нормативістської теорії права Г. Кельзена, прагнучи до створення так званої інтегральної юриспруденції [5, с. 15].

Н. Палієнко (1869–1937 рр.) представник юридичного нормативізму в правовій думці України та Росії зазначав, що право відно-

ситься до найбільш складних явищ соціального світу, тому «загальні закони суспільного життя діють і в області права. Отже, право не може бути зрозумілим поза зв'язками з фактами і умовами дійсного життя» [6, с. 536]. При цьому право не потрібно ототожнювати ні з фактичними відносинами, ні з законами в науковому розумінні цього слова. Право можна визначити як сукупність своєрідних позитивних і об'єктивних норм чи правил належного, що виробляються в суспільстві та мають характер владних зовнішніх наказів, спрямованих на регулювання людських відносин.

Можна вести мову про те, що подібно до юридичного позитивізму, неопозитивізм трактує право як формально-юридичну установку. Посилаючись на положення лінгвістичної філософії, згідно з якою вживання того чи іншого поняття не відображає об'єктивної реальності, а залежить від єдності поглядів, неопозитивісти у праві конструюють теорію, за якою немає і не може бути єдино справжнього та науково визначеного поняття права. Вони, як і раніше, шукають розуміння права в ньому самому, абстрагуючись від економічного базису та волі пануючого класу, які його визначають.

На відміну від юридичного позитивізму минулого століття, неопозитивізм у праві не служить утвердженню принципу законності. Неопозитивізм у праві стверджує, що права дійсність існує і може бути відтворена, але визначення поняття права і того, що повинно бути правом, дати неможливо. Суб'єктивно-ідеалістичний підхід до права, притаманний неопозитивізму, дає широке право відступати від закону, не розглядаючи його як остаточну істину в праві. Прагнення підмінити закон судовою практикою особливо притаманне представникам англійського й американського неопозитивізму в силу особливостей їх правової системи. Так, англійський юрист Салмонд на початку XX ст. зробив спробу перенести формальне джерело права з остіновського на органи судової влади. Для нього право є правилами, які *визначаються та застосовуються судом*, примусова сила якого йде від держави. В юридичному позитивізмі в 60-ті роки XX ст. визначилася тенденція до розширення сфери досліджень. Так, американський юрист Р. Саммерс заявляв, що виникла школа «нової аналітичної юриспруденції», яка, на відміну від старої аналітичної школи, «менш доктринальна», в ній «менше позитивізму», вона «піддає аналізу ширше коло понять» [7, с. 239].

Професор у відставці юридичного факультету Університету Ерланген-Нюрнберг

(Німеччина), представник сучасного нормативізму Ціппеліус Рейнхард вважає, що право має бути придатним і якомога простішим засобом досягнення поставленої мети, а правова норма – належним чином мотивувати, спонукаючи до відповідної поведінки, і ця поведінка, у свою чергу, повинна бути придатним засобом досягнення мети відповідної норми. «Норма не повинна спричиняти небажані побічні ефекти, тобто не призводити до таких негативних наслідків, які можуть перекреслити всю користь, весь позитивний ефект норми, як це, наприклад, мало місце з відомим «сухим» законом, запровадженим у Сполучених Штатах на початку минулого століття. Норма не повинна також спричиняти такі побічні ефекти, яких можна уникнути. Норма має бути логічно несуперечливою і «системною». Тобто вона не повинна суперечити логіці одно- і вищепорядкових з нею норм, і має відповідати тим принципам справедливості, які виражені рештою норм відповідного правопорядку, має забезпечуватись її співзвучність з культурними цінностями і культурними ідеями. Норма має відповідати тому розумінню справедливості, яке притаманне більшості. Якщо певна норма не витримує перевірки цими п'ятьма критеріями, то її слід модифікувати, або ж повністю і цілком відкинути і замінити на більш влучну» [8].

Як бачимо, нормативісти визначають, що реальні правові відносини, судові чи адміністративні рішення є не лише правозастосовною діяльністю, а й формою існування та розвитку права. Реальність, чіткість і застосованість – незаперечні достоїнства неklasичного нормативізму в юриспруденції; його недолік – принципове допущення недосконалості позитивного права. Неправильне чи несправедливе право не перестає бути правом. Кваліфікуюча ознака права – не його істинність чи справедливість, а можливість його примусового здійснення за допомогою держави.

Слід зазначити, що з позицій неklasичного нормативного праворозуміння загальне визначення права (а не «абсолютне», «універсальне» тощо) може і повинно бути вироблено, з урахуванням того, що йдеться про визначення реально сформованого і чинного в державі об'єктивного права, тобто неопозитивного права. Разом із тим різні аспекти та сторони прояву права, його виникнення та дії, принципи, функції, співвідношення з правосвідомістю, правовідносинами, актами застосування права й іншими явищами, що входять у правову систему суспільства, по-

винні влаштовуватися і розкриватися із залученням даних як нормативного, так і інших напрямів вчення про право. Таке уявлення про можливість сумісності різних напрямів праворозуміння відкриває шлях до зближення поглядів щодо реальності вироблення загального поняття права на власне юридичній, нормативній основі. Цей процес почався і відчутно виявляється, наприклад, у тому, що представники багатьох течій нині, за рідкісним винятком, так чи інакше прийшли (або приходять) до визначення того, що немає і не може бути права поза виданими або санкціонованими державою нормами [9].

У наведених класифікаціях певним чином узагальнюються висновки окремих учених, виділяються певні ознаки, притаманні відповідній частині позитивно-правових концепцій, але ми вважаємо більш доцільним відокремити у рамках позитивно-правового напрямку нормативістський тип праворозуміння. Застосування даного підходу має бути прикладом у подальших узагальненнях позитив-

но-правових ідей з метою вдосконалення нормативістського способу осмислення феномена права.

Література

1. *Філософія права* / Под ред. О. Г. Данильяна. – Х., 2005. – 384 с.
2. *Мартышин О. В.* О либертарно-юридической теории права и государства // Государство и право. – 2002. – № 10. – С. 36–41.
3. *Філософія права* / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заінчковський та ін.; За ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. – К., 2000. – 336 с.
4. *Мозолин В. П.* Система российского права // Труды МГЮА. – 2002. – № 9. – С. 15–39.
5. *Харт Х. Л. А.* Концепция права. – К., 1998.
6. *Антологія української юридичної думки*: В 10 т. – К., 2004. – Т. 9. – 848 с.
7. *Мальцев Г. В.* Понимание права: подходы и проблемы. – М., 1999. – 311 с.
8. *Серова І.* Інтерв'ю з професором Ципеліусом Рейнхардом // Юридичний журнал. – 2004. – № 9. – С. 6–11.
9. *Ковтонюк А. М.* Співвідношення основних типів праворозуміння // Університетські наукові записки. – 2006. – № 3–4. – С. 54–58.

In this article an author is carry out the comparative analysis of directions of comprehension of right in a period positivism, the separate aspects of his determinations and interpretations are considered by research workers.

В статтє анализируются различные направления осмысления права в период позитивизма, рассматриваются отдельные аспекты его определений и трактовок учеными.



НАУКОВІ ДОСЛІДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИБОРЧИХ ПРАВ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ: вітчизняна та закордонна практика



Людмила Гудзь,

доцент кафедри правознавства
Національного університету кораблебудування ім. адмірала Макарова,
м. Миколаїв

У статті проаналізовано інститут забезпечення виборчих прав громадян України та визначено його структурні складові відповідно до вітчизняного законодавства із урахуванням досвіду зарубіжних країн.

Ключові слова: вибори, виборче право, забезпечення виборчих прав громадян України, структура забезпечення виборчих прав громадян України.

Щоб сформулювати теоретико-методологічну основу дослідження конституційно-правового інституту забезпечення виборчих прав громадян України необхідно, насамперед, розглянути розуміння базових, системоутворюючих і складових його категорій, якими для цього інституту, з одного боку, є поняття «вибори», «виборче право», «виборча система та процес», а з іншого – утвердження, реалізація, захист, охорона, відтворення прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, тобто структурних складових їх забезпечення.

Інститут забезпечення виборчих прав громадян України – одне з наукових досліджень, якому сьогодні приділяється особлива увага правознавців. Окремі аспекти забезпечення виборчих прав громадян розглядалися в роботах А. Колодія, А. Олійника, С. Бобровника, В. Демиденка, О. Негодченка, Л. Красавчикової, Т. Пащука, О. Лукашової та ін. Проте самостійного комплексного дослідження, присвяченого проблемам забезпечення виборчих прав громадян України, дотепер не проводилося.

Метою цієї статті є аналіз інституту забезпечення виборчих прав громадян України та визначення його структурних складових відповідно до вітчизняного законодавства та з урахуванням досвіду зарубіжних країн.

У сучасній вітчизняній юридичній науці терміни «забезпечення прав, свобод та обов'язків людини і громадянина», «забезпечення виборчих прав громадян України» розуміються по-різному. Зазначається, що термін

«забезпечення прав і свобод людини» тлумачиться неоднозначно, що зумовлено незграбністю радянської правової науки, тобто нашим минулим, а також громіздкістю терміна. При цьому стверджується, що «забезпечення конституційних прав і свобод людини та громадянина – це система їх гарантування з боку державних інститутів, яка функціонує у правовому режимі і до якої входять такі елементи, як компетенція, охорона, захист, а також створення необхідних умов для реальної реалізації людиною своїх прав і свобод» [1, с. 166–167].

С. Бобровник стверджує, що «роль держави у забезпеченні прав і свобод людини пов'язується з аналізом проблем: правового статусу людини; міжнародно-правових стандартів прав людини; гарантій як важливого засобу захисту прав і свобод людини; механізму соціально-правового захисту прав людини; юридичної відповідальності як важливого засобу гарантування суб'єктивних прав» [2, с. 46].

А. Олійник визнає, що «забезпечення конституційних свобод і недоторканності людини та громадянина в Україні – це створення сприятливих умов для їх здійснення, охорона, захист суб'єктивних свобод від правопорушення, відновлення порушеного права компетентними державними органами чи органами місцевого самоврядування, їх посадовими або службовими особами та об'єднаннями громадян шляхом здійснення матеріальних і процесуальних юридичних засобів» [3, с. 153].

Разом із тим слід зазначити, що конституційно-правовий інститут забезпечення прав

і свобод людини та громадянина інтенсивно закріплюється в нормативно-правових актах. Так, у ст. 3 Конституції України зафіксовано, що «утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави», у ч. 2 ст. 2 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права від 16.12.1996 р., ратифікованого Україною 19.10.1973 р. (набув чинності 23.03.1976 р.), в якому записано: «Кожна держава – сторона цього Пакту зобов'язується поважати і забезпечувати всім особам, які знаходяться в межах її території та під її юрисдикцією, права, що визнаються в цьому Пакті, без будь-якого розрізнення щодо раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних та інших переконань, національного чи соціального походження, майнового стану, народження чи іншої обставини» [4, с. 38].

У статті 14 Конституції Естонської Республіки йдеться про те, що «забезпечення прав і свобод є обов'язком законодавчої, виконавчої і судової влади, а також місцевих самоврядувань» [5, с. 4]. У статті 21 Конституції Республіки Білорусь зазначається, що «забезпечення прав та свобод громадян Республіки Білорусь є вищою метою держави» [5, с. 92]. Стаття 8 Конституції Республіки Угорщина встановлює, що «в Республіці Угорщина норми щодо забезпечення основних прав та обов'язків визначаються законом, який, проте, не повинен обмежувати реального змісту будь-якого із основних прав» [5, с. 308].

Зазначений правовий інститут згадується також у преамбулі Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» від 19.06.2003 р., де йдеться про забезпечення прав і свобод людини, а також у ст. 1 цього нормативно-правового акта, яка регламентує, що демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами здійснюється для забезпечення неухильного дотримання законності та відкритості в діяльності всіх складових частин Воєнної організації та правоохоронних органів держави, та інших нормативно-правових актах.

Таким чином, можна стверджувати, що на сучасному етапі розвитку вітчизняного конституційного права надзвичайно важливо відпрацювати цілісну, системну наукову концепцію забезпечення прав і свобод людини та громадянина загалом, у тому числі забезпечення виборчих прав громадян України. Згадана концепція має включити широке коло теоретичних положень щодо поняття, сутності та змісту забезпечення прав і свобод

людини та громадянина, а стосовно обраної теми – щодо виборчих прав громадян України, оскільки категорія «забезпечення» загалом розуміється як найбільш широка та системна.

Забезпечення виборчих прав громадян України – найбільш широка категорія у рамках цього понятійно-категоріального ряду (утвердження, створення умов, реалізація, охорона, захист, відтворення). Якщо ж розглядати забезпечення виборчих прав громадян України як конституційно-правовий інститут, то він, на нашу думку, охоплює всі перелічені інститути. При цьому під утвердженням виборчих прав громадян України слід розуміти закріплення (регламентацію) виборчих прав громадян України в системі нормативно-правових, індивідуально-владних та інших правових актів. Іншими словами, під утвердженням виборчих прав громадян України слід розуміти процес удосконалення нормативно-правової бази, який передбачає значну роботу для вдосконалення «норм національного законодавства, що регулюють діяльність міліції у сфері забезпечення конституційних прав і свобод людини відповідно до міжнародно-правових актів із цього питання» [6, с. 205].

Ми переконані, що найважливішим нормативно-правовим актом у зазначеній сфері міг би стати Соціальний кодекс України як базовий нормативно-правовий акт у цьому відношенні, окремим розділом (главами, підрозділами) якого могла б бути структурна частина щодо забезпечення виборчих прав громадян України як одна з найбільш значущих його складових.

Під *створенням умов як складовою забезпечення виборчих прав громадян України* слід розуміти формування найбільш сприятливої атмосфери (умов) не тільки в політичній, а й економічній, соціальній, духовній і навіть релігійній сферах, а також систему заходів і дій, які опосередковано або безпосередньо впливають на забезпечення формування представницьких органів держави та місцевого самоврядування. До речі, ця складова забезпечення, у тому числі виборчих, прав громадян у деяких конституціях закріплена як самостійний правовий інститут. Так, ст. 2 Конституції Республіки Білорусь проголошує, що «Держава відповідальна перед громадянином за створення умов для вільного та гідного розвитку особистості» [5, с. 4].

Реалізація виборчих прав громадян України – це фактичне втілення виборчих прав громадян України в суспільних, соціальних відносинах. Вона здійснюється у формі використання, виконання, дотримання та за-

стосування. Відомо, що використання виборчих прав громадян України – це форма реалізації виборчих норм і принципів права, за якої суб'єкт відповідно до своїх інтересів і потреб використовує виборчі права, надані йому відповідно до приписів правових норм, що знаходить свій вияв у здійсненні тими чи іншими суб'єктами повноважень, наданих їм нормами права. Під виконанням норм і принципів права розуміють форму їх реалізації, за якої суб'єкт виконує дії, до вчинення яких його зобов'язують приписи норми права. Шляхом виконання реалізуються зобов'язувані норми та принципи виборчого права.

Дотримання виборчих норм і принципів – це форма реалізації виборчих норм і принципів, за якої суб'єкт не вчиняє дій, заборонених приписами виборчого права. При дотриманні норм і принципів виборчого права поведінка суб'єкта узгоджується з нормами-заборами, тобто реалізуються забороняючі норми та принципи. *Застосування виборчих норм і принципів* – це спрямована на реалізацію норм і принципів виборчого права та здійснювана у спеціально встановлених формах публічно-владна, творчо-організуюча діяльність державних органів і уповноважених державою інших суб'єктів з метою вирішення конкретної справи шляхом видання індивідуально-правових приписів (правозастосовчих актів) [7, с. 225–226].

Охорона виборчих прав громадян України – це діяльність, спрямована на усунення перешкод у реалізації громадянами своїх виборчих прав і свобод, боротьбу з невиконанням обов'язків і зловживання правами та свободами для забезпечення нормальної реалізації громадянами виборчих прав і свобод. Охорона виборчих прав громадян України здійснюється у формі профілактики, попередження, недопущення можливих порушень. В. Демиденко зазначає, що охорона прав і свобод людини та громадянина здійснюється шляхом вжиття заходів, спрямованих на профілактику порушень прав і свобод (загальну й індивідуальну); захист прав і свобод (відновлення порушеного правомірного стану та притягнення винних до юридичної відповідальності [8, с. 9]. Таким чином, можна стверджувати, що в розумінні В. Демиденка охорона виборчих прав громадян України складається із профілактики та захисту виборчих прав громадян України.

О. Негодченко безпідставно вважає, що проведення державно-правової реформи в Україні «поставило перед суспільством ряд завдань, зокрема таких, як: створення дієвих механізмів охорони й захисту прав і свобод

людини; систематизація та вдосконалення законодавства; зміцнення засад громадянського суспільства та державно-правової системи; вдосконалення практики правотворення, правореалізації й контролю за виконанням закону; підвищення рівня правової культури, правосвідомості громадян і подолання правового нігілізму» [6, с. 202].

Захист виборчих прав громадян України має місце у випадках їх порушення та передбачає встановлення об'єктивної істини, осіб, які його скоїли, їх право- та дієздатності, виконання щодо них покарань. До речі, Л. Красавчикова розглядає охорону в розумінні регулятивної, забезпечувальної та захисної її спрямованості, тобто захист у цьому розумінні, фактично, зводиться до охорони [9, с. 8].

Ми поділяємо думку Т. Пашука, який вважає, що під державним юридичним захистом прав людини слід розуміти правозастосовчу юрисдикційну діяльність національних компетентних органів, спрямовану на примусове здійснення юридичного обов'язку, необхідного для реалізації права людини або на відновлення такого права, або на попередження чи припинення його порушення, тобто, на думку Т. Пашука, захист прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, у тому числі виборчих, передбачає встановлення об'єктивної істини, осіб, які їх порушили, їх право- та дієздатності та виконання щодо них покарань [10, с. 10].

Ми вважаємо, що *захист виборчих прав громадян України* – це самостійна наукова категорія та правовий інститут, і свідченням цього є фундаментальна праця О. Лукашової, яка виокремлює як самостійний юридичний механізм захист прав людини та розглядає його через: захист прав і свобод людини та громадянина як функцію російської системи конституційного контролю; захист прав і свобод людини та громадянина у кримінальному судочинстві; захист прав і свобод людини та громадянина у цивільному судочинстві; механізм захисту прав громадян у сфері виконавчої влади. Крім того, вона аналізує й міжнародні аспекти захисту прав людини [11, с. 134–509].

Відтворення виборчих прав громадян України – це відновлення їх первинної якості, повної здатності (у теоретичній і практичній площині) задовольняти потреби й інтереси громадян щодо формування представницьких органів держави та місцевого самоврядування.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що *загальне визначення забезпечення виборчих прав громадян України* слід розуміти як

діяльність, спрямовану на регламентацію, створення найбільш сприятливої атмосфери, фактичне втілення, усунення перешкод, боротьбу з невиконанням обов'язків і зловживанням правами та свободами, забезпечення нормальної реалізації громадянами виборчих прав і свобод, відновлення первинної якості виборчих прав громадян України стосовно формування представницьких органів держави та місцевого самоврядування.

Отже, структура забезпечення виборчих прав громадян України, на нашу думку, складається з таких елементів: утвердження; створення умов; реалізація; охорона; захист; відтворення виборчих прав.

Література

1. Степаненко К. Еволюція терміна «забезпечення» щодо прав і свобод людини // Міжнародна поліцейська енциклопедія: У 10 т. – К., 2005. – Т. 2. – 1224 с.
 2. Бобровник С. В. Роль сучасної держави у забезпеченні основних прав і свобод людини // Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні / За ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. – К., 2007. – 424 с.
 3. Олійник А. Ю. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні. – К., 2008. – 472 с.
 4. Права людини в Україні (інформаційно-аналітичний бюлетень Українсько-Американського Бюро захисту прав людини): Вип. 21. – К., 1998. – 455 с.
 5. Конституції нових держав Європи та Азії. – К., 1996. – 544 с.
 6. Негодченко О. Забезпечення міліцією прав і свобод людини (висновки) // Міжнародна поліцейська енциклопедія: У 10 т. – К., 2006. – Т. 3. – 1192 с.
 7. Теорія держави і права / С. Л. Лисенков, А. М. Колодій, О. Д. Тихомиров, В. С. Ковальський; За ред. С. Л. Лисенкова. – К., 2005. – 448 с.
 8. Демиденко В. О. Утвердження і забезпечення конституційних прав та свобод людини й громадянина в діяльності міліції: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 16 с.
 9. Красавчикова Л. О. Гражданско-правовая охрана личной жизни советских граждан: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1979. – 19 с.
 10. Пашук Т. І. Право людини на ефективний державний захист її прав та свобод: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2006. – 16 с.
 11. Обиця теория прав человека. – М., 1996. – 520 с.
- The institution of guaranteeing of voting rights of the Ukrainian citizens has been analyzed in the article and its constituents have been defined according to home legislation and taking into account the experience of foreign countries.*
- В статтє проанализировано институт обеспечения избирательных прав граждан Украины и определено его структурные элементы в соответствии с отечественным законодательством и с учетом опыта зарубежных стран.*



СУДОВІ ОРГАНИ В СИСТЕМІ РЕАЛІЗАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА НА СОЦІАЛЬНИЙ ЗАХИСТ В УКРАЇНІ

Жанна Богословська,

*аспірантка кафедри загальноправових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та психології
Київського національного університету внутрішніх справ*

У статті аналізується важлива функція судової влади щодо забезпечення прав і свобод людини та громадянина на соціальний захист в Україні.

Ключові слова: конституційне право людини та громадянина на соціальний захист в Україні, система судів загальної юрисдикції, Конституційний Суд України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, доктринальні юридичні джерела.

Важливою функцією судової влади є забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Поділ державної влади в Україні та виділення судової влади в самостійну гілку реалізовано в Конституції України (ст. 6). Кожна з гілок влади здійснює лише їй притаманні функції, має свою сферу реалізації, свою компетенцію. Такий її поділ, по-перше, забезпечує ефективність її функціонування; по-друге, створює перешкоди для зловживання владою, її узурпації з боку будь-кого.

Судова влада як одна з гілок єдиної державної влади передбачає діяльність усіх створених в Україні судів. Вона реалізується за допомогою притаманних їм і закріплених законодавчо засобів з метою впливу на поведінку суб'єктів права та суспільні відносини. Для виконання покладеної на судові органи функції забезпечення прав людини вони наділені владними повноваженнями та засобами примусу щодо здійснення прийнятих ними рішень. Однією з конституційних засад судочинства є обов'язковість виконання рішення суду, що вимагає від державних органів, посадових осіб, суб'єктів громадянського суспільства неухильного дотримання судових приписів.

Питання забезпечення конституційних прав і свобод судовими органами частково досліджувалися в доктринальних юридичних джерелах. Їх аналіз свідчить, що вже написані монографічні праці щодо забезпечення всіх прав і свобод [1], окремих їх груп [2, с. 310–328], окремих прав [3]. Забезпечення судами конституційного права людини та громадянина на соціальний захист у науці конституційного права ще не досліджувалося. Для його дослідження слід: проаналізувати роль Конституційного Суду України у забезпеченні зазначеного права, діяльність судів загальної юрисдикції по його забез-

печенню; сформулювати висновки та рекомендації.

Роль Конституційного Суду України у забезпеченні конституційного права людини та громадянина на соціальний захист зумовлюється його діяльністю щодо винесення рішень про неконституційність окремих законів та їх тлумачення. Для зручності згрупуємо прийняті Конституційним Судом України рішення за видами:

- справи щодо визнання неконституційними окремі положення державних бюджетів;
- справи щодо визнання неконституційними окремих положень законів;
- справи щодо тлумачення норм Конституції та законів України.

Конституційний Суд України розглянув справи і прийняв низку рішень у справах щодо визнання неконституційними положень зупинення пільг у законах про державний бюджет на відповідний рік (рішення від 06.07.1999 р.; 17.03.2004 р.; 01.12.2004 р.; 09.07.2007 р.; 22.05.2008 р. При розгляді єдиним органом конституційної юрисдикції справ про неконституційність окремих положень законів про державні бюджети цікавою практикою є взаємозв'язок Конституційного Суду України й Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Про це свідчить виступ Н. Карпачової на засіданні Конституційного Суду України 20 вересня 2001 р. Серед інших проблем забезпечення конституційного права людини та громадянина на соціальний захист, нею озвучена проблема зупинення виплат і пільг через їх недофінансування у бюджетах. Розглянувши проект Закону України «Про Державний бюджет України на 2002 рік», проаналізувавши звернення громадян до Уповноваженого з прав людини у 2000–2001 рр. Н. Карпачова дійшла висновку, що рівень бюджетного фінансування у запропонованому законопроекті

не забезпечує дотримання передбачених Конституцією України прав громадян, у тому числі права на охорону здоров'я, освіту, соціальний захист, житло, достатній життєвий рівень. У цьому законопроекті наведено перелік нормативно-правових актів і зазначені конкретні статті, які не будуть забезпечені у 2002 р. бюджетними ресурсами. Обсяг видатків, не забезпечений бюджетними ресурсами на 2002 рік, становить 28843,0 млн грн, у тому числі з державного бюджету – 11815,9 млн грн, з місцевих бюджетів – 15481,14 млн грн. Проектом Закону України «Про Державний бюджет України на 2002 рік» передбачається зупинити на 2002 р. дію положень законодавчих актів України у частині надання пільг, компенсацій і гарантій, які фінансуються з державного та місцевих бюджетів, крім певних категорій громадян, яким ці пільги будуть збережені.

Таким чином, у проекті Закону України «Про Державний бюджет України на 2002 рік» закладено механізм недофінансування соціальних виплат та зупинення надання пільг і гарантій значній частині громадян, для яких вони встановлені чинним законодавством України. За таких умов соціальна напруга в суспільстві, незадоволення населення здійснюваною економічною політикою та державною владою зростатиме. Це дає підстави стверджувати, що зупинення фінансування пільг, гарантій і компенсацій у такий спосіб набуло стійкого, системного характеру, оскільки така ситуація повторюється вже не перший рік [4].

Отже, на нашу думку, практика взаємодії Конституційного Суду України й Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини є корисною та періодично могла б застосовуватися з метою недопущення правопорушень у сфері реалізації конституційного права людини та громадянина на соціальний захист.

Конституційний Суд України, наприклад, у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 44, 47, 78, 80 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» та конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин другої, третьої, четвертої статті 78 Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік» прийняв рішення визнати такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення Закону України «Про Державний бюджет України на 2004 рік», а саме:

- ст. 44, якою встановлено, що у 2004 р. виплата щорічної разової допомоги відпо-

відно до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту» здійснюється у таких розмірах: інвалідам війни I групи – 195 грн, інвалідам війни II групи – 160 грн, інвалідам війни III групи – 130 грн, учасникам бойових дій – 120 грн, особам, які мають особливі заслуги перед Батьківщиною, – 195 грн, членам сімей загиблих і дружинам (чоловікам) померлих учасників бойових дій і учасників війни, визнаних за життя інвалідами, – 65 грн;

- частин 2, 3, 4 ст. 78, відповідно до яких: а) витрати на безоплатне або пільгове матеріальне та побутове забезпечення, на яке згідно з законами України мають право окремі категорії працівників, здійснюються за рахунок і в межах бюджетних асигнувань на утримання цих бюджетних установ. До таких витрат належать: забезпечення форменим одягом, речовим майном, службовим обмундируванням; забезпечення безоплатною медичною допомогою; надання санаторно-курортного лікування та відпочинку для оздоровлення; надання жилого приміщення або виплата грошової компенсації за піднайом (найом) жилого приміщення; знижка плати за користування житлом (квартирної плати), паливом, телефоном і плати за комунальні послуги (водопостачання, газ, електрична та теплова енергія); безоплатний проїзд і перевезення багажу; безоплатне встановлення квартирної охоронної сигналізації та користування нею; б) пільги, компенсації та гарантії, на які згідно з законами України мають право окремі категорії працівників бюджетних установ, щодо знижки плати за користування житлом (квартирної плати), паливом, телефоном та плати за комунальні послуги (водопостачання, газ, електричну та теплову енергію), безоплатного проїзду всіма видами міського пасажирського транспорту (за винятком таксі) й автомобільним транспортом загального користування в сільській місцевості, а також залізничним і водним транспортом приміського сполучення та автобусами приміських маршрутів надаються у разі, якщо грошові доходи цих працівників менше величини прожиткового мінімуму, встановленої для працездатних осіб; в) розмір наданих пільг у грошовому еквіваленті разом з грошовими доходами зазначених працівників не повинен перевищувати величини прожиткового мінімуму, встановленої для працездатних осіб.

Неконституційними були визнані також положення державного бюджету, яким одночасно вносилися зміни до законів щодо відміни соціальних виплат і пільг. Так, Конституційний Суд України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України

(конституційності) окремих положень ст. 65 розділу I, пунктів 61, 62, 63, 66 розділу II, п. 3 розділу III Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» і 101 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 67 розділу I, пунктів 1–4, 6–22, 24–100 розділу II Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України» визнає такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними), положення ст. 67 розділу I, пунктів 2–4, 6–8, 10–18, підпункту 7 п. 19, пунктів 20–22, 24–34, підпунктів 1–6, 8–12 п. 35, пунктів 36–100 розділу II «Внесення змін до деяких законодавчих актів України» та п. 3 розділу III «Прикінцеві положення» Закону України «Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України».

Конституційний Суд України розглядає справи щодо визнання неконституційними окремих положень законів. Серед таких рішень:

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 51 і 48 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) першого речення п. 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до статті 43 Закону України «Про пенсійне забезпечення військовослужбовців, осіб начальницького і рядового складу органів внутрішніх справ та деяких інших осіб»;

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого п. 13 розділу XV «Прикінцеві положення» Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування» й офіційного тлумачення положення ч. 3 ст. 11 Закону України «Про статус суддів» (справа про рівень пенсії і щомісячного довічного грошового утримання);

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частин 1, 2 ст. 2 Закону України «Про розмір внесків на деякі види загальнообов'язкового державного соціального страхування» (справа про надання допомоги по тимчасовій непрацездатності) та ін.

Забезпечуючи конституційне право людини та громадянина на соціальний захист, Конституційний Суд України, розглядає справи щодо тлумачення окремих положень законів. Такими рішеннями є:

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Управління виконавчої дирекції Фонду соціального страхування від нещасних випадків на виробництві та професійних захворювань України у Кіровоградській області про офіційне тлумачення положення ч. 3 ст. 34 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності» (справа про відшкодування моральної шкоди Фондом соціального страхування);

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положень ст. 5 Закону України «Про статус ветеранів військової служби і ветеранів органів внутрішніх справ та їх соціальний захист» (справа про ветеранів органів внутрішніх справ);

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянки Стешиної Рити Анатоліївни щодо офіційного тлумачення положення п. 1 ч. 2 ст. 2 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» (справа про зону відчуження);

- рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Міністерства внутрішніх справ України і Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень ч. 6 ст. 22 Закону України «Про міліцію» та ч. 7 ст. 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа щодо права на пільги); та ін.

Отже, Конституційний Суд України, забезпечуючи конституційне право людини та громадянина на соціальний захист, здійснює діяльність щодо дотримання вимог Конституції України та, за необхідності, визнає неконституційними окремі положення законів України, дає тлумачення їх норм з метою недопущення порушень конституційного права людини та громадянина на соціальний захист.

Суди загальної юрисдикції є державними інституціями, які забезпечують конституційне право людини та громадянина на соціальний захист. Система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації. Вона включає в себе місцеві, апеляційні, вищі суди. Очолює систему судів загальної юрисдикції Верховний Суд України. Призначення пенсій, інших соціальних виплат чи надання соціальних послуг здійснюється органами у сфері державного управління, які здійснюють органи місцевого самоврядування. Спори які виникають між людиною та громадянином і суб'єктами владних повно-

важень, належать до компетенції адміністративних судів. Відповідно до ст. 17 Кодексу адміністративного судочинства України компетенція адміністративних судів поширюється на спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності.

Вивчення й узагальнення застосування адміністративними судами законодавства про соціальний захист дітей війни, ветеранів війни, жертв нацистських переслідувань свідчить про існуючі порушення конституційного права людини та громадянина на соціальний захист місцевими й апеляційними судами. Розміри виплат допомоги жертвам нацистських переслідувань у 2006 р. не змінювалися, у зв'язку з чим особи, на яких поширюється дія цього Закону, мають право на виплату разової грошової допомоги до 5 травня у 2006 р. у розмірах, визначених зазначеним Законом. Але практика свідчить, що мають місце випадки неправильного застосування судами законодавства при вирішенні спорів щодо виплати цієї допомоги жертвам нацистських переслідувань за 2006 р.

Так, постановою Апеляційного суду Харківської області від 07.11.2006 р. скасовано постанову Держинського районного суду м. Харкова від 14.09.2006 р. про задоволення позову та прийнято нову постанову про відмову у задоволенні позовних вимог у справі за позовом гр. М. до Держинського районного відділу праці та соціального захисту населення Держинської районної ради м. Харкова про визнання неправомірними дій щодо невиклати щорічної разової грошової допомоги у належному розмірі. Скасовуючи рішення суду першої інстанції та постановляючи нове рішення про відмову в позові, суд апеляційної інстанції дійшов висновку про безпідставність вимог позивачки щодо визнання дій відповідача, пов'язаних з обмеженням розміру належної їй до сплати грошової допомоги, неправомірними, та зобов'язав виплатити цю допомогу в повному обсязі. У своєму рішенні апеляційний суд посилається на відсутність визначеного нормативними актами порядку реалізації положень ст. 6 Закону України «Про жертви нацистських переслідувань» і неврегульованість порядку фінансування витрат, пов'язаних із забезпеченням соціального захисту осіб, які мають статус жертв нацистських переслідувань, Законом України «Про Державний бюджет України на 2006 рік». Із такою позицією апеляційного суду не погодився Вищий адміністративний суд України, оскільки судами встановлено, що гр. М. як особа, яка в роки Великої Вітчизняної війни була насильно вивезена на примусові роботи до Німеччини, має

статус учасника війни та користується пільгами відповідно до Закону України «Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту»; відділом праці та соціального захисту населення у 2006 р. гр. М. була виплачена допомога до 5 травня у розмірі 50 грн, Законом України «Про жертви нацистських переслідувань» передбачено, що особи, які мають статус жертви нацистських переслідувань, мають право і на отримання щорічної разової грошової допомоги в розмірі, встановленому цим Законом; відповідно до ст. 6 Закону України «Про жертви нацистських переслідувань» фінансування витрат, пов'язаних з наданням пільг жертвам нацистських переслідувань, здійснюється за рахунок коштів державного та місцевих бюджетів; у зв'язку з набранням 01.01.2006 р. чинності Законом України «Про жертви нацистських переслідувань», який визначає правові, економічні й організаційні засади державної політики щодо жертв нацистських переслідувань і спрямований на їх соціальний захист, гр. М. має право на пільги, передбачені ст. 63 цього Закону, у тому числі на отримання щорічної разової грошової допомоги в розмірі трьох мінімальних пенсій за віком; при цьому відсутність конкретного механізму фінансування витрат, пов'язаних із забезпеченням даного виду соціального захисту осіб, не може бути підставою для позбавлення позивача права на отримання зазначеної щорічної допомоги, реалізація якої є обов'язком держави. Виходячи з наведеного, ухвалою від 03.06.2008 р. Вищий адміністративний суд України скасував рішення Апеляційного суду Харківської області від 07.11.2006 р. і залишив у силі постанову Держинського районного суду м. Харкова від 14.09.2006 про задоволення позовних вимог.

Ще один судовий випадок свідчить про те, що суди загальної юрисдикції здійснюють активну діяльність щодо забезпечення конституційного права людини і громадянина на соціальний захист. Виходячи з пріоритетності законів над підзаконними актами, при визначенні розміру пенсій учасникам ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС застосуванню підлягають ч. 1 ст. 50 та ч. 4 ст. 54 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», а не постанова Кабінету Міністрів України «Про підвищення розмірів пенсій та інших соціальних виплат окремим категоріям пенсіонерів, фінансування яких здійснюється за рахунок коштів державного бюджету», що істотно звужує обсяг встановлених законом прав. У вересні 2007 р. гр. Ш. звернувся до суду з позовом до міського управління Пенсійного фонду України про визнання протиправною відмову в перерахунку пенсії та стягнення боргу у зв'язку з цим неперерахуванням. Вимоги обґрунтовував тим, що він є учасником

ліквідації наслідків аварії на Чорнобильській АЕС. Внаслідок захворювання, пов'язаного з виконанням робіт із ліквідації наслідків аварії, його визнано інвалідом II групи. Крім того, статтею 14 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» його віднесено до 1 категорії осіб, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи. На підставі цього Закону йому призначено пенсію та щомісячну додаткову пенсію за шкоду, заподіяну його здоров'ю, розмір яких повинен визначатися виходячи з мінімальної пенсії за віком, яка встановлена законами, але відповідач визначив розмір зазначених пенсій позивачеві згідно з постановою Кабінету Міністрів України «Про підвищення розмірів пенсій та інших соціальних виплат окремим категоріям пенсіонерів, фінансування яких здійснюється за рахунок коштів державного бюджету» від 03.01.2002 р. № 1, виходячи з базової величини для обчислення конкретних державних пенсій і додаткових пенсій за шкоду, заподіяну особам, віднесеним до 1 категорії, відповідно 19,91 грн. Позивач стверджував, що статтями 50 та 54 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» встановлено, що він має право на щомісячну додаткову пенсію за шкоду, заподіяну здоров'ю, у розмірі 75 % мінімальної пенсії за віком, та розмір його пенсії не може бути нижчим 8 мінімальних пенсій за віком. Відповідач у супереччя зазначеним нормам не провів відповідне нарахування цих пенсій. Крім того, не проводить їх перерахунок після встановлення нового розміру прожиткового мінімуму для осіб, які втратили працездатність, як це передбачено ч. 3 ст. 67 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи». Тому він звернувся до відповідача щодо проведення відповідного визначення та перерахунку зазначених пенсій, однак отримав відмову. Просив визнати протиправною вказану відмову та зобов'язати відповідача нарахувати йому пенсію в розмірі 8 мінімальних пенсій за віком та щомісячну додаткову пенсію за шкоду, заподіяну здоров'ю, у розмірі 75 % мінімальної пенсії за віком, виходячи із встановленого розміру мінімальної пенсії за віком за станом на 01.11.2006 р., 01.01.2007 р., 01.04.2007 р. та стягнути з відпо-

відача на його користь 12999,14 грн, які не були йому нараховані та виплачені з 01.11.2006 р. по 01.10.2007 р. Постановою місцевого суду від 25.10.2007 р. позовні вимоги задоволено повністю. Додатковою постановою цього суду від 16.11.2007 р. виправлені арифметичні помилки, що були допущені в постанові від 25.10.2007 р. Ухвалою апеляційного адміністративного суду від 29.01.2008 р. постанову суду першої інстанції від 25.10.2007 р. та додаткову постанову від 16.11.2007 р. залишено без змін. Задовольняючи позов, суди попередніх інстанцій виходили з того, що відповідач повинен здійснити нарахування та виплату пенсій позивачу виходячи з їх розмірів, встановлених Законом України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», а не постановою Кабінету Міністрів України «Про підвищення розмірів пенсій та інших соціальних виплат окремим категоріям пенсіонерів, фінансування яких здійснюється за рахунок коштів державного бюджету».

Отже, місцеві й апеляційні адміністративні суди та Вищий адміністративний суд України беруть активну участь у забезпеченні конституційного права людини та громадянина на соціальний захист. Судам бажано раз на квартал узагальнювати судову практику з цих питань з метою єдиного розуміння суддями законодавства щодо реалізації людиною та громадянином конституційного права на соціальний захист.

Література

1. Пушкіна О. В. Система прав і свобод людини та громадянина в Україні: теоретичні і практичні аспекти забезпечення. – К., 2006. – 416 с.
2. Олійник А. Ю. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні. – К., 2008. – 472 с.
3. Пустовіт Ж. М. Основні соціальні права та свободи людини і громадянина в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 17 с.
4. Карпачова Н. І. Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян: Виступ Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у Конституційному Суді України щодо неконституційності статей 7, 8 Закону України «Про державні гарантії відновлення заощаджень громадян України» // Витяг із стенограми пленарного засідання Конституційного Суду України від 20.09.2001 р. – К., 2001.

According to the principle of division state power in Ukraine and the separation of judicial power as the independent branch of power, the author considers the important function of the judicial power in ensuring human rights and freedoms, especially in the field of social security in Ukraine.

В статті аналізується важлива функція судової влади по забезпеченню прав і свобод человека и гражданина на социальную защиту в Украине.



КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗБОРІВ

Олена Власенко,

ад'юнкта кафедри конституційного та міжнародного права
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті аналізується конституційно-правовий механізм реалізації права громадян на свободу мирних зборів, розкриваються поняття та стадії конституційно-правового механізму реалізації права громадян на свободу мирних зборів.

Ключові слова: право на свободу мирних зборів; конституційно-правовий механізм реалізації; забезпечення реалізації права; система гарантій прав і свобод людини та громадянина.

Відповідно до Конституції Україна є суверенною і незалежною, демократичною, соціальною, правовою державою. В Основному Законі зафіксовані практично всі відомі міжнародно-правовій практиці права і свободи людини та громадянина, що свідчить про високий рівень демократії в Україні. Проте основний критерій у визначенні держави демократичною полягає в реальній реалізації проголошених прав і свобод людини та громадянина. Реалізація, охорона та захист прав і свобод людини та громадянина є визначальною ознакою гуманістичного та цивілізованого рівня будь-якого суспільства [1, с. 53]. Потенціал прав і свобод людини та громадянина може бути реалізований лише тоді, коли для цього існують необхідні умови політичного, організаційного, соціально-економічного характеру.

Метою цієї статті є теоретичний аналіз поняття та стадій конституційно-правового механізму реалізації права громадян на свободу мирних зборів, дослідження правових гарантій і перспектив розвитку механізму реалізації права громадян на свободу мирних зборів.

Для реалізації конституційно закріплених прав і свобод людини та громадянина в Україні потрібно мати налагоджений механізм їх реалізації. Термін «механізм» розуміють як спосіб функціонування, систему засобів впливу [2, с. 438–439]. У сучасній юридичній літературі цій проблемі приділяється велика увага. Проте слід відзначити велике розмаїття поглядів, навіть суперечливих. Крім того, існує багато тотожних понять, наприклад, «механізм реалізації і захисту конституційних прав і свобод людини і громадяни-

на» [3, с. 178–179], «механізм реалізації, гарантії та захист прав і свобод людини і громадянина» [4, с. 173], «конституційно-правовий механізм захисту прав людиною своїх прав» [4, с. 175], «юридичний механізм захисту прав громадянина» [5, с. 11–12]. Окремі правознавці ототожнюють механізм захисту прав і свобод із системою гарантій цих прав. Проте більшість учених вважає, що гарантії є складовою механізму забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Слід зазначити, що механізм реалізації прав і свобод не може бути зведений до механізму забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Це різні поняття, вони відносяться як загальне й особливе.

У контексті викладеного спробуємо розглянути механізм реалізації конкретного права громадян, передбаченого ст. 39 Конституції України – права на свободу мирних зборів. Це право кваліфікується як один із основних і невід'ємних атрибутів демократичного суспільства з його політичними та соціальними цінностями, оскільки свобода зборів, мітингів, походів і демонстрацій несе додаткову функцію у зародженні та формуванні політичної волі громадянського суспільства – всього чи його частини, з подальшою реалізацією його ідей і переконань. За своїм юридичним змістом це право гарантує громадянам України можливість вільного спілкування, обговорення, поширення в будь-який спосіб (безумовно, у межах закону) інформації, власних оцінок і суджень з питань суспільного, політичного, економічного, культурного життя держави, зокрема питань, пов'язаних з обговоренням і прийняттям законів, рішень місцевого або загальнодержавного значення.

На нашу думку, саме термін «право на свободу мирних зборів» є найбільш повним, адже він передбачає не лише «право на про-

ведення» мирних зборів, а й можливість організувати мирні збори, брати в них участь тощо. Необхідно також зазначити, що у міжнародно-правових документах, зокрема у ст. 11 Європейської конвенції з прав людини, використовується поняття «свобода зборів» [6, с. 212].

Конституційно-правовий механізм реалізації права на свободу мирних зборів – це відносно відокремлена система, що охоплює конституційно-правові норми та норми інших галузей права; діяльність органів державної влади й органів місцевого самоврядування щодо забезпечення вказаного права; форми, методи та умови реалізації правових норм, активну правомірну поведінку суб'єктів конституційно-правових відносин щодо реалізації своїх прав.

Конституційно-правовий механізм реалізації права на свободу мирних зборів, на нашу думку, складається з комплексу заходів щодо забезпечення та захисту цього права, а також з правового положення суб'єктів даних правовідносин. Поняття «забезпечення» в даному випадку слід розуміти як сукупність заходів, що дозволяють зробити можливим, дійсним, реальним виконання всіх вимог для повноцінного використання права на свободу мирних зборів. Забезпечення свободи мирних зборів як самостійний вид діяльності має декілька різновидів, а саме:

- діяльність тих чи інших суб'єктів (наприклад, організатора мирних зборів, учасників, правоохоронних органів та ін.), спрямовану на організацію самого процесу й ефективного використання загальних і спеціальних гарантій з метою створення сприятливих умов при реалізації громадянами свого права на свободу мирних зборів (*забезпечення реалізації права*);

- діяльність компетентних органів державної влади й органів місцевого самоврядування, спрямовану на винесення правозастосовчого акта стосовно запобігання будь-яким порушенням прав і свобод особи. Такими актами, наприклад, можуть бути накази або розпорядження про дозвіл або заборону проведення мирних зборів тощо (*забезпечення охорони права*);

- профілактична діяльність, що здійснюється органами внутрішніх справ з метою попередження правопорушень проти прав і свобод людини та громадянина при підготовці та проведенні мирних зборів. Вона передбачає виявлення, а також усунення причин та умов, що призводять до правопорушень; ліквідацію будь-яких перешкод, що виникають при організації та проведенні мирних

зборів; відновлення порушених прав і свобод, притягнення винних до юридичної відповідальності (*забезпечення захисту права*).

На відміну від забезпечення, потреба у захисті прав і свобод виникає у випадку їх порушення, появи перешкод на шляху їх використання. Крім того, можливе виникнення спорів щодо самого права, коли, наприклад, воно декларується Конституцією, проте не врегульоване конкретним законодавчим актом. Саме така ситуація вже тривалий час спостерігається в Україні щодо регулювання свободи мирних зборів.

Під захистом права на свободу мирних зборів необхідно розуміти діяльність щодо охорони від посягань на законні права громадян і забезпечення безпеки останніх.

Заслуговує на увагу система гарантій прав і свобод людини та громадянина, зокрема право на свободу мирних зборів. На сьогодні в юридичній науці немає єдиної, чітко визначеної системи гарантій прав і свобод. Загальновизнаним у минулому став поділ гарантій на економічні, політичні, ідеологічні та правові. Також гарантії прийнято поділяти на загальні (загально-соціальні) та спеціальні (власне правові, юридичні).

Крім того, заслуговує на увагу класифікація гарантій, яку запропонував В. Погорілко. Він виділяє нормативно-правові гарантії (норми-принципи, юридична відповідальність, юридичні обов'язки, передбачені Конституцією України) та організаційно-правові гарантії (Український народ, Українська держава, Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України й інші центральні органи виконавчої влади тощо) [7, с. 555].

С. Авак'ян виділяє чотири групи гарантій прав і свобод: матеріальні (економічні передумови); організаційні (інститути державної влади); духовні або ідеологічні (переважаючі концепції прав людини в суспільстві); юридичні, що поділяються на дві групи – процедурні й юридична відповідальність громадян, органів державної влади, самоврядування та посадових осіб [8, с. 122–123].

Цікавою є класифікація гарантій, запропонована С. Кашкіним. Він розділив гарантії на дві великі групи: внутрішньодержавні (загальні принципи та конституційні права матеріального і процесуального права, незалежний суд) та міжнародно-правові (норми міжнародного права, органи ООН та спеціалізовані установи цієї організації) [9, с. 83–84].

У науковій літературі наведені й інші класифікації гарантій прав і свобод людини та громадянина, зокрема: конституційно-пра-

вові, цивільно-правові, кримінально-правові, фінансово-правові тощо. Ці види гарантій докладно досліджуються. Система гарантій різноманітна і має теоретичне та практичне значення при розробленні законів і підзаконних актів.

Основною в конституційно-правовому механізмі реалізації прав громадян є стадія безпосереднього використання права. Попередні стадії (загального стану права, стадія закріплення нормою закону) є перехідними, підготовчими до основної стадії – реалізації. У процесі реалізації права, що досліджується, можна виділити три основні стадії:

підготовча, до якої входить визначення цілей і форми проведення мирних зборів, попередня агітація, виготовлення та розповсюдження засобів наочної агітації; оповіщення можливих учасників мирних зборів; надсилання повідомлення про проведення мирних зборів у відповідний орган виконавчої влади або місцевого самоврядування; інші дії, що не порушують законодавства України, здійснюються з метою підготовки та проведення мирних зборів;

безпосереднє проведення мирних зборів, де кожен суб'єкт правовідносин відіграє свою роль. Особливо важливою на цьому етапі є поведінка організаторів та учасників мирних зборів;

заклучна, передбачає можливі наслідки проведення мирних зборів (наприклад, притягнення до різних видів відповідальності порушників громадського порядку в ході мирних зборів).

Межі реалізації права на мирні збори завжди та майже всюди встановлювались відповідно до вимог або умов часу, наслідків політичної ситуації або переходу на якісно новий етап державного та суспільного розвитку. Зрозуміло, що таким чином теоретичні та законодавчі аспекти механізму реалізації права на мирні зібрання є другорядними, а перше місце посідають питання політичної кон'юнктури в контексті безперервних змагань влади. Саме тому природу права на мирні зібрання необхідно розглядати у сукупності з тими процесами та подіями, що супроводжували його зародження або ста-

новлення, тобто ретельно дослідити історичну еволюцію.

Висновки

Права людини найбільш ефективно реалізуються, якщо суб'єкти дотримуються вимог юридичної процедури їх використання. Юридична процедура має бути чітко визначена законом і покликана в цілому гарантувати право на свободу мирних зборів, сприяти його реалізації. На жаль, за відсутності закону в Україні не сформульована юридична процедура (механізм) реалізації права, що досліджується. Склалася ситуація, коли Конституція проголошує право громадян на свободу мирних зборів (ст. 39), а реалізація цього права регулюється лише Указом Президента ВР СРСР «Про порядок організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій в СРСР» від 1988 р. (який відверто застарів) та рішеннями місцевих рад стосовно порядку організації та проведення мирних зборів на відповідній території, що мають лише локальну дію і не можуть бути використані на всій території України. Отже, це питання досі залишається невирішеним, що, у свою чергу, робить реалізацію права громадян на свободу мирних зборів досить проблематичною та дискусійною.

Література

1. Конституційне право України: У 2 т. – К., 2008. – Т. 2.
2. Общая теория государства и права: В 2 т. / Под ред. М. Н. Марченко. – М., 1998. – Т. 2.
3. Проблеми реалізації Конституції України: теорія і практика. – К., 2003.
4. Фрицький О. Ф. Конституційне право України. – К., 2002.
5. Святоцький О. Д. Адвокатура в юридичному механізмі захисту прав громадян (історико-правове дослідження): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1995.
6. Манукян В. И. Европейский суд по правам человека: право, прецеденты, комментарии. – К., 2007.
7. Погорілко В. Ф. Гарантії правові // Юридична енциклопедія: В 6 т. – К. – Т. 1.
8. Конституционное право: Энциклопедический словарь. – М., 2000.
9. Кашкин С. Ю. Гарантии конституционных прав и свобод // Конституционное право. – М., 2001. – С. 83–84.

The article is devoted the constitutionally-legal mechanism of realization right for citizens on peaceful meeting. Considered the concepts and stages of constitutionally-legal mechanism of realization right for citizens on peaceful meeting. Attention applies to the system of guarantees right for citizens on freedom of peaceful collections.

В статтє анализується конституційно-правовий механізм реалізації права громадян на мирні зібрання, розкриваються поняття і стадії конституційно-правового механізму реалізації права громадян на свободу мирних зібрань.



ІНФОРМАЦІЙНІ ПРАВА І СВОБОДИ ЛЮДИНИ ТА ГРОМАДЯНИНА Й ЇХ СУДОВИЙ ЗАХИСТ У КОНСТИТУЦІЙНИХ НОРМАХ УКРАЇНИ ТА РОСІЇ

Катерина Полетило,

аспірантка кафедри цивільного права і процесу
Волинського національного університету ім. Лесі Українки

У статті аналізуються Конституція України та Конституція Російської Федерації щодо висвітлення в них можливостей здійснення судового захисту інформаційних прав і свобод особи у випадку їх порушення.

Ключові слова: судовий захист, інформаційні права.

Вплив інформаційного фактора на всі сфери людського життя зумовив виникнення загроз інформаційним правам і свободам людини та громадянина. Причинами загроз є суттєве відставання розвитку законодавчої бази від нових технологій у галузі інформатизації та прагнення України інтегруватися до світового інформаційного простору.

Юридичні закони, що захищають інформаційні права та свободи людини і громадянина, на сучасному етапі не тільки не забезпечують їх, а й через застарілість обмежують їх; здійснення справедливого судового захисту унеможливорюється. Основний Закон держави і застарілість є несумісні.

Мета цієї статті – порівняльний аналіз інформаційних прав і свобод людини та громадянина з позицій можливого судового захисту цих прав у Конституції України та Конституції Російської Федерації.

Питання порівняння прав і свобод людини та громадянина в Україні та інших державах не є новим; йому приділяло увагу багато дослідників, а питанням, пов'язаним із судовим захистом інформаційних прав і свобод людини та громадянина в Україні приділяли увагу лише окремі дослідники.

Перші розділи Конституції як України («Загальні засади», так і Росії «Основи конституційного ладу») задекларували, що людина, її права та свободи є найвищою цінністю, а держава відповідальна за їх дотримання [1, ст. 3; 2, ст. 2]. В обох державах Конституція має найвищу юридичну силу; закони й інші правові акти визначають і гарантують права та свободи людини та громадянина згідно із

загальноновизнаними принципами міжнародного права [1, ст. 9; 2, ст. 17]. Статті 8, 55 [1] та 18 [2] констатують, що права і свободи людини та громадянина гарантовано забезпечуються правосуддям. Основним механізмом відновлення порушених прав і свобод людини є суд. До основних завдань суду відноситься захист усіх, без винятку, прав і свобод.

Розділ 2 Основного Закону обох країн присвячений правам і свободам людини та громадянина. У цьому розділі права та свободи людини є невідчужуваними [1, ст. 21; 2, ст. 17]; здійснення прав і свобод людини та громадянина не повинне порушувати права та свободи інших осіб [1, ст. 23; 2, ст. 17]. Іншими словами, будь-яке порушення прав і свобод громадян будь-ким може бути оскаржене в суді.

Слід зазначити, що в ст. 22 [1] закладено суттєву особливість: права і свободи людини та громадянина не є вичерпними, тобто, Конституція України передбачає можливість розширення прав і свобод людини. Для прикладу можна навести такий: згідно з Указом Президента України «Про першочергові заходи щодо забезпечення реалізації та гарантування конституційного права на звернення до органів державної влади та органів місцевого самоврядування» № 109/2008 у громадян з'явилося додаткове право на звернення до органів державної влади й органів місцевого самоврядування шляхом подання звернень із використанням мережі Інтернет.

Згідно із Конституцією України при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22). Прийняття будь-якого закону означає необхідність здійснення його оцінки з

позицій можливого звуження прав людини та громадянина.

Рівність прав і свобод усіх перед законом і судом забезпечено статтями 24 [1] та 19 [2]. Іноземці та особи без громадянства в Україні [1, ст. 26] та в Російській Федерації [2, ст. 62] користуються тими самими правами та свободами, а також несуть перед державою такі самі обов'язки, як і всі громадяни, крім випадків, встановлених законом чи міжнародними договорами. Таким чином, іноземці та особи без громадянства рівні перед законом із громадянами України, тобто мають такі самі права на судовий захист. У подібній ситуації перебувають українці за кордоном; їх права і свободи теж порушуються. Для усунення порушених прав і свобод особи законодавства всіх держав повинні бути уніфіковані – це спростить процедуру звернення до суду, забезпечить оперативний судовий захист прав і свобод людини.

Право на свободу чи особисту недоторканність гарантують ст. 29 [1] та 22 [2]. У цих статтях арешт і утримання під вартою допускається лише за рішенням суду. На відміну від Основного Закону Російської Федерації, в Основному Законі України затриманому надається можливість оскаржити в суді своє затримання в будь-який час.

Право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної й іншої кореспонденції забезпечують ст. 31 [1] та ст. 23 [2]. Врахування цими статтями факту «іншої кореспонденції» забезпечує на перспективу захист від інформаційних загроз, пов'язаних із новими технологіями: передачею кореспонденції за допомогою комп'ютерних мереж, SMS-кореспонденції, MMS-кореспонденції тощо. Обмеження перелічених прав обидві статті допускають лише на основі рішення суду; українська додатково уточнює в яких саме випадках: передбачених законом, з метою запобігання злочину чи з'ясування істини під час розслідування кримінальної справи, якщо інші способи отримання інформації безсилі.

Статті 32 [1] та 23 [2] забезпечують право на недоторканність щодо втручання в особисте та сімейне життя громадян. Суттєво, що недоторканність стосується честі та доброго імені. Саме незаконне використання імені є однією з причин порушення прав і свобод (найчастіше – інформаційних: найбільш поширена загроза правам людини та громадянина – коли під чужим ім'ям через мережу Інтернет проникають до конфіденційної інформації).

Збирання, зберігання, використання та поширення інформації про особу без згоди ос-

тання не допускається в обох державах [1, ст. 32; 2, ст. 24]. Обмеження можливі лише в інтересах національної безпеки, добробуту та прав громадян. Практика свідчить, що в більшості випадків особа звертається до суду не стільки за фактом поширення інформації про неї без згоди, скільки в результаті поширення недостовірної інформації. Якщо відома особа, яка поширила недостовірну інформацію, то саме вона є відповідачем у суді. Коли ж джерело недостовірної інформації невідоме, судовий позов подається за фактом спростування поширеної недостовірної інформації: недостовірність інформації має спростувати сам позивач.

Знайомство з відомостями про себе в органах державної влади, місцевого самоврядування, установах і організаціях суттєво відрізняються. Зокрема, в Конституції України [1, ст. 32] ця норма подається як право людини та громадянина, а в Конституції Російської Федерації – як обов'язок відповідних органів і посадовців забезпечити можливість ознайомлення [2, ст. 24]. Очевидно, що в Україні норма значно демократичніша і більш дієва, адже в РФ вона залежить від волі посадовця, що часто призводить до зволікань, недотримання відведених законом термінів, прихованості інформації, розголошення конфіденційних відомостей про особу або й відмови в отриманні інформації. Якщо громадянин України отримав відмову про свою персональну інформацію, він подає позов до суду, безпосереднім відповідачем якого є відповідний орган державної влади, самоврядування, установа чи організація. Рішення суду в цьому випадку примусить посадовця надати потрібну інформацію з можливою сплатою моральної шкоди, зобов'яже керівництво згаданого органу звернути увагу на протиправне діяння винного. Ймовірність того, що подібне порушення буде мати місце і надалі, виключається.

Згідно із Законом України «Про інформацію» відмова запитувачу має бути надана в письмовій формі із зазначенням посадової особи державної установи, яка відмовляє у задоволенні запиту, дати відмови; мотивованої підстави відмови.

Судовий позов із захисту інформаційних прав подається й у випадку надання інформації, але неповної чи явно помилкової. Суд витребує повну базу даних про особу з інстанції, куди громадянин подавав інформаційний запит, та звіряє її з наданою громадянину письмовою відповіддю.

У РФ особа, яка звернулась і отримала відмову в інформації, змушена звертатись до

вищестоящих інстанцій, а тоді вже до суду (не зрозуміло чи на нижчестоящего, чи на вищестоящего чиновника спрямувати позов).

Аналіз статей 32 [1] і 24 [2] свідчить, що українська норма суттєво розширює право людини та громадянина на судовий захист в отриманні, спростуванні чи вилученні інформації про себе чи про свою сім'ю; передбачає більш короткий шлях до усунення порушень інформаційних прав і свобод особи, бо звернення до вищестоящих інстанцій може викликати додаткове порушення згаданих прав.

Заслуговує на увагу з точки зору здійснення судового захисту порівняння статей 34 [1] та 29 [2]. Перша частина кожної з двох статей гарантує будь-кому свободу думки та слова, в українській додається «на вільне вираження своїх поглядів і переконань». Це доповнення відіграє суттєву роль у випадку притягнення людини чи громадянина до суду: дозволяє трактувати сказане як погляд чи переконання, тобто регулювати міру покарання.

Другий абзац ст. 34 [1] дає право кожному вільно збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію усно, письмово чи в інший спосіб. Що стосується ст. 29 [2], то в правах кожного вільно здійснювати пошук, отримувати, передавати та поширювати інформацію категорично заборонені пропаганда й агітація, що провокують соціальну, расову, національну чи релігійну ворожнечу. Українське обмеження свободи думки та слова визначається інтересами національної безпеки, територіальної цілісності чи громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, охорони здоров'я населення, захисту репутації чи прав інших людей, запобігання розголошенню конфіденційної інформації, підтримання авторитету та неупередженості правосуддя. Наведений у ст. 34 [1] перелік обмежень дає змогу суду приймати цілком конкретне рішення щодо наявності факту порушення інформаційних прав і свобод особи. Обмеження свободи думки, слова та поширення інформації згідно із Конституцією РФ визначається відповідним федеральним законом.

Статті 40 [1] та 33 [2] надають усім (у Конституції РФ – громадянам, хоча згідно із ст. 62 [2] іноземні громадяни й особи без громадянства користуються правами та несуть відповідальність як і громадяни) право звертатись особисто, а також направляти індивідуальні чи колективні звернення до державних органів чи органів самоврядування. Українська стаття поширює право звернення ще й до посадовців чи службовців згаданих

органів, одночасно зобов'язуючи їх розглянути та дати обґрунтовану відповідь у встановлені законом терміни (російська стаття не згадує про терміни, що є суттєвим обмеженням прав).

Конституція України [1, ст. 41] і Конституція Російської Федерації [2, ст. 35] забезпечують право власності. До власності відносяться і результати інтелектуальної власності, а також результати творчої діяльності; це дає змогу до вагомих переваг першої віднести право на судовий захист, у тому числі інформаційних прав. Згідно із ст. 41 [1] ніхто не може бути позбавлений права власності, воно є непорушним, а у ст. 35 [2] йдеться лише про майно, а це суттєве звуження прав особи.

Інформаційний зміст ст. 50 [1] та ст. 42 [2] має як спільну основу (кожен має право на безпечне довкілля, на інформацію про його стан), так і відмінності: українська стаття гарантує кожному право на вільний доступ до інформації про стан довкілля, якість харчових продуктів і предметів побуту, а також право на її поширення. Розглянута відмінність забезпечує вищу правову захищеність особи: кожен спокійний за те, що його життю ніщо не загрожує; в суспільстві відсутній екологічний панічний настрій, а тому воно розвивається спокійно і продуктивно; продукти, які вживаються людьми безпечні для здоров'я, отже можливість кожного реалізується більшою мірою. Стаття 50 [1] забороняє засекречування переліченої екологічної інформації, що дає змогу особі відразу шукати в суді захисту своїх прав. Стаття 42 Конституції Російської Федерації [2] додатково забезпечує кожному право на відшкодування збитків, що суттєво розширює судовий захист прав особи; суд в Україні, спираючись на ст. 50 [1] може зобов'язати надати потрібну інформацію.

Зауважимо, що справу захисту екологічних прав людини вдалось би суттєво посилити, якби був введений закон, що зобов'язував би обов'язкову кодифікацію всіх товарів. Це дозволило б кожному з'ясувати: чи наявна ліцензія на товар; термін придатності; наявність хімічних добавок у продуктах чи шкідливих речовин у предметах побуту; умови зберігання товару та транспортування. Наявна кодифікація забезпечила б конкретність судового розгляду в порушенні екологічних прав людини та громадянина, судовий розгляд був би оперативним.

У статтях 55 [1] і 46 [2] кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадовців і

службовців. Вивчення практики звернень громадян до суду з приводу оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадовців і службовців показало, що за останні роки переважають оскарження в суді дій органів влади і посадовців, пов'язаних з інформаційною сферою. Оскільки в обох країнах [1, ст. 6; 2, ст. 10] державна влада здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, то очевидно в порядку цивільного судочинства можуть оскаржуватися дії чи рішення всіх гілок влади, окрім тих, оскарження яких відноситься до компетенції Конституційного Суду.

Суттєвим в Основному Законі є те, що кожен має право захищати свої права та свободи будь-якими не забороненими законом способами [1, ст. 55; 2, ст. 45]. Для судового захисту інформаційних прав людини та громадянина мають значення ст. 56 [1] та 53 [2], де сказано, що кожен має право на відшкодування шкоди, заподіяної державою. Українська стаття сюди відносить і шкоду, заподіяну органами місцевого самоврядування. Цілком очевидно, що в позовній заяві до суду стосовно порушення інформаційних прав особи має бути детально обґрунтована шкода, пов'язана із згаданим порушенням.

Не потребують особливих коментарів безпосередньо пов'язані з обмеженням інформаційних прав і свобод статті 57 [1] та 15 [2], суть яких полягає в тому, що будь-які нормативні акти, які стосуються прав, свобод та обов'язків людини і громадянина, не можуть застосовуватись, якщо вони не доведені до відома населення в порядку, встановленому законом, чи є нечинними.

Висновки

Аналіз конституційних прав і свобод людини та громадянина в інформаційній сфері в Україні та РФ свідчить: права та свободи людини не можуть бути ніким обмежені, ок-

рім випадків, передбачених законодавством. Навіть надзвичайний стан не допускає обмеження прав на життя, на судовий захист.

З точки зору судового захисту інформаційних прав і свобод заслуговують на увагу окремі моменти:

конституції обох країн спрямовані на забезпечення інформаційних прав і свобод людини та громадянина;

інформаційні права і свободи людини та громадянина в обох державах захищені судом;

Україна та Російська Федерація прагнуть до узгодження власних законодавчих баз з міжнародними, до їх універсалізації, що надійно захистить їх громадян за кордоном;

судовий захист інформаційних прав і свобод людини та громадянина – найважливіший елемент державного захисту прав і свобод в інформаційній сфері;

судовий захист інформаційних прав і свобод особи – це механізм примусового відновлення державою її порушених прав і свобод;

інформаційні права та свободи людини і громадянина не є пріоритетними над іншими правами та свободами. Вони притаманні всім людям без винятку, тому є універсальними;

співвідношення між державою й інформаційними правами та свободами полягає в тому, що через суд держава здійснює юрисдикцію над ними;

судовий захист інформаційних прав і свобод в Україні та Росії виходить за їх межі, що підтверджує демократичну спрямованість розвитку держав, які допускають звернення за захистом прав і свобод до міжнародних правових інституцій (після використання всіх національних засобів правового захисту), у тому числі до Європейського суду з прав і свобод людини [1, ст. 55; 2, ст. 46].

Література

1. Конституція України. – Х., 2009. – 48 с.
2. Конституция Российской Федерации. – Екатеринбург, 2009. – 40 с.

The article deals with comparative analysis of the Constitution of Ukraine and the Constitution of Russian Federation concerning elucidation the possibilities of the execution of the judicial protection of Human Rights and Freedoms in case of breach in these Fundamental documents.

В статье анализируются Конституция Украины и Конституция Российской Федерации относительно изложения в них возможностей осуществления судебной защиты информационных прав и свобод личности в случае их нарушения.



АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ОСОБИ В СИСТЕМІ МІСЦЕВОЇ ПУБЛІЧНОЇ ВЛАДИ

Валерій Гончаренко,

здобувач кафедри конституційного та міжнародного права
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті аналізуються сучасні тенденції забезпечення прав і свобод людини та громадянина органами і посадовими особами місцевого самоврядування через призму специфічної їх діяльності, що передбачає створення певних умов, за яких реалізація прав і свобод є безперешкодною та максимально ефективною.

Ключові слова: міське самоврядування, забезпечення прав і свобод людини та громадянина, реалізація прав і свобод особи.

Становлення та розвиток демократичних інститутів в Україні неможливі без ефективних механізмів муніципальної демократії. Нинішній стан забезпеченості прав і свобод особи на місцевому рівні є важливим показником досягнутого суспільством, через систему місцевого самоврядування, ступеня національного розвитку демократичних інституцій. Даному аспекту має передувати низка соціально-економічних, політичних і культурних перетворень, створення належних умов для реального здійснення кожним своїх конституційних прав і свобод. Тому питання правового захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах місцевого самоврядування є актуальною теоретичною та практичною проблемою.

Зрозуміло, що вони потребують відповідних науково-теоретичних досліджень, у центрі яких повинен бути комплекс взаємопов'язаних соціальних та юридичних чинників.

Мета цієї статті – комплексний теоретичний аналіз механізму правового захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах місцевого самоврядування як складного, багатоаспектного і цілісного явища правової дійсності, що має зміст, структуру, форму та власне місце в національній правовій системі.

Питання правового захисту прав і свобод особи, зокрема, у системі місцевого самоврядування є досить значущими, їм приділяється велика увага в сучасних науково-теоретичних дослідженнях. Ми вважаємо за необхідне розглянути зазначені питання з принципово нової точки зору, а саме – з точки зору функціонування єдиного та цілісного ме-

ханізму правового захисту прав і свобод людини та громадянина в умовах місцевого самоврядування. Проблематика дослідження вимагає звернення до наукових праць з питань правового захисту прав і свобод людини, юридичних механізмів регулювання. Частково цим аспектам присвячені розділи в дослідженнях про правове положення особи та систему гарантування прав і свобод. Також вони досліджувались у контексті інших проблем, пов'язаних із правовим статусом особи та захистом її прав і свобод. Зокрема, ці питання розглядались у працях М. Баймуратова, В. Погорілка, О. Батанова, М. Козюбри, В. Копейчикова, І. Ледах, О. Марцеляка, М. Матузова, М. Орзиха, В. Патюліна, П. Рабіновича, В. Сіренка, О. Скакун, Ю. Шемшученка, О. Батанова, В. Кравченка та ін.

Разом із тим питання механізму забезпечення прав і свобод особи у системі місцевого самоврядування ще не стали цілісним об'єктом спеціальної уваги дослідників. У деяких дослідженнях порушувалися важливі, але лише окремі, аспекти, висвітлення яких у працях О. Лукашової, О. Марцеляка, Е. Горян, І. Литвиненко сприяло осмисленню проблеми, що розглядається. Саме праці зазначених дослідників схилили автора до спроби здійснити комплексний і системний аналіз певних питань механізму забезпечення прав і свобод особи у системі місцевого самоврядування.

Проблема забезпечення прав і свобод особи належить не лише до розряду суто практичних. За сучасних умов побудови правової держави та розвитку системи місцевого самоврядування важливим є створення цілісної наукової концепції забезпечення прав і свобод особи, яка охоплюватиме широке коло теоретичних положень стосовно поняття,

суті та змісту забезпечення прав і свобод, механізму їх реалізації відповідними суб'єктами системи місцевого самоврядування. Адже їх дієвість у цілому має визначатися з точки зору результативності здійснення, охорони та захисту прав і свобод особи на локальному рівні [1, с. 306–307].

На нашу думку, найбільш комплексно та повно охарактеризувати діяльність із надання правам і свободам реального змісту можна за допомогою дефініції «забезпечення прав і свобод особи», оскільки це поняття за своїм змістом є найбільш широким і передбачає всі інші напрями діяльності та способи сприяння у здійсненні прав і свобод людини та громадянина – дотримання, визнання, гарантування, охорону, захист.

Забезпечення прав і свобод людини та громадянина на місцевому рівні як специфічна діяльність із надання їм реального, невід'ємного та непорушного характеру передбачає створення певних умов, за яких їх реалізація є безперешкодною, максимально ефективною, охорона запобігає найменшій можливості їх порушення, а захист від скоєного правопорушення сприяє відновленню порушених прав і притягненню винної особи до відповідальності [2, с. 188–190].

Аналізуючи сутність забезпечення прав і свобод особи, слід розглядати не лише юридичні складові цієї системи, а й економічні, політичні та соціальні умови забезпечення прав і свобод особи, дослідження яких дає можливість найбільш повно усвідомити основні закономірності забезпечення прав і свобод (адже перелічені фактори як матеріальні умови життєдіяльності суспільства зумовлюють фактичне становище у сфері забезпечення прав і свобод особи).

Всебічний розвиток особистості, забезпечення й охорона прав і свобод людини є найважливішим напрямом державного будівництва в Україні на будь-якому рівні – загальнонаціональному чи місцевому. Але безперечним є і той факт, що саме на місцевому рівні має проводитися основна робота щодо задоволення потреб громадян в економічній, політичній, соціальній сферах. Соціальна інфраструктура, житлове будівництво, освіта, охорона здоров'я та громадського порядку – все це знаходиться у компетенції органів місцевого самоврядування, оскільки вони [3, с. 45]:

- є найбільш наближеними до населення і мають безпосередній зв'язок із територіальною громадою;

- наділені широкими та різноманітними повноваженнями у сфері реалізації й охорони прав громадян;

- володіють необхідними формами, засобами, методами роботи, законодавчо визначеною матеріально-фінансовою базою, що дозволяє їм цілеспрямовано здійснювати заходи соціального, економічного характеру, що спрямовуються на забезпечення прав і свобод громадян.

Крім того, місцеве самоврядування є політичним інститутом, який виникає та діє як результат реалізації конституційного права громадян на участь в управлінні місцевими справами з метою забезпечення своїх інтересів.

Відповідно до змісту Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21.05.1997 р. виділяють такі основні функції місцевого самоврядування:

- забезпечення оптимального соціально-економічного та культурного розвитку відповідних територіальних громад;

- забезпечення реальної участі мешканців територіальних громад у вирішенні суспільно-державних справ;

- надання послуг місцевому населенню.

До зазначених функцій доцільно було б додати функцію забезпечення прав і свобод особи, всього населення відповідної територіальної громади. У цьому випадку постає проблема визначення характеру діяльності органів місцевого самоврядування для захисту, охорони, реалізації чи забезпечення прав громадян.

Якщо виходити з правового змісту згаданих понять, то під захистом слід розуміти дії, спрямовані на відновлення порушених прав або усунення перешкод на шляху їх здійснення. Захистом прав громадян займається, перш за все, суд (згідно із ст. 55 Конституції України), а також державні органи (міліція, прокуратура, адвокатура) та громадські правозахисні організації. Для самоврядних органів така діяльність не є основним напрямом роботи, хоча певні її елементи присутні в роботі, наприклад, адміністративних комісій.

Охорона прав – це комплекс заходів, які виконують превентивну, запобіжну функцію (заборона певної поведінки, що порушує права людини, профілактичні заходи). Здійснення цих заходів покладається на правоохоронні та судові органи [4, с. 41–44]. Але окремими повноваженнями в цій сфері володіють і органи місцевого самоврядування, зокрема правом створювати муніципальну міліцію тощо.

Реалізація прав – це, насамперед, категорія особистісна, це відповідні дії чи бездіяльність певної особи, яка володіє конкретними правами та самостійно вирішує, яким чином їх використовувати [5, с. 49–51]. Але для реалізації значної більшості прав, визнаних і

зафіксованих у законодавстві (право на охорону здоров'я, соціальне забезпечення), необхідно встановити додаткові процедури, тобто кореспондуючий обов'язок уповноважених суб'єктів (державних чи самоврядних) здійснювати певні послідовні й узгоджені дії з метою створення необхідних умов для реалізації цих прав.

Заходи реалізації, захисту й охорони прав людини об'єднуються загальним поняттям *забезпечення*, під яким розуміють діяльність щодо створення необхідних умов і засобів для задоволення прав і свобод людини. Заходи реалізації захисту й охорони прав людини в цілому – це складові елементи юридичного механізму забезпечення прав людини, який є «системою ефективних юридичних засобів реалізації, охорони і захисту її прав». У свою чергу, зазначені елементи виступають окремими, звуженими підсистемами механізму забезпечення [6, с. 194–201].

Діяльність органів місцевого самоврядування щодо забезпечення прав і свобод громадян тісно пов'язана з реалізацією правових норм, які закріплюють ці права, форми їх впровадження в життя та визначають органи, наділені відповідною компетенцією. Необхідно розрізнити поняття «реалізація прав громадян» і «реалізація правових норм», які визначають ці права. Органи місцевого самоврядування у своїй діяльності застосовують різні форми безпосередньої реалізації правових норм: *використання* – активні дії правореалізатора щодо запровадження уповноважуючої юридичної норми, які здійснюються на його розсуд, або активна поведінка із здійснення наданих суб'єкту юридичних можливостей; *виконання* – активні дії із здійснення зобов'язуючої юридичної норми, але уживані правореалізатором незалежно від його бажання, тобто поведінка суб'єкта із виконання юридичних обов'язків (сюди можна віднести реалізацію органами місцевого самоврядування делегованих повноважень); *дотримання* – спосіб здійснення забороняючої норми, який відтворюється в пасивних діях, тобто пасивна поведінка, що не порушує юридичних заборон. Загальна вимога до органів місцевого самоврядування – не порушувати права людини. У разі виникнення таких випадків кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів місцевого самоврядування, їх посадових чи службових осіб (ст. 5 Конституції України).

Діяльність органів місцевого самоврядування щодо забезпечення прав і свобод громадян відбувається в рамках правозастосування – однієї з форм реалізації правових

норм, спрямованої на зміну, припинення або виникнення правовідносин шляхом видання локальних актів застосування правових норм у випадках, коли громадяни з різних причин не можуть самостійно реалізувати деякі свої права (наприклад, самостійно нарахувати собі пенсію, реалізувати право на освіту, виконати вимоги закону про реєстрацію шлюбу тощо) [7, с. 78].

Таким чином, органи місцевого самоврядування відіграють важливу роль у запровадженні юридичного механізму забезпечення прав людини. Першочергового значення набуває забезпечення конституційних прав і свобод, яке конкретизується залежно від особливостей окремих видів прав. Кожне право здійснюється у певному порядку, певній послідовності. Порядок реалізації деяких прав визначається тільки людиною. Роль органів місцевого самоврядування зводиться в даному випадку до створення необхідних умов, тобто сприятливого соціально-економічного, політико-правового режиму в межах відповідної території, обставин, в яких здійснюються права та свободи. Фактично їх діяльність повинна сприяти реалізації цих прав, але практично ніяких дій з їх реалізації вони не здійснюють. До таких прав належить основна частина фізичних (життєвих) та особистих прав: право на життя, на вільний розвиток своєї особистості, право людини на повагу до її гідності тощо.

Стосовно зазначених прав самоврядні органи повинні діяти в режимі їх дотримання, тобто гарантування і не порушення. Згідно із статтями 23, 27 Конституції України кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості та невід'ємне право на життя. Без дотримання цих прав усі інші не мають цінності та користі, втрачають свій зміст. Тому охорона життя людини, створення умов для всебічного розвитку особистості є одним із основних обов'язків органів місцевого самоврядування [6, с. 194–201]. Задля виконання цього обов'язку органи місцевого самоврядування наділені правом створювати муніципальну міліцію, вживати ефективних заходів щодо боротьби із злочинністю, максимально сприяти розвитку медичної допомоги, виконувати інші функції, спрямовані на послідовне поліпшення умов життя людей.

Що стосується політичних прав, то інститут місцевого самоврядування є прямим наслідком реалізації громадянами свого права на участь в управлінні місцевими справами, права обирати та бути обраним у представницькі органи місцевого самоврядування, брати участь у місцевих референдумах, орга-

нах самореалізації населення чи будь-яким іншим чином впливати на вирішення місцевих справ у своїх власних інтересах.

Особливе значення серед політичних прав громадян має право направляти індивідуальні та колективні письмові звернення або особисто звертатися до органів місцевого самоврядування. Розгляд звернень громадян посадовими та службовими особами місцевого самоврядування – це один із найважливіших засобів забезпечення їх прав. Як свідчить практика, звернення громадян є одним з найбільш цінних джерел інформації про запити та сподівання населення, про стан справ у різних сферах соціально-економічного, політичного, духовного життя громадян, надзвичайно важливим каналом живого зв'язку з населенням, який допомагає краще орієнтуватися в конкретних обставинах, об'єктивніше оцінювати роботу працівників, усувати недоліки в роботі, приймати правильні рішення [8, с. 98].

Найбільші повноваження мають органи місцевого самоврядування у сфері забезпечення соціальних, економічних, культурних прав, стосовно яких виникає необхідність запровадження в дію механізмів реалізації названих прав шляхом переведення їх із сфери правового статусу (закріплення їх в законодавстві) до сфери дієвої правової спроможності в рамках конкретних правовідносин у випадках, коли ефективна реалізація суб'єктивного права залежить від встановлених позитивних зобов'язань здійснювати активні дії іншими суб'єктами, в даному випадку – органами місцевого самоврядування.

Юридичні процедури реалізації таких прав (права на соціальне забезпечення, освіту, охорону здоров'я, житло тощо) відбуваються, як правило, шляхом виникнення, зміни або припинення правовідносин за допомогою видання індивідуально-правових актів застосування правових норм у певних формах з метою створення належних умов для їх реалізації. Встановлення додаткових процедур саме для цієї групи прав зумовлено їх особливим значенням для людини, адже саме вони повинні гарантувати економічну свободу, розвиток її як вільної, забезпеченої у своїх життєвих потребах особистості [9, с. 28–32].

Широкими повноваженнями наділені органи місцевого самоврядування у таких сферах, як реалізація громадянами права на соціальний захист і працю (ст. 34 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»); освіта, охорона здоров'я, культура, фізкультура і спорт (ст. 32); реалізація права

на житло (ст. 30); забезпечення законності та правопорядку (ст. 38) тощо.

Органи місцевого самоврядування мають займатися також вирішенням таких місцевих проблем, як утримання шляхів, транспорту, водо- та газопостачання, що в цілому забезпечує громадянам належні умови існування.

Конкретна практична діяльність органів місцевого самоврядування у сфері забезпечення прав громадян реалізується у межах традиційних організаційно-правових форм і методів повсякденної роботи, які конкретизуються залежно від видів структурних підрозділів місцевого самоврядування (постійні комісії, пленарні засідання, відділи й управління виконавчих органів, загальні збори громадян тощо) [10, с. 54–58].

Критерієм оцінки ефективності діяльності органів місцевого самоврядування у сфері забезпечення прав громадян є рівень задоволеності конкретної людини соціальними умовами життя (виходячи із суб'єктивного сприйняття ступеня цієї задоволеності). Слід зазначити, що ефективність діяльності місцевого самоврядування залежить від ряду умов, серед яких можна виділити:

- рівень достатності розвитку правової бази, яка регулює різні аспекти діяльності органів місцевого самоврядування;
- співвідношення матеріально-фінансових ресурсів місцевого самоврядування з його обов'язками та правами на засадах стабільності грошових надходжень, неприпустимості дефіциту місцевого бюджету;
- оптимальність структурної організації місцевого самоврядування, поєднання різних його форм і проявів у конкретних містах, селах, селищах та чисельного складу депутатів і службовців виконавчих органів;
- повне та своєчасне використання органами місцевого самоврядування наданих їм повноважень, своєчасне та правильне прийняття рішень, вчасне й якісне їх виконання;
- широке залучення громадськості, мешканців територіальної громади як через органи самоорганізації, об'єднання громадян, так і індивідуально до розроблення, обговорення проектів рішень, організації їх виконання;
- вільний доступ до інформації про діяльність представницьких органів самоврядування, їх виконавчих структур.

Оптимальне поєднання цих факторів спроможне вивести діяльність самоврядних структур на якісно новий рівень. Більш прогресивною буде така форма самоврядування, яка відкриє широкі можливості для задоволення життєвих потреб, – піднесення добро-

буту, забезпечення високого рівня споживання матеріальних, соціальних, культурних благ, що найбільше відповідають природі, сутності та призначенню людини, створюють оптимальні умови для самореалізації її особистості. В цілому, місцеве самоврядування має великі потенційні можливості, необхідні засоби, механізми для захисту прав громадян.

Підкріпивши ці здобутки належною правовою базою, достатнім фінансуванням, інформаційним забезпеченням, залучивши громадськість до прийняття найважливіших рішень, місцеве самоврядування зможе ще оперативніше, якісніше й ефективніше виконувати повноваження у сфері забезпечення прав і свобод людини.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що подальше всебічне вивчення цієї проблеми потребує значних зусиль не лише спеціалістів із загальної теорії права, конституційного та муніципального права, а й фахівців галузевих наук, тому питання правового захисту прав та свобод людини та громадянина в умовах місцевого самоврядування, потребують свого подальшого доктринального вивчення.

The article is devoted the modern tendencies of providing of rights and freedoms of man and citizen organs and public servants of local self-government at local level through the prism of their specific activity, which foresees creation of certain terms for which realization of rights and freedoms is unimpeded and maximally effective.

В статье анализируются современные тенденции обеспечения прав и свобод человека и гражданина органами и должностными лицами местного самоуправления через призму специфической их деятельности, которая предусматривает создание определенных условий, при которых реализация прав и свобод является беспрепятственной и максимально эффективной.

Література

1. Бондарь Н. С. Гражданин и публичная власть: конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении. – М., 2004.
2. Куйбіда В., Чушенко В. Система місцевого самоврядування України // Вісник Української академії держ. управління при Президенті України. – К., 1998. – № 2. – С. 188–190.
3. Муніципальное право / Н. А. Игнатьюк, А. А. Замотаев, А. В. Павлушкин; Под ред. Н. А. Игнатьюк. – М., 2005. – 319 с.
4. Сосніна О. В. Удосконалення юридичного механізму захисту прав людини // Матеріали II регіон. наук. конф. – Л., 1996. – С. 41–44.
5. Шмельова Г. Г. Юридичний механізм забезпечення прав людини (загальнотеоретична характеристика) // Право України. – 1994. – № 10. – С. 49–51.
6. Гошко А. Кардинальний шлях справжньої демократизації самоврядування в Україні // Вісник Української академії держ. управління при Президенті України. – К., 1998. – № 2. – С. 194–201.
7. Батанов О. В. Муніципальне право України. – Х., 2008. – 528 с.
8. Кравченко В. В., Пітцик М. В. Муніципальне право України. – К., 2003. – 672 с.
9. Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муніципальное право Российской Федерации. – М., 1997. – 428 с.
10. Муніципальное право Российской Федерации / Под ред. Н. С. Бондаря. – М., 2003. – 432 с.



РОЛЬ МІЖНАРОДНОЇ ОРГАНІЗАЦІЇ ПРАЦІ В ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ВИКОНАННЯ УКРАЇНОЮ ЗАКОНОДАВСТВА ІЗ ЗАХИСТУ ТРУДОВИХ ПРАВ ПРАЦІВНИКІВ

Ірина Новосельська,

*Доктор філософії в галузі права,
доцент кафедри комерційного та трудового права
Інституту права ім. князя Володимира Великого
Міжрегіональної академії управління персоналом*

Стаття присвячена аналізу діяльності Міжнародної організації праці, ефективності її дій, визначенню місця та ролі в системі правового захисту соціальних та економічних прав людини в державах – членах Ради Європи.

Ключові слова: праця, право на працю, Міжнародна організація праці, Міжнародна конференція праці, Міжнародне бюро праці, Адміністративна рада, заходи модернізації трудового законодавства.

В умовах відкритого суспільства та інтеграції України до міжнародних структур постало питання про врахування міжнародного досвіду та адаптацію національного законодавства, у тому числі трудового, до міжнародних стандартів [1, с. 19].

Праця – це свідомо та цілеспрямована діяльність людини з перетворення предметів праці за допомогою засобів праці у життєві блага для задоволення своїх потреб. «Праця – синтетична категорія, яка характеризує специфічну, властиву людині форму діяльності, спрямовану на освоєння і перетворення (згідно з власними цілями, інтересами і потребами) природного середовища, поліпшення соціальних відносин або створення нових цінностей» [2, с. 514]. Іншими словами, праця – одна з найважливіших здатностей людини, бо лише людина свідомо ставить перед собою мету створення знарядь праці, за допомогою яких вона впливає на предмети природи.

Що стосується права на працю, то це одне з фундаментальних прав людини, встановлене міжнародно-правовими актами та визнане всіма державами світу. З проголошенням у 1948 р. Загальної декларації прав людини, право на працю міцно закріпилося у свідомості людей і дало новий поштовх у пропаганді гідного ставлення роботодавців до праці людини, незалежно від її віку, статі, національної та расової належності. Так, ст. 23 Загальної декларації прав людини визначає, що кожна людина має право на працю, на вільний вибір праці, на справедливі та належні умови праці, на захист від безробіття [3].

Зазначене положення Загальної декларації прав людини віднайшло своє гідне місце у ст. 43 Конституції України: «Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується».

Важливе уніфікуюче значення мають конвенції та рекомендації Міжнародної організації праці (далі – МОП), діяльність якої сприяла створенню міжнародного трудового права, яке справляє серйозний вплив на європейське трудове право, у тому числі українське.

Інтеграція України в європейське та світове співтовариство в умовах глобалізації всіх сфер суспільних відносин потребує комплексного вирішення багатьох проблем, відповідно й пошуку нових наукових і науково-організаційних підходів щодо можливостей і шляхів їх подолання [4, с. 121]. Історично ця проблема є проблемою не лише України. Вона постала майже перед усіма державами – колишнього СРСР, системи законодавства яких потребували глибокого реформування. Україна першою стала на шлях євроінтеграції, який передбачає декілька етапів і вимагає тривалого часу. Цей вибір має об'єктивні передумови, є цивілізаційним на користь європейських цінностей, утвердження європейських стандартів соціально-економічного та політичного розвитку, рівня й якості життя населення [4, с. 121].

Зазначена проблема була предметом дослідження Н. Александрова, В. Горбатенка, В. Денисова, В. Євінтова, О. Підпригори, В. Суміна, В. Прокопенка, І. Киселева, А. Мациока, В. Скобелкіна та ін. Однак деякі аспекти визначення ролі Міжнародної організації

праці в забезпеченні виконання країнами-учасницями законодавства із захисту трудових прав працівників недостатньо досліджені.

Метою цієї статті є аналіз діяльності Міжнародної організації праці, ефективності її дій, визначення місця та ролі в системі правового захисту соціальних та економічних прав людини в державах – членах Ради Європи, а також значення її міжнародно-правових документів для розвитку українського законодавства та формування правової позиції України в цій сфері.

Об'єктом дослідження є суспільні правовідносини у сфері захисту трудових прав людини, які регулюються МОП, та позиція України щодо виконання основних її документів. Предмет дослідження – основні нормативно-правові акти МОП, а також стан відповідності законодавства України її вимогам та перспективи вдосконалення національного законодавства про працю.

Міжнародна організація праці заснована 11 квітня 1919 р. згідно з рішенням Паризької конференції за ініціативою та за активної участі західної соціал-демократії як своєрідна відповідь на революції у Росії та інших європейських країнах. Діяльність її спрямована на розвиток і забезпечення можливостей жінок і чоловіків в отриманні якісних та продуктивних робочих місць в умовах свободи, справедливості, захищеності та поваги до людської гідності.

Рішення створити міжнародну організацію, що сприяла би суспільному прогресу через встановлення та підтримання соціального миру між різними прошарками суспільства, прийнято задля вирішення виникаючих у суспільстві протиріч не насильницьким, а еволюційним, мирним шляхом.

МОП – одна з найдавніших і найбільш представницьких міжнародних організацій. Створена вона відповідно до Версальського мирного договору при Лізі Націй у 1946 р.

На даний час МОП – один із спеціалізованих підрозділів ООН, який повинен вирішувати такі завдання, як розроблення узгодженої політики та програм, спрямованих на вирішення соціально-трудових проблем; розроблення та прийняття міжнародно-трудових норм (конвенцій і рекомендацій) для проведення прийнятої політики в житті; допомогу країнам – членам МОП у вирішенні проблем зайнятості та скорочення безробіття; розроблення методів відносно викорінення порушень прав таких соціально незахищених груп трудящих, як жінки, молодь, люди пристарілого

віку, трудящі-мігранти; допомогу організаціям найманих робітників і підприємців в їх роботі разом з урядом відносно регулювання соціально-трудових відносин.

Слід зазначити, що МОП стала універсальним центром правового регулювання питань міжнародного трудового права, в рамках якої розроблено близько 140 міжнародних конвенцій і приблизно стільки ж рекомендацій. На сьогодні членами МОП є 174 держави. Відповідно до Статуту МОП її членом може бути кожна держава – член ООН.

Заслуговує на увагу те, що Україна є членом МОП з 1954 р. Співпраця МОП з Україною за роки її незалежності стала системною та динамічною і спрямована на:

- ратифікацію та практичне впровадження конвенцій МОП, сприяння гармонізації національного законодавства з міжнародними трудовими нормами МОП та європейськими стандартами. За 55 років членства в МОП Україна ратифікувала 63 конвенції (за роки незалежності – 20), у тому числі 8 фундаментальних, чинними з них є 55;
- реформування трудового законодавства та підтримку реформ у сфері соціального страхування та соціального забезпечення;
- розроблення та реалізацію програм забезпечення зайнятості, у тому числі молоді, людей з інвалідністю, осіб, постраждалих від торгівлі людьми;
- реформування статистики праці;
- сприяння формуванню та підвищенню ефективності адміністрації праці та її складових, у тому числі таких інституцій, як державна інспекція праці, органи державного нагляду у сфері охорони праці, служба посередництва і примирення.

Вищим органом МОП є Міжнародна конференція праці (далі – МКП). Її робота визначається спеціальним Регламентом. МКП збирається щорічно, як правило, на початку червня в Женеві. Кожна держава на Конференції представлена двома делегатами від уряду та по одному від найманих працівників і підприємців з правом вирішального голосу. Всі делегати користуються рівними правами та голосують відповідно до своїх переконань, незалежно один від одного. Рішення приймаються, як правило, переважною більшістю голосів або консенсусом.

МКП визначає загальний напрям роботи МОП, тут обговорюються соціальні проблеми у сфері праці, розробляються та затверджуються міжнародні норми праці у вигляді конвенцій і рекомендацій, приймаються резолюції з окремих питань діяльності МОП.

Галузеві комітети створені поза Конференцією для обговорення на міжнародному рівні соціально-трудоових проблем окремих, найважливіших галузей економіки. Комітети є постійними органами, але збираються на засідання нерегулярно, не частіше, ніж раз на декілька років. Регіональні конференції збираються для підтримання постійних зв'язків МОП з різними районами світу, для вивчення соціально-економічних змін, що там відбуваються. Регіональні конференції скликаються за необхідності для обговорення питань, важливих для певного регіону. Рішення направляються в МОП, урядам, об'єднанням трудящих і підприємців країн окремого регіону.

Адміністративна рада є виконавчим органом МОП. Вона керує роботою МОП у період між конференціями, впроваджує її рішення, визначає порядок денний конференції, координує діяльність Міжнародного бюро праці (далі – МБП) і різних комітетів тощо. Адміністративна рада, яка обирається на Міжнародній конференції праці, складається з 56 осіб: 28 делегатів представляють уряди, 14 – підприємців і 14 – працівників. Крім того, адміністративна рада призначає Генерального директора Міжнародного бюро праці.

Співпраця МОП та України здійснювалася в рамках тристороннього соціального діалогу як на національному, так і обласному рівнях. Серед партнерів були також місцеві органи самоврядування, численні неурядові та міжнародні організації.

За роки незалежності України її співпраця з МОП відбувалася у рамках понад 20 проектів технічного співробітництва, об'єднаних у 3 широкомасштабні програми, найбільшими із яких стали Програми гідної праці, що є частиною UNDAF (Рамкова програма допомоги ООН) та Цілей розвитку тисячоліття.

Перша з них реалізована у 2006–2007 рр. Завдяки соціальному діалогу Програма гідної праці МОП стала ключовим елементом державної соціальної політики, програм дій багатьох організацій профспілок і роботодавців, охопила основні сфери ринку праці, у тому числі сприяння зайнятості, викорінення дитячої праці та запобігання торгівлі людьми, реформування системи трудового законодавства та соціального забезпечення, запобігання поширенню ВІЛ/СНІД у сфері праці, посилення превентивної культури охорони праці, сприяння реалізації основоположних принципів і прав у сфері праці.

Міністерство праці та соціальної політики України, профспілки, організації робото-

давців підписали Меморандум про реалізацію Програми гідної праці на 2008–2011 рр., основною метою якої є сприяння гідній праці як фактору продуктивності, як ключовому елементу розвитку соціальної та трудової сфер в Україні.

Нова Програма побудована на трьох пріоритетах, спрямованих на зміцнення спроможності урядових установ і соціальних партнерів у вдосконаленні управління ринком праці та формуванні політики зайнятості, сприянні рівним можливостям на ринку праці, вдосконаленні політики соціального захисту (особлива увага приділяється вразливим групам). Вона має гнучкий характер, враховує зміни та передбачає конкретизацію реальних потреб.

З січня 2009 р. МОП відгукнулася на запит Уряду України та почала надавати широку консультативну допомогу урядовим структурам і соціальним партнерам у пом'якшенні наслідків фінансової кризи у сфері праці та соціального захисту.

Слід зазначити, що Україна сприяла реалізації основних принципів і прав у світі праці. Так, починаючи з 2001 р., в Україні започатковано роботу з реформування трудового законодавства із залученням провідних учених з трудового права, міжнародних експертів, представників соціальних партнерів, урядової сторони. Розроблена Концепція реформування трудового законодавства України, на основі якої пропонується проект нового Трудового кодексу.

За підтримки проекту МОП «Фундаментальні принципи і права у сфері праці» створено територіальні підрозділи інспекції, проведена професійна підготовка понад 600 інспекторів, вироблена стратегія діяльності інспекції, створена комп'ютеризована система моніторингу порушень трудового законодавства для систематизації, виявлення й аналізу порушень, забезпечення обміну інформацією між регіональними та центральними відділеннями, а також забезпечення сприятливих умов для спільної роботи з соціальними партнерами.

Але, на нашу думку, цього недостатньо для вдосконалення національного законодавства України про працю, передусім у частині його модернізації.

М. Теплюк та О. Святоцький зазначають, що «з прийняттям нових законів необхідність у прийнятті єдиного кодифікованого акта у цій сфері стає дедалі нагальнішою, оскільки норми нових законів майже «перекрили» норми відповідних положень Кодексу законів про працю України, не врегулювавши в

той же час всіх питань сучасних трудових відносин» [5, с. 4–5]. Крім того, вони вказують на низку недоліків проекту нового Трудового кодексу: «Можна навести чимало прорахунків і недоліків, що ними так густо «засіяний» проект ТК. Але загалом, як за-свідчує багаторічний досвід проведення кодифікаційних робіт у сфері трудового права, особливих сподівань на позитивне вирішення усіх цих проблем та ухвалення більш-менш прийняттого варіанта ТК України, залишається дедалі менше» [5, с. 13].

Іншої думки дотримуються С. Прилипко та О. Ярошенко, які в прикінцевих положеннях свого наукового дослідження зазначають: «Ніхто не вважає чинне законодавство верхом досконалості, але небезпечною ілюзією є переконання, що постійні його перекроювання, нехай і з бажання поліпшити, підуть суспільству на користь. Необхідно, нарешті, навчитися жити за законами, поважаючи законодавство держави, збагачуючи їхній зміст правозастосовною практикою» [6, с. 21]. Викладене дозволяє зробити **висновок**, що Україна дійсно провела ряд серйозних заходів з

модернізації трудового законодавства. Залишається впровадити їх у життя та вже на підставі нових реалій удосконалювати певні механізми щодо їх застосування за допомогою державних органів влади, у тому числі Міністерства праці та соціальної політики України, профспілкових організацій у тісній співпраці із країнами – членами МОП.

Література

1. Болотіна Н. Б. Трудове право України. – К., 2003. – 725 с.
2. Філософський енциклопедичний словник. – К., 2002. – 742 с.
3. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. // Голос України. – 2008. – № 236.
4. Європейська інтеграція України: політико-правові проблеми / За ред. В. П. Горбатенка. – К., 2005. – 332 с.
5. Теплюк М., Святоцький О. Прийняття нового трудового кодексу України – необхідний крок в адаптації трудового законодавства до нових економічних умов // Право України. – 2009. – № 3.
6. Прилипко С., Ярошенко О. Проект трудового кодексу України – важливий етап реформування трудового законодавства // Право України. – 2009. – № 3.

The scientific article on a theme «the Role of the International organisation of work in execution maintenance legislations on protection of the labour rights of workers» is devoted with Ukraine to the analysis of activity of the International organisation of work, efficiency of its actions, definitions of a place and a role in system of a legal protection of social and economic human rights in member states of the Council of Europe.

Стаття посвячена аналізу діяльності Международной организации труда, эффективности ее действий, определению места и роли в системе правовой защиты социальных и экономических прав человека в государствах – членах Совета Европы.



РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНОЇ СЛУЖБИ ПОСЕРЕДНИЦТВА І ПРИМИРЕННЯ У ПОПЕРЕДЖЕННІ СТРАЙКІВ

Наталія Швець,

канд. юрид. наук,
асистентка кафедри трудового права
Національної юридичної академії України
ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків

У статті розкрито ефективну діяльність незалежного державного органу – Національної служби посередництва і примирення у напрямі попередження страйків.

Ключові слова: Національна служба посередництва і примирення, страйк, попередження страйків, примирні процедури, розв'язання колективних трудових спорів.

Як соціальне явище страйк – це доволі складний, багатоплановий механізм розв'язання колективного трудового спору. Тому проблеми, пов'язані з реалізацією права на страйк, а також із попередженням страйків, потребують поглибленого дослідження з аналізом не тільки чинного законодавства, а й відповідного зарубіжного правового матеріалу та накопиченого досвіду у цій галузі.

Страйк супроводжується небажаними наслідками як для роботодавців, так і для найманих працівників. Світова фінансово-економічна криза загострила в Україні потребу збереження соціального миру. За кризових умов працівники підприємств панікують, відчувають страх втратити роботу, не отримати вчасно зарплату. Тому важливим завданням держави за умов сьогодення є вироблення правових засобів, спрямованих на запобігання страйкам. Ефективну роль у попередженні страйкового руху відіграє незалежний державний орган – Національна служба посередництва і примирення (далі – НСПП). Ми поділяємо думку С. Запарі щодо успішності діяльності цієї служби у зв'язку з гармонійним поєднанням державно-розпорядчих функцій, що викликають традиційну довіру сторін спору, з примирно-посередницькою діяльністю [1, с. 21].

У сучасний період діяльність Національної служби посередництва і примирення досліджувалася у роботах Л. Беззубко, В. Бурака, С. Запарі, В. Лазора, В. Руденка та ін.

Метою цієї статті є з'ясування значення Національної служби посередництва і примирення у запобіганні страйкам.

Відповідно до ст. 15 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» з метою сприяння поліпшенню трудових відносин і запобігання виникненню колективних трудових спорів, їх прогнозування та сприяння своєчасному їх вирішенню, здійснення посередництва для вирішення таких спорів Президент України утворив Національну службу посередництва і примирення.

17 листопада 1998 р. Президент України видав Указ № 1258 «Про утворення Національної служби посередництва і примирення» у складі центрального апарату та регіональних відділень. Спочатку передбачалося функціонування лише 5-ти відділень цієї служби: Центрального, Західного, Північного, Південного та Східного. Але досвід підтвердив, що такої кількості регіональних відділень НСПП недостатньо. Указом Президента України від 30.12.2000 р. № 1393/2000 ліквідовані регіональні відділення та утворено 25 відділень НСПП. Для вирішення суперечок у містах Києві та Севастополі у центральному апараті НСПП створено відповідні відділи, що дозволило скоротити терміни розгляду матеріалів колективних трудових суперечок, забезпечити їх оперативне вирішення.

З моменту заснування НСПП пройшло трохи більше десяти років. Аналогічні служби у деяких країнах існують понад 100 років.

Національна служба посередництва і примирення створена за принципом аналогічних зарубіжних служб. В інших країнах інститут посередництва вже давно набув активного розвитку. У багатьох країнах, насамперед, в Азії, Африці, Латинській Америці, допомогу в проведенні переговорів між конф-

лікуючими сторонами здійснюють в основному урядові служби примирення або інспектори праці.

Прикладом державної служби, що здійснює посередницькі функції, є Федеральна служба посередництва і примирення у США, центральний офіс якої знаходиться у Вашингтоні, а місцеві органи – в усіх штатах. Директор служби призначається Президентом США за згодою сенату.

У Швеції посередницьку роль виконує Державне бюро посередництва й арбітражу. У Великобританії такі функції в разі трудових конфліктів здійснює Консультативна служба примирення й арбітражу, а також Центральний арбітражний комітет. Слід зазначити, що служба виконує свої функції лише у випадку звернення до неї конфлікуючих сторін. У Данії діє Примирна Рада, в Ірландії – Комісія з трудових відносин, у Південній Африці – Комісія з примирення, посередництва й арбітражу.

Історично так склалося, що роль посередника в колективних трудових спорах виконують приватні особи. Так, у Франції таким посередником може бути представник науки, парламентар, журналіст і навіть діяч церкви [2, с. 116].

У більшості промислово розвинутих країн примирення є поширеною процедурою вирішення колективних трудових спорів, чому сприяє принцип нейтрального характеру примирного механізму, який у цих країнах сповідується. Нейтральність примирних органів забезпечує підвищену довіру до них з боку організацій працівників і підприємців. А це, у свою чергу, впливає на структуру таких органів. Зокрема, до складу Комісії з трудових відносин Японії входить рівна кількість представників підприємців, профспілок і незалежних членів.

Широкою автономією у сфері примирення користуються підприємці та профспілки у Німеччині, де процедури посередництва встановлені у більшості галузей економіки відповідно до угод, що укладаються між сторонами колективних договорів, а примирні комісії складаються з рівної кількості представників відповідної асоціації підприємців і заінтересованої профспілки, а також незалежного представника.

В окремих країнах, що розвиваються, і нових індустріальних країнах також створені тристоронні органи, на які покладені примирні функції (Бразилія, Мексика, Венесуела тощо).

НСПП пройдено шлях від побоювання та недовіри до Служби (з боку як роботодавців,

так і найманих працівників та профспілок) до взаємодії та порозуміння під час проведення примирних процедур із розв'язання колективних трудових спорів (конфліктів). Сторонам соціально-трудових відносин стало зрозуміло, що завданням НСПП є не посилення протистояння, а сприяння вирішенню розбіжностей, забезпечення дотримання норм чинних нормативно-правових актів.

З кожним роком (з отриманням певного досвіду в роботі) змінювалися пріоритети в роботі НСПП. Якщо на початку діяльності служба надавала перевагу розв'язанню колективних трудових спорів (конфліктів), недопущенню страйків, то згодом співробітники НСПП дійшли висновку, що вирішити спір важче, ніж його попередити, тому в подальшому акценти в роботі змістилися на запобігання виникненню колективних трудових спорів (конфліктів) та недопущення переростання розбіжностей у страйкові вимоги.

Фахівці НСПП у 2008 р. більше 256 виступали на радіо та телебаченні (понад 256 виступів), підготували та розмістили в друкованих ЗМІ понад 770 статей та інтерв'ю. Працівники НСПП брали участь у роботі 948 навчально-практичних семінарів, круглих столів, конференцій [3, с. 41]. НСПП приділяла підвищену увагу зниженню соціальної напруги та пошуку взаємоприйнятних рішень між сторонами конфліктів при проведенні найманими працівниками у 2008 р. 13 страйків і колективних припинень роботи, а також 63 акцій соціального протесту.

Національна служба посередництва і примирення підтвердила на практиці необхідність і продуктивність своєї діяльності як державного органу, що сприяє вирішенню колективних трудових спорів на всіх рівнях, попередженню страйків. Ці процеси завдяки НСПП спрямовуються у правове русло, долаючи в соціально-трудових відносинах стихійність і безкомпромісно-страйкові крайнощі [4].

Коли ж страйку все ж не вдалося уникнути, одним із завдань НСПП є надання рекомендацій профспілковим організаціям, найманим працівникам, керівникам підприємств щодо дотримання законодавства під час проведення страйків. Наявність порушень під час оголошення та проведення страйку засвідчують приклади з практики.

Так, недофінансування потреб вугільної галузі із державного бюджету, падіння обсягів виробництва та реалізації вугільної продукції внаслідок кризових явищ у Донецькій області та країни в цілому, збитковість роботи призвели до зростання протестних настроїв праців-

ників галузі. Через нереалізацію вугільної продукції працівники Товариства з додатковою відповідальністю «Орендне підприємство «Шахтоуправління ім. В. І. Чапаєва» (м. Шахтарськ) оголосили страйк. За станом на 14.05.2009 р. на складах підприємства знаходилось 35 тис. тон вугілля, поточна заборгованість із заробітної плати за квітень становила 7,2 млн грн. Страйк тривав з 13 по 21 травня 2009 р.; у ньому взяли участь 29 осіб. Проводився страйк у підземних виробках, у гаражі електровозу. Очолював групу страйкарів гірник ділянки ДПР О. Тимофіїв.

Відділенням Національної служби посередництва та примирення в Донецькій області було проведено аналіз ситуації на ТДВ «Орендне підприємство «Шахтоуправління ім. В. І. Чапаєва», за результатами якого виявлено порушення Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» під час проведення страйку, а саме:

- страйк проводився з порушенням статей 2, 4, 6 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» – на підприємстві не висувалися вимоги з питань соціально-трудових відносин, не виник спір;

- порушено процедуру прийняття рішення про оголошення страйку, зокрема, не було проведено голосування всупереч ч. 1 ст. 19 Закону;

- рішення про оголошення страйку не було оформлене протоколом, що передбачено ч. 1 ст. 19 Закону;

- особа, яка очолила страйк, письмово за 7 днів до початку страйку не попередила власника про його початок – ч. 6 ст. 19 Закону;

- особа, яка очолила страйк, не узгодила з власником місцеперебування працівників під час страйку – ч. 8 ст. 19 Закону;

- порушено ст. 24 Закону в частині заборони проведення страйку за умов, якщо припинення працівниками роботи створює загрозу життю та здоров'ю людей, довкіллю або перешкоджає запобіганню стихійному лиху, аваріям, катастрофам чи ліквідації їх наслідків; ст. 42 Гірничого Закону України – у підземних виробках проводити страйки та голодування забороняється.

Відділенням НСПП було направлено попередження найманим працівникам та адміністрації підприємства про порушення законодавства України про колективні трудові спори (конфлікти). Через відсутність дій найманих працівників і власника підприємства щодо усунення порушень законодавства України, відділення 20 травня 2009 р. направило листа до прокуратури Донецької області та територіального управління Держгірпромнагляду Донецької області з метою усунення порушень чинного законодавства України та притягнення до відповідальності організаторів страйку.

Відповідно до ст. 7 Закону України «Про звернення громадян» та ст. 112 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України прокуратурою Донецької області були направлені матеріали щодо проведення страйку на ТДВ «Орендне підприємство «Шахтоуправління ім. В. І. Чапаєва» начальнику Територіальної державної інспекції праці та Головному управлінню МВС України в Донецькій області.

За результатами перевірки ТДВ «Орендне підприємство «Шахтоуправління ім. В. І. Чапаєва» Територіальним управлінням Держгірпромнагляду Донецької області директора зазначеного підприємства було притягнуто до адміністративної відповідальності.

Наведений приклад свідчить про плідну роботу співробітників відділення НСПП у Донецькій області, спрямовану на недопущення переростання конфліктної ситуації, що виникла у ТДВ «Орендне підприємство «Шахтоуправління ім. В. І. Чапаєва», у безстроковий страйк.

У квітні 2008 р. працівники транспортного відділу ВАТ «Звенигородський сироробний комбінат» м. Звенигородки на загальних зборах хотіли ухвалити рішення про оголошення страйку. На вимоги працівників поліпшити умови праці та підвищити зарплату керівництво заводу відповідало погрозами звільнити працівників. Наймані працівники ВАТ «Звенигородський сироробний комбінат» звернулися за підтримкою до відділення Національної служби посередництва і примирення в Черкаській області.

Співробітниками відділення було надано працівникам і адміністрації підприємства письмові роз'яснення, проведено співбесіди з представниками сторін. Страйк було попереджено завдяки вчасному втручання спеціалістів НСПП [5].

Використання страйкової форми інколи передчасне. Крім того, страйк часто застосовується всупереч умовам національного законодавства та можливостям розв'язання проблеми. Як свідчать бесіди представників НСПП із страйкарями, часто після тривалих, але безрезультатних щодо їх мети, страйків, які завдали величезних збитків підприємству та державі, самі їх учасники змушені визнавати неефективність застосування цієї акції протесту, шукати інших, більш результативних шляхів розв'язання колективних трудових спорів.

Слід зазначити, що пропозиції НСПП мають рекомендаційний характер. У той самий час в інших країнах рішення такої служ-

би в деяких випадках є обов'язковими для сторін. За наявності певних економічних і фінансових умов, коли підприємства здатні ліквідувати заборгованість, у разі ігнорування власником цього рішення, воно може бути виконано у примусовому порядку за допомогою органів виконавчої служби. Зокрема, у Великобританії, звичай, які юридично не закріплені, але виникають у результаті переговорів між профспілками та роботодавцями, фіксуються в кодексах практики, які видаються Консультативною службою примирення й арбітражу. Невиконання їх не є правопорушенням, проте може бути достатньою підставою для подання заяви у промисловий трибунал (наглядний орган у сфері праці) про вирішення спору з приводу порушення звичаю [6, с. 104].

Ми переконані, що рішення НСПП повинні мати лише рекомендаційний характер. Інший підхід означав би втручання цього органу в діяльність підприємств.

В Указі Президента України «Питання Національної служби посередництва і примирення» від 11.04.2007 р. № 291/2007 зазначено, що НСПП може звертатися до органів прокуратури, правоохоронних органів, державних органів з наглядом за додержанням законодавства про працю з пропозиціями щодо життя заходів, спрямованих на дотримання законодавства про працю, в тому числі стосовно порядку вирішення колективних трудових спорів (конфліктів). Реалізація цього права активізуватиме зусилля зазначених органів, сприятиме попередженню конфліктних ситуацій у трудовій сфері, у тому числі запобіганню страйків.

НСПП розроблено Положення про порядок проведення страйку як крайнього засобу вирішення колективного трудового спору (конфлікту) та примирних процедур під час страйку, затверджене наказом НСПП від 18.11.2008 р. № 131. З урахуванням тієї обставини, що порядок організації та проведення страйку на теренах України передбачено лише окремими статтями Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)», на відміну від

інших країн (там існують окремі закони, зокрема, у Туреччині діє Закон «Про колективні угоди, страйки і локауті» від 05.05.1983 р.), існування цього Положення, що детально регламентує процедурні норми, на нашу думку, є доцільним.

Вагомим плюсом примирних процедур є те, що під час їх здійснення оголошення та проведення страйків визнається незаконним (ст. 22 Закону України «Про порядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)»). Тим самим законодавець акцентує увагу сторін на тому, що страйк може бути застосований як крайній засіб вирішення колективного спору, адже існує висока ймовірність того, що НСПП зможе сприяти врегулюванню розбіжностей між найманими працівниками і роботодавцем.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що страйк не розв'язує у повному обсязі вимоги найманих працівників, супроводжується значними фінансовими збитками для підприємства, подекуди поглиблює протистояння між сторонами конфлікту. У зв'язку з цим примирні процедури – оптимальний варіант для пошуку порозуміння між найманими працівниками і роботодавцем, налагодження соціального діалогу з найменшими втратами.

Література

1. *Запара С. І.* Удосконалення процедури вирішення колективних трудових спорів (конфліктів) примирними органами в Україні: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 22 с.
2. *Беззубко Л. В.* Механізм державного управління колективними трудовими конфліктами. – Д., 2004. – 242 с.
3. *Інформація* про результати діяльності НСПП за 2008 р. // Бюлетень НСПП. – 2009. – № 1–2. – С. 40–41.
4. *Пархомов С.* Уникати трудових конфліктів // Урядовий кур'єр. – 1999. – № 22.
5. *Соболь С.* Страйку у ВАТ «Звенигородський сиробирний комбінат» не буде // Нова Доба. – 2008. – № 36.
6. *Люттов Н. Л.* Исторический аспект разрешения коллективных трудовых споров в Великобритании, США и ФРГ // Право и политика. – 2001. – № 5. – С. 101–108.

In the article analyzed the efficient activity of an independent state body – the National Mediation and Reconciliation Service in the prevention of strikes.

В статье раскрыта эффективная деятельность независимого государственного органа – Национальной службы посредничества и примирения в сфере предупреждения забастовок.



ЗАГАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ОЦІНКИ ТЯЖКОЇ ШКОДИ ЯК ЗМІСТУ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНИХ НАСЛІДКІВ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ МЕДИЦИНИ

Галина Чеботарьова,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри спеціальних правових дисциплін
Кримського економічного інституту
ДВНЗ «Київський національний економічний університет
ім. Вадима Гетьмана»



У статті досліджуються проблеми оцінки тяжкої шкоди як ознаки об'єктивної сторони злочинів у сфері медичної діяльності, передбачених ст. 138, частинами 1, 2 ст. 139, частинами 1, 2 ст. 140, статтями 141, 145 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: злочини у сфері медицини, об'єктивна сторона, наслідки злочину, тяжка шкода.

Охорона життя та здоров'я людини в сучасній Україні проголошена одним із важливих напрямів державної політики. Тому соціальні галузі, функціонуванням яких забезпечується виконання цього завдання, потребують ретельного правового регулювання та захисту. До таких пріоритетів належить і медична сфера, адже саме вона включає систему наукових знань і практичну діяльність, спрямовану на збереження та зміцнення здоров'я людини, продовження її життя, попередження й лікування її хвороб. За прогнозами ВООЗ, якщо медична галузь у країні залишатиметься на такому ж низькому рівні, до 2030 р. кількість жителів України може знизитися до 30 мільйонів осіб [1]. Тому потребами часу стало вироблення високих стандартів роботи медичних працівників, чітка її регламентація, вдосконалення механізмів юридичної відповідальності за невинуватне, винне створення загроз або заподіяння шкоди життю та здоров'ю громадян у сфері медичної діяльності.

Діяльність, що здійснюється у сфері медицини, за своєю внутрішньою структурою не відрізняється принципово від будь-якої іншої. Зокрема, вона породжує соціально значущі наслідки різноманітного характеру та змісту. Предметом криміналізації та кримінально-правової оцінки така діяльність, як правило, стає у випадках, коли нею заподіюється суспільно небезпечна шкода об'єктам, що охороняються кримінальним законом, або створюється загроза її заподіяння. Іноді саме негативні наслідки діяльності у сфері медицини дозволяють відділити скоєне в цій сфері злочинне правопорушення від

деліктів, передбачених іншими галузями права (наприклад, адміністративним проступком є порушення встановленого порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації та застосування донорської крові та (або) її компонентів і препаратів (ст. 45¹ КАП), однак, якщо подібні діяння потягли суспільно небезпечні наслідки у вигляді зараження особи ВІЛ чи іншою невиліковною інфекційною хворобою, що є небезпечною для життя людини, такі порушення можуть розглядатися вже як злочин, передбачений ст. 131 Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Таким чином, вивчення властивостей суспільно небезпечних наслідків правопорушень у сфері медицини є необхідним етапом дослідження актуальної проблеми кримінально-правової охорони правопорядку у сфері медичної діяльності. У нормах розділу II Особливої частини КК, в яких описуються злочини, що порушують такий правопорядок, неодноразово вказується на *тяжкі наслідки* як ознаку об'єктивної сторони цих злочинів: «тяжкі наслідки для хворого» (ч. 1 ст. 140, ст. 138, ч. 1 ст. 139), «тяжкі наслідки неповнолітньому» (ч. 2 ст. 140), «інші тяжкі наслідки» (ч. 2 ст. 139, ст. 141), «тяжкі наслідки» (ст. 145).

За способом описання поняття «тяжкі наслідки» належить до оціночних. Використання оціночних понять при описанні злочинів в Особливій частині кримінального закону є технічним прийомом, без якого навряд чи можна обійтися законодавцю. Однак його застосування створює ряд проблем при тлумаченні норм, в яких ці поняття вжито. *По-перше*, їх зміст певною мірою визначається правосвідомістю юриста, який застосовує

закон [2, с. 134]. Отже, важливо виробити точні орієнтири, які полегшували б з'ясування справжнього змісту ознаки об'єктивної сторони, визначеної законодавцем як «тяжкий наслідок», і визначення змісту всього складу злочину, до якого такий наслідок входить. *По-друге*, за своїм найменуванням ознака злочину «тяжкий наслідок» майже збігається з однією із обставин, що обтяжує покарання – «тяжкі наслідки, завдані злочином» (п. 5 ч. 1 ст. 67 КК України). Це, безумовно, свідчить про їх близькість, спорідненість природи та вимагає визначитися, чи можливо при засудженні й покаранні за злочин, об'єктивною ознакою якого є «тяжкі наслідки» (у тому числі будь-який із передбачених статтями 138, 139, 140, 141, 145 КК), додатково враховувати ще та передбачену п. 5 ч. 1 ст. 67 КК України обставину. *По-третє*, негативні, у тому числі тяжкі, наслідки злочинів у сфері медицини можуть наставати не лише в найближчий до злочинної дії чи бездіяльності час, а бути віддалені від них на невизначений, тривалий проміжок часу, у силу чого мати стохастичний характер (наприклад, у особи, якій було надано некваліфіковану медичну допомогу, загострилося хронічне захворювання, вона змушена лікуватися тривалий час, витрачаючи кошти, втрачаючи професійну кваліфікацію тощо). Але ж не всякий об'єктивний результат злочину, навіть якщо він є негативним, може враховуватися при кримінально-правовій оцінці як ознака його об'єктивної сторони. У цьому зв'язку важливо відділяти тяжкі наслідки як об'єктивну ознаку складу відповідного злочину від інших наслідків останнього.

Оскільки детальний розгляд і вирішення всіх поставлених питань за своїм обсягом виходить за межі окремої публікації, ми сконцентруємося на першій з визначених проблем та спробуємо окреслити принципові підходи до розуміння змісту ознаки «тяжкі наслідки» при кримінально-правовій характеристиці злочинів, які порушують правопорядок у сфері медицини, передбачених ст. 138, частинами 1, 2 ст. 139, частинами 1, 2 ст. 140, статтями 141, 145 КК України.

Проблемам наслідків злочину, суспільно небезпечних наслідків і наслідків як ознаки злочинів проти особи (у тому числі тих, що вчиняються у сфері медицини), присвячені дослідження багатьох вітчизняних і зарубіжних правознавців, зокрема, П. Андрушко, М. Бажанова, А. Байди, Ю. Бердичівського, В. Глушкова, М. Дурманова, А. Кібальника, В. Кудрявцева, Н. Кузнецової, В. Мальцева, М. Шаргородського та ін. Однак слід визнати, що серед правознавців не сформувалося чіткого й однозначного розуміння змісту злочинної шкоди, визначеної законодавцем

як тяжкі наслідки. Не сприяє вирішенню зазначеної проблеми відсутність чітких вказівок вищого судового органу з цього питання. Стан речей погіршується тим, що законодавець досить довільно оперує ознаками «тяжкі наслідки», «особливо тяжкі наслідки» в Особливій частині КК. За висновками М. Хавронюка, категорія «тяжкі наслідки» вжита в багатьох нормах, але відповідне це поняття все ще дезуніфіковане. Так, у ч. 3 ст. 135, ч. 2 ст. 139, ст. 141 КК України як про такий наслідок ідеться про смерть особи (мається на увазі загибель хоча б одного потерпілого), а в ч. 3 ст. 414 КК – вже про загибель декількох осіб (а це вже смерть щонайменше двох потерпілих) [3, с. 275].

Що стосується ознак злочину, передбаченого ст. 140 КК, то одні автори тяжкими наслідками називають смерть або самогубство людини, заподіяння тяжких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень, заподіяння ятрогенного захворювання [4, с. 324]; на думку інших, такими наслідками є смерть, тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, інвалідність або інше ускладнення хвороби [5, с. 400]. П. Андрушко називає тяжким наслідком смерть, тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження, істотне погіршення стану здоров'я хворого [6, с. 326]. Значно ширшою є інтерпретація цієї ознаки Я. Лизогубом, який вважає, що «під даними наслідками слід розуміти саме такі види розладу здоров'я людини, які потребують тривалого й болісного лікування, або створюють небезпеку для життя, або призводять до важковихікових чи невиліковних хвороб, або позначаються тяжкими формами калічення людини, або викликають тяжкі негативні реакції з боку потерпілого, спрямовані проти нього самого (тяжке чи середньої тяжкості тілесне ушкодження, самогубство, різні тяжкі захворювання, що характеризуються однією або декількома з вказаних вище ознак, тощо)» [7, с. 86]. Подібні розбіжності в розумінні фахівцями суспільно небезпечних наслідків злочинів спостерігаються й при аналізі ознак інших злочинів у сфері медицини.

Відомо, що злочинним діянням негативно видозмінюються об'єкти, поставлені під охорону кримінального закону. Саме ці зміни значущі для кримінального права; до його «соціальної компетенції» не входять будь-які інші соціально негативні наслідки, які настають у результаті злочину, але не стосуються зазначених об'єктів. Не можна погодитися з твердженням, що винному повинні ставитися в провину всі наслідки його злочинних дій, незалежно від їх віддаленості, якщо тільки вони знаходилися в причинному зв'язку з дією винного, який передбачав їх настання або повинен був та міг їх передбачати [8, с. 72]. У такому разі обсяги ставлення в провину

можуть розширюватися майже безмежно, а соціальне призначення кримінального права перебільшується, абсолютизується.

У кримінально-правових дослідженнях доведено існування найрізноманітніших наслідків злочину. Так, розрізняють матеріальну та нематеріальну шкоду, особисту шкоду – фізичну, психічну, моральну, шкоду, яка заподіюється суспільним і державним цінностям, благам тощо [9, с. 19–21]. На нашу думку, правильне вирішення завдання з визначення змісту наслідків (у тому числі тяжких) щодо конкретних видів злочинів можливе лише за умови врахування зв'язків між об'єктивною стороною певного злочину та його об'єктом. Результати наукових розробок об'єкта й об'єктивної сторони злочину свідчать, що саме об'єкт певного злочину визначає зміст його суспільно небезпечного наслідку (у тому числі тяжкого наслідку) як ознаки складу відповідного злочину [10, с. 3, 102, 163, 164]. Тому принципове розуміння сутності злочинних наслідків, які входять до складу злочину, зумовлене способами вирішення проблеми об'єкта злочину. Якщо визнавати таким об'єктом певні суспільні відносини (ми не заперечуємо цієї теорії), то й зазначені наслідки логічно розглядати як шкоду, збиток, втрату, яка завдається таким відношенням [11, с. 11].

Зумовленість злочинних наслідків об'єктом злочину приводить до висновків, що якщо відповідна кримінально-правова норма створена для охорони певної групи суспільних відносин, то під злочинними наслідками в цій нормі мається на увазі не будь-яка шкода, а лише збиток, який заподіюється даній групі суспільних відносин [12, с. 162]. Вельми цінним у цьому випадку є запропоноване В. Кудрявцевим правило: шкідливий наслідок, передбачений кримінальним законом у загальній формі (зокрема, тяжкі наслідки), завжди повинен бути однорідним із вчиненою злочинною дією, тобто повинен бути реалізацією саме тієї небезпеки, через яку ця дія (бездіяльність) заборонена, бути збитком тому об'єкту, який охороняється цим кримінальним законом [12, с. 163].

Слід зазначити, що аналіз змісту тяжких (особливо тяжких) наслідків нерідко здійснюється фахівцями без урахування зазначених принципових положень. Так, Р. Джинджолія, розглядаючи ознаку «інші тяжкі наслідки» стосовно об'єктивних ознак викрадення людини, назвав такими самогубство, психічний розлад, тяжкий соматичний розлад, іншу тяжку шкоду здоров'ю потерпілого, смерть його близьких, матеріальну шкоду у великих розмірах, зрив особливо важливої комерційної угоди, ускладнення обстановки в регіоні, де проживає викрадений (міжнародні зіткнення, масові безпорядки то-

що) [13, с. 182]. На нашу думку, в наведеному випадку були змішані тяжкі наслідки як ознака об'єктивної сторони – шкоди, що перебуває у сфері об'єктів зазначеного злочину (особистої волі, честі, гідності, тілесної недоторканності, здоров'я та життя особи), та інших тяжких наслідків, що перебувають за межами цих об'єктів, і, відповідно, за межами складу злочину (шкода, що заподіюється громадській безпеці, власності, господарській діяльності).

Таким чином, для правильного розуміння та кримінально-правової оцінки ознак об'єктивної сторони злочинів у сфері медицини, визначених законом як тяжкі наслідки в різних варіаціях, важливо розрізнити злочинну шкоду, що виявляється у сфері основного та додаткового (додаткових) безпосередніх об'єктів відповідних злочинів і наслідки, що перебувають за межами цих об'єктів. Саме перші характеризують об'єктивну сторону складу злочину та враховуються при визначенні наявності підстави кримінальної відповідальності (у необережному злочині з матеріальним складом відсутність наслідку означає й відсутність складу злочину), а також впливають на кваліфікацію (з настанням наслідку пов'язаний момент закінчення злочину з матеріальним складом, при ненастанні його або настанні неповною мірою умисний злочин кваліфікується як незакінчений; тяжкість наслідку може визначати наявність кваліфікованого чи особливо кваліфікованого складу). Тому до тяжких наслідків як об'єктивної ознаки, передбачених розділом II Особливої частини КК, «медичних» злочинів можна віднести лише негативні зміни в суспільних відносинах, що складаються у сфері медичної діяльності з приводу збереження життя та здоров'я особи медичними засобами. Всі інші наслідки (наприклад, майнові витрати, втрата роботи, погіршення суспільного статусу потерпілого від медичного злочину тощо) не входять до складу зазначених злочинів і можуть, залежно від ступеня їх тяжкості, розглядатися лише як обтяжуючі покарання обставини.

Висновки

Викладене дозволяє стверджувати, що у випадках, коли в матеріальному складі злочину у сфері медицини законом названо як ознаку об'єктивної сторони тяжкі наслідки (ст. 138, частини 1, 2 ст. 139, частини 1, 2 статті 140, 141, 145 КК), слід виходити з того, що в цьому значенні у відповідній статті (чи її частині) враховано лише шкоду у виді негативних змін в об'єктах передбаченого відповідною нормою злочину (безпосередньому основному, безпосередньому додатково-

му). Не потребує додаткової аргументації доцільність віднесення до категорії «тяжкі наслідки» таких різновидів особистої шкоди, як смерть потерпілого, настання тяжких або численних середньої тяжкості тілесних ушкоджень. У той самий час слід зважати на те, що шкода здоров'ю людини не в кожному випадку пов'язана з «порушенням анатомічної цілості тканин, органів та їх функцій, що виникає як наслідок дії одного чи кількох зовнішніх ушкоджуючих факторів – фізичних, хімічних, біологічних, психічних» (саме таким є зміст шкоди здоров'ю особи у виді тілесних ушкоджень) [14]. Категорія «тілесні ушкодження» не здатна повністю охопити всі шкідливі наслідки для здоров'я людини, які можуть виявлятися в результаті порушень злочинними діями відносин, що складаються у сфері медицини з приводу збереження життя та здоров'я особи медичними засобами. Вона не розкриває повною мірою негативний вплив «дефектної» медичної діяльності на першочергові цінності – життя та здоров'я людини. Зокрема, вона не охоплює такі види особистої шкоди, як психічний розлад, венеричне захворювання, зараження ВІЛ, інші захворювання та патологічні стани (наприклад, інфаркт міокарду, гіпертонічну хворобу й інші анатомічні чи функціональні розлади [14, с. 41]). У цьому зв'язку до переліку тяжких наслідків злочинів у сфері медичної діяльності слід обов'язково вносити не лише тілесні ушкодження, а й інші форми заподіяння шкоди здоров'ю: захворювання, патологічний стан, фізичний біль, фізичні чи психічні страждання особи. На нашу думку, це дозволить адекватніше відображати специфіку суспільно небезпечної шкоди, що виявляється в об'єктах, збереження яких забезпечується вітчизняним законодавством про кримінальну відповідальність у нормах статті 138, частин 1, 2 ст. 139, частин 1, 2 статей 140, 141, 145 КК.

The article discusses the problems of estimation of heavy harm as a sign of objective side of crimes in medicine, stipulated in articles 138, 139, 140, 141, 145 of the Criminal Code of Ukraine.

В статье исследуются проблемы оценки тяжких последствий как признака объективной стороны преступлений в сфере медицинской деятельности, предусмотренных ст. 138, частями 1, 2 ст. 139, частями 1, 2 ст. 140, статьями 141, 145 Уголовного кодекса Украины.

Література

1. *За двадцять років українців стане менше на 17 мільйонів*: Канал 1+1. ТСН.ua від 16 червня 2009 р., 17:18.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://1plus1.tv/news/16-06-2009>. – Заголовок з екрана.
2. *Кудрявцев В. Н.* Общая теория квалификации преступлений. – М., 2001. – 304 с.
3. *Хавронюк Н. И.* Категории преступлений и санкции Особенной части УК Украины: научные исследования и некоторые выводы // Уголовный кодекс Украины от 5 апреля 2001 г. Комментарий отдельных положений. – К., 2001. – 304 с.
4. *Науково-практичний* коментар Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2008. – 1216 с.
5. *Кримінальний* кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За ред. В. Т. Маляренка, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х., 2004. – 1152 с.
6. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України. – К., 2002. – 936 с.
7. *Лизогуб Я.* Проблеми кримінальної відповідальності за неналежне виконання професійних обов'язків медичним або фармацевтичним працівником // Право України. – 2005. – № 4.
8. *Малинин В. Б., Парфенов А. Ф.* Объективная сторона преступления. – СПб., 2004. – 301 с.
9. *Землюков С. В.* Уголовно-правовые проблемы преступного вреда. – Новосибирск, 1991. – 256 с.
10. *Тацкий В. Я.* Объект и предмет преступления в советском уголовном праве. – Х., 1988. – 198 с.
11. *Михлин А. С.* Последствия преступления. – М., 1969. – 104 с.
12. *Кудрявцев В. Н.* Объективная сторона преступления. – М., 1960. – 243 с.
13. *Джанджольия Р. С.* Унификация оценочных признаков при квалификации преступлений против личности / Под ред. А. А. Магомедова. – М., 2004. – 271 с.
14. *Расторопов С. В.* Признаки, характеризующие объективную сторону преступлений против здоровья человека // Закон и право. – 2005. – № 7. – С. 38–41.



ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА: кримінально-правовий аспект

Руслан Волинець,

*асистент кафедри кримінального права та кримінології
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

У статті досліджуються окремі концептуально-теоретичні питання у сфері організації боротьби із порушенням бюджетного законодавства в Україні.

Ключові слова: бюджетне законодавство кримінально-правове регулювання, фінансування видатків, нецільове використання бюджетних коштів.

Недосконалість і суперечливість правового забезпечення бюджетного процесу призводить до порушення порядку виконання бюджету за видатками як службовими особами, які визначають напрямки використання бюджетних коштів, так і особами, які одержують та використовують ці кошти. Така ситуація характерна для більшості порушень бюджетного законодавства й зумовлюється, насамперед, нестабільністю сучасної політико-правової та економічної обстановки в Україні.

Статистика МВС України про кількість виявлених злочинів, які порушують законодавство про бюджетну систему України, зокрема злочини, передбачені ст. 210 Кримінального кодексу (далі – КК) України, свідчить про дещо інше. Так, працівники органів внутрішніх справ виявили вказаних злочинів у 2005 р. – 140, у 2006 р. – 97, у 2007 р. – 61, у 2008 р. – 48 [1].

Щорічне зниження кількості злочинів, пов'язаних із порушенням законодавства про бюджетну систему України, в офіційній статистиці ще не означає їх реального зниження, поліпшення стану боротьби з цим явищем. Значна кількість зазначених порушень у бюджетній сфері залишається латентною. У свою чергу, низька активність застосування правоохоронними органами ст. 210 КК України свідчить про недосконалість кримінально-правової норми та певні вади її внутрішньої «будови».

Безумовно, в практичному та теоретичному плані організація боротьби та протидія порушенню бюджетного законодавства України є необхідним заходом, що вимагає, насамперед, уточнення й узгодження кримінально-правової термінології. Слід зазначити, що «порушення законодавства про бюджетну систему», закріплене в КК України та Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) за формою не узгоджується з використанням у Бюджетному ко-

дексі (далі – БК) України формулюванням «бюджетне правопорушення». У зв'язку з цим виникає нагальна необхідність визначення змісту згаданих словосполучень і формулювання на їх основі науково обґрунтованих рекомендацій щодо вдосконалення законодавства, спрямованого на боротьбу із злочинністю в бюджетній сфері.

Окремі аспекти кримінальної відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему знайшли висвітлення у працях П. Андрушка, А. Волобуєва, Н. Гуторової, О. Дудорова, М. Мельника, В. Навроцького, В. Останіна, О. Перепелиці, І. Сикорської, Р. Степанюка та ін. При цьому природа бюджетних правопорушень досліджувалася в працях таких учених, як Л. Воронова, О. Горбунова, О. Грачова, М. Карасьова, М. Кучерявенка, П. Пацурківського, Ю. Ровинського, Л. Савченка, Н. Хімічева.

Заслужують на увагу напрацювання таких російських учених, як С. Гордейчик, С. Залиш, Н. Погосян, Ю. Демідова, а також закордонний досвід наукових досліджень.

Метою цієї статті є розроблення концептуально-теоретичного підходу до визначення змісту словосполучення «порушення законодавства про бюджетну систему», що зумовлено низкою проблем, пов'язаних із неузгодженістю положень різних галузей чинного законодавства України.

Історія становлення юридичної відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України представляє особливий інтерес. Незважаючи на велике значення для держави, цей інститут спочатку взагалі не згадувався у правових джерелах, а згодом йому відводилася другорядна роль. До закріплення у ст. 210 КК України 2001 р. відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України, відповідальність за протиправні діяння у цій сфері пе-

редбачалася ст. 80³ «Порушення законодавства про бюджетну систему України» та ст. 80⁴ «Видання нормативних актів, що змінюють доходи та витрати бюджету всупереч встановленому законом порядку» КК України 1960 р. Ці норми КК 1960 р. безпосередньо встановлювали відповідальність за найбільш небезпечні види порушень бюджетного законодавства. До прийняття вказаних норм діяння, пов'язані з порушенням бюджетного законодавства, визначалися різновидом зловживань владою або посадовим становищем і кваліфікувалися за відповідною частиною ст. 165 КК 1960 р. Проте цей склад злочину не охоплював особливості зазначених суспільно небезпечних діянь, що ускладнювало можливість притягнення до кримінальної відповідальності осіб – порушників бюджетного законодавства [2, с. 63].

Крім того, відповідальність службових осіб за численні порушення, пов'язані, наприклад, із нецільовим використанням бюджетних коштів, могла зовсім не наставати у кримінально-правовому порядку, незважаючи на заподіяну ними шкоду. Адже притягти до кримінальної відповідальності за зловживання владою та посадовим становищем чи за перевищення влади або посадових повноважень можна було лише за умови доведення наявності корисливої або іншої особистої заінтересованості.

Позиція законодавця щодо включення до КК 1960 р. ст. 80³ пояснювалася тим, що мотиви для здійснення цього правопорушення могли бути різними та на кваліфікацію не повинні були впливати. Це дещо розширило коло осіб, яких можна було притягти до кримінальної відповідальності за порушення бюджетного законодавства [3, с. 198]. Такі порушення з боку посадових осіб у деяких випадках могли бути результатом безгосподарності, невмілого підходу до розподілу бюджетних коштів, прагнення вирішити за рахунок цільових коштів інші, можливо навіть важливі, завдання регіону, галузі чи підприємства.

О. Юрченко зазначає, що всі статті, включені в розділ VII Особливої частини КК України «Злочини у сфері господарської діяльності», залежно від наявності суттєвих змін і доповнень, можна розділити на три групи [4, с. 12]:

- статті, що встановлюють відповідальність за суспільно небезпечні дії, не передбачені КК 1960 р.;
- статті, які замінюють статті КК 1960 р., але і з суттєвими змінами та доповненнями, що були внесені до них;
- злочин, встановлений ст. 210 КК 2001 р., обгрунтовано відноситься до третьої групи як такий, що введений до нового КК без суттєвих змін.

Зміни, що відбулися із запровадженням кримінальної відповідальності за порушення законодавства про бюджетну систему України в економічній і політичній системах України, послаблення контрольних функцій держави й інші соціальні процеси зумовили необхідність подальшого вдосконалення правового регулювання у цій сфері.

Тривалий час бюджетно-фінансові відносини в державі регулювалися Законом «Про бюджетну систему України». Ухвалення у 2001 р. БК кардинально змінило ситуацію. Відповідно до глави 18 БК України «Відповідальність за бюджетні правопорушення» особи, винні у порушенні бюджетного законодавства, несуть цивільну, дисциплінарну, адміністративну або кримінальну відповідальність згідно із законами України. Крім того, за часів незалежності, вперше було сформульоване визначення бюджетного правопорушення, закріплене у ст. 116 БК. Таким правопорушенням було визнано недотримання учасником бюджетного процесу встановленого Бюджетним кодексом та іншими нормативно-правовими актами порядку складання, розгляду, затвердження, внесення змін, виконання бюджету чи звіту про виконання бюджету. Безумовно, закріплення видів відповідальності та визначення терміна «бюджетне правопорушення» стало важливим кроком на шляху впорядкування відповідальності за правопорушення у бюджетній сфері.

Слід зазначити, що усвідомлення теоретичних аспектів кримінальної відповідальності за бюджетні правопорушення, точне розуміння їх змісту неможливе без з'ясування безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 210 КК.

Що стосується основного безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 210 КК України, то в літературі висловлюються такі думки: це «встановлений ... порядок виконання державного і місцевих бюджетів та порядок використання бюджетних ресурсів» [5, с. 240]; «суспільні відносини у сфері використання бюджетних коштів» [6, с. 174]. На думку П. Андрушко, ним є «встановлений бюджетним законодавством порядок використання фінансових ресурсів держави для забезпечення функцій, здійснюваних органами державної влади України та органами місцевого самоврядування» [7, с. 5]. У свою чергу, М. Мельник до основного безпосереднього об'єкта злочину, передбаченого ст. 210 КК, відносить встановлений законодавством України порядок використання бюджетних коштів та порядок виконання бюджетів [8, с. 26]. П. Орлов та А. Волобуєв визначають такий об'єкт як «встановлений чинним бюджетним законодавством порядок використання фінансових ресурсів держави для за-

безпечення функцій, здійснюваних органами державної влади України та органами місцевого самоврядування» [9, с. 236], а Н. Гуторова – як «відносини, які виникають на підставі фінансово-правових норм між державою і юридичними або фізичними особами у процесі розподілу, перерозподілу й використання державних фондів фінансових ресурсів» [10, с. 88].

Запропоновані визначення названого об'єкта збігаються в тому, що ним визнається встановлений порядок використання бюджетних коштів. Проте назва зазначеної статті «Порушення законодавства про бюджетну систему України» КК України передбачає більш широкий обсяг суспільних відносин, ніж це описано в її диспозиції. Це, у свою чергу, призводить до непослідовного розуміння положень ст. 210 КК у процесі кримінально-правової оцінки вчиненого.

Диспозиція ст. 210 КК сконструйована на основі положень ст. 39 Закону України «Про бюджетну систему України» від 05.12.1990 р., який втратив чинність з набранням чинності БК. Ця стаття КК не узгоджена з відповідними нормами БК, іншими нормативно-правовими актами з питань виконання бюджету, що зумовлює суттєві труднощі у визначенні конкретних способів вчинення злочину, передбаченого нею, та її практичному застосуванні.

З об'єктивної сторони, вчинення злочину, передбаченого ст. 210 КК України, можливе у чотирьох формах:

- використання бюджетних коштів усупереч їх цільовому призначенню. Такі кошти мають бути витрачені у великому або особливо великому розмірі. Великим розміром визнається сума, яка в 1000 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян, а особливо великим розміром – сума, яка у 3000 і більше разів перевищує такий мінімум (примітка до ст. 210 КК України);

- використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків. Така ситуація можлива в разі, коли до початку нового бюджетного періоду не набрав чинності закон про Державний бюджет України, а Кабінет Міністрів України, здійснюючи витрати з Державного бюджету України (крім випадків, передбачених ч. 4 статей 15 та 23 БК України), перевищив $\frac{1}{12}$ обсягу видатків, визначених законом про Державний бюджет України на попередній бюджетний період, що прямо заборонено п. 2 ст. 46 БК України. Так само й розпорядник бюджетних коштів, здійснивши видатки з перевищенням межі бюджетних асигнувань, порушує вимоги п. 5 ст. 51 БК, яким передбачено, що розпорядники бюджетних коштів

беруть бюджетні зобов'язання та проводять видатки тільки в межах бюджетних асигнувань, встановлених кошторисами;

- недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету;

- недотримання вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів.

Деякі автори, коментуючи положення ст. 210 КК України, наводять як приклад недотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету, неприйняття уповноваженою особою рішення про пропорційне скорочення видатків бюджету в разі зменшення надходжень до нього, а також прийняття рішення поширити пропорційне скорочення на всі видаткові статті бюджету, у тому числі захищені. Отже, недотриманням вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів автори пропонують розуміти, зокрема, фінансування у повному обсязі одних статей видатків при одночасному зменшенні фінансування за іншими статтями або при їх повному нефінансуванні, недотримання строків фінансування видатків за окремими статтями, що призводить до виникнення та зростання заборгованості із соціальних виплат і заробітної плати, перевищення або зменшення видатків бюджету в одному кварталі (місяці) за рахунок іншого періоду бюджетного року [3, с. 202; 5, с. 240].

Слід зазначити, що чинне бюджетне законодавство на сьогодні не встановлює будь-яких вимог до пропорційного скорочення видатків або їх пропорційного фінансування. Принцип збалансованості, визначений п. 2 ст. 7 БК України, передбачає, що повноваження на здійснення витрат бюджету мають відповідати обсягу надходжень до бюджету на відповідний бюджетний період. Цей принцип є наближеним за суттю до таких вимог, проте ним не визначається, оскільки не встановлює будь-яких конкретних вимог. Єдиним нормативно-правовим актом, який до моменту набрання чинності Бюджетним кодексом визначав необхідність дотримання вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету та вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів та визначав відповідальність за їх недотримання, був Закон України «Про бюджетну систему України» від 05.12.1990 р., який втратив чинність 21.06.2001 р. [11, с. 36].

Слід зазначити, що наведене у ст. 119 БК України визначення нецільового використання бюджетних коштів є занадто вузьким. Виходячи із змісту норм БК України, нецільове використання бюджетних коштів може бути вчинене лише розпорядниками бюджетних коштів (п. 36 ч. 1 ст. 2, статті 21, 22 БК). При цьому цільове призначення коштів

встановлюється бюджетними призначеннями (п. 9 ч. 1 ст. 2, ст. 23 БК), виділеними бюджетними асигнуваннями (п. 7 ч. 1 ст. 2 БК) або кошторисом (ч. 2 ст. 51 БК).

Не утворює нецільового використання бюджетних коштів [12, с. 95]:

- використання бюджетних коштів їх одержувачем на цілі, що не відповідають плану використання бюджетних коштів, правовим підставам їх одержання (наприклад, нецільове використання коштів, виділених із бюджету небюджетним установам для фінансування певних програм);

- порушення встановленого законом порядку закупівлі за бюджетні кошти товарів, оплати робіт і послуг;

- незаконне отримання з відповідного бюджету компенсацій за раніше понесені витрати й їх використання на власні потреби;

- порушення службовими особами органів Державного казначейства встановлених законом правил розрахункового обслуговування бюджетів, розпорядників і одержувачів бюджетних коштів; правил перерахування міжбюджетних трансфертів у формах, пов'язаних із використанням бюджетних коштів.

Таким чином, аналіз теоретичного та практичного аспектів кримінально-правового регулювання боротьби із порушеннями бюджетного законодавства в Україні свідчить, що існує певна неузгодженість норм КК і БК щодо відповідальності за порушення бюджетного законодавства. З урахуванням цього об'єктивну сторону цього злочину слід характеризувати чотирма формами діяння: використання бюджетних коштів у супереччя їх цільовому призначенню; використання бюджетних коштів в обсягах, що перевищують затверджені межі видатків; недотриманням вимог щодо пропорційного скорочення видатків бюджету; недотриманням вимог щодо пропорційного фінансування видатків бюджетів усіх рівнів. Проте з огляду на положення ст. 119 БК України бюджетним правопорушенням визнається лише нецільове використання бюджетних коштів, тобто тільки перша із зазначених форм.

The paper suggests some conceptual and theoretical issues in the organization to combat violations of budget legislation in Ukraine. The attention is focused on the fact that among the problems of theoretical and practical relevance is to overcome the inconsistency of normative and legal framework, which establishes liability for violation of budgetary legislation, in particular terminological uncertainty of action, which are actually misuse of budget funds.

В статье исследуются отдельные концептуально-теоретические вопросы в сфере организации борьбы с нарушением бюджетного законодательства в Украине.

Література

1. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до статті 210 Кримінального кодексу України щодо удосконалення кримінальної відповідальності за порушення бюджетного законодавства». – http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=35143&pf35401=140818.

2. Степанюк Р. Л. Актуальні проблеми розслідування злочинів, пов'язаних з порушеннями бюджетного законодавства // Вісник Луганського інституту внутрішніх справ МВС України: Спец. вип. У 4 ч. – Луганськ, 2000. – Ч. 2. – С. 63–67.

3. Волобуєв А., Степанюк Р. Особливості механізму злочинних порушень бюджетного законодавства // Вісник Академії правових наук України. – 2003. – № 4. – С. 198–208.

4. Юрченко О. М. Відповідальність за злочини у сфері господарської діяльності: питання боротьби з організованою злочинністю // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2005. – № 12.

5. Кримінальне право України: Особлива частина / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К., 2008.

6. Кримінальне право України: Особлива частина / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2004.

7. Андрушко П. П. Кримінальна відповідальність за порушення законодавства про бюджетну систему (коментар статей 803 і 804 КК України) // Вісник Верховного Суду України: Додаток до журналу. – 1998. – № 2.

8. Мельник Н., Хавронюк Н. Уголовная ответственность за нарушения бюджетного законодательства: комментарий // Предпринимательство, хозяйство и право. – 1997. – № 11. – С. 25–33.

9. Протидія економічній злочинності / П. І. Орлов, А. Ф. Волобуєв, І. М. Осика та ін. – Х., 2004.

10. Гуророва Н. О. Кримінально-правова охорона державних фінансів в Україні. – Х., 2001.

11. Саєнко В. Нормативно-правове регулювання взаємодії органів державної контрольно-ревізійної служби в Україні з правоохоронними органами // Юридичний журнал. – 2004. – № 11.

12. Степанюк Р. Л. Підвищення ефективності боротьби зі злочинними порушеннями бюджетного законодавства України: проблеми і пропозиції // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки». Том 19 (58), № 1. – 2006. – 95 с.



ХАРАКТЕРИСТИКА УМИСНОЇ ФОРМИ ВИНИ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 306 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Юлія Старук,

викладач кафедри кримінального права
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті розглядається вина як ознака суб'єктивної сторони злочину, передбаченого ст. 306 КК України, визначається, що використання наркодоходів вчиняється з прямим умислом, який включає інтелектуальний момент – усвідомлення суспільної небезпеки або протиправності діяння.

Ключові слова: використання наркодоходів, суб'єктивна сторона, умисел, суспільна небезпека, протиправність.

Збільшення кількості злочинів у сфері обігу наркотиків, їх небезпека для суспільства й отримання значних прибутків від таких діянь зумовили встановлення кримінальної відповідальності за використання майна, здобутого від вчинення злочинів у сфері обігу наркотиків.

Незважаючи на увагу, яку приділяють проблемам кримінальної відповідальності за використання наркодоходів такі вчені, як П. Андрушко, Ю. Баулін, А. Беніцький, О. Лемешко, А. Музика, І. Поплавський, М. Стрюк, Є. Фесенко, М. Хруппа, питання суб'єктивної сторони цього злочину залишаються не достатньо висвітленими в літературі.

Мета цієї статті – дослідити суб'єктивну сторону використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, у частині характеристики форми вини, на підставі чого сформулювати авторську позицію з цього питання.

Стаття 306 Кримінального кодексу (далі – КК) України не містить прямої вказівки на форму вини, але науковці визначають, що використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, може бути вчинене лише з прямим умислом [1, с. 190; 2, с. 169–179; 3, с. 41; 4, с. 172; 5, с. 341]. На нашу думку, така точка зору є цілком логічною. Оскільки у диспозиції ст. 306 КК України не йдеться про наслідки використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, це злочин з формальним складом, якому в теорії кримінального права властивий саме прями́й умисел [6, с. 81]. Більше того, у третій формі об'єктивної сторони використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, законодавець як

обов'язкову ознаку передбачає мету – продовження незаконного обігу наркотиків, а це також свідчить про те, що злочин може бути вчинений лише з прямим умислом.

Вважаючи зміст умислу центральною категорією при характеристиці суб'єктивної сторони, пропонуємо розглянути складові елементи умислу – його інтелектуальний і вольовий моменти.

Як правило, компоненти прямого умислу в злочинах із формальним складом розглядаються таким чином: інтелектуальний момент включає усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння, але моменту передбачення суспільно небезпечних наслідків у цьому випадку немає, оскільки наслідки як обов'язкова ознака законодавчо не передбачені. Тому вольова ознака умислу переноситься з бажання настання наслідків на бажання діяти певним чином [7, с. 115–118; 8, с. 86; 9, с. 169–170; 10, с. 470]. Вважаємо, що така позиція суперечить законодавчому визначенню умислу, оскільки у ст. 24 КК України йдеться про бажання або небажання наслідків, але в жодному разі не дії, тобто запропоновані дефініції умислу в злочинах із матеріальним складом [11, с. 83]. З огляду на це, ми поділяємо точку зору вчених, які вважають, що діяння як таке не є предметом бажання, ним є результат діяння. Жодні відтінки вольового ставлення суб'єкта до самого діяння не впливають на форму вини. Якщо він скоює суспільно небезпечне діяння, усвідомлюючи його характер, питання про те, чи бажав він вчинити це діяння, позбавлене кримінально-правового значення [8, с. 81].

На нашу думку, абсурдною є ситуація, за якої особа, яка вчиняє дію, усвідомлює її суспільно небезпечний характер, але не бажає її вчинення. Р. Вереша зазначає, що саме діяння

є вольовим актом, через це словосполучення «вольове діяння» є тавтологією [12, с. 151].

Відсутність моменту передбачення у злочинах з формальним складом пояснюється, на думку Г. Злобіна та Б. Нікіфорова, тим, що у злочинах з формальним складом суспільно небезпечний результат є органічно включеним у дію. У цих випадках скоєння дії є разом із тим і спричиненням результату, тому передбачення суспільно небезпечного результату окремо від усвідомлення суспільно небезпечного характеру дії в цьому випадку не може мати місця [13, с. 38].

Ми вважаємо, що пропозиція включення результату в діяння призведе до ототожнення ознак матеріального та формального складів злочину, оскільки вчинення будь-якого злочину, незалежно від конструкції об'єктивної сторони, дійсно тягне за собою настання певних суспільно небезпечних наслідків, але різниця між злочином з матеріальним складом та злочином з формальним складом якраз і полягає у включенні в першому випадку законодавцем до обов'язкових ознак об'єктивної сторони злочину суспільно небезпечних наслідків.

Для будь-яких складів злочину одночасне існування в інтелектуальному компоненті умислу моменту усвідомлення та передбачення виключає М. Іванов. На його думку, передбачати не усвідомлюючи неможливо, оскільки передбачаючи настання наслідків, суб'єкт усвідомлює розвиток причинного зв'язку і характер певного злочинного наслідку (у злочинах з матеріальним складом). Тому в злочинах з матеріальним і формальним складом не треба виділяти передбачення як окремих компонентів умислу [14, с. 17]. Отже, у злочинах з формальним складом для висновку про наявність умисної вини необхідно довести тільки усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння, тобто одну ознаку умислу. Слід ззначити, що це представляє певну складність, оскільки у теорії кримінального права під суспільною небезпечкою пропонують розуміти здатність діяння завдати (або створити загрозу завдання) шкоди суспільним відносинам.

Деякі фахівці обґрунтовано піддають сумніву здатність пересічного громадянина усвідомлювати поняття «суспільна небезпека» і розуміти його в усіх життєвих ситуаціях. Оскільки цей термін абстрактний, то він дуже складний для осмислення людиною середнього рівня, тому що потребує високого рівня розвитку індивідуальної свідомості [11, с. 83].

Чітке усвідомлення особою суспільної небезпеки відбувається при вчиненні злочинів

проти життя та здоров'я людини, статевої недоторканності і свободи, злочинів проти власності. Це зумовлено тим, що особа знаходиться у суспільстві, де велику роль відіграють норми моралі, на яких і ґрунтуються, перш за все, кримінально-правові заборони вчиняти перелічені злочини. Крім того, переважна більшість вказаних злочинів за конструкцією об'єктивної сторони є злочинами з матеріальними складами, отже усвідомлення суспільної небезпеки спрощується через розуміння настання наслідків від певного діяння.

Через злочин, передбачений ст. 306 КК України, є злочином з формальним складом, а також через складну правову природу використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, певні труднощі представляє усвідомлення особою суспільної небезпеки цього злочину.

У доктрині кримінального права існує позиція, згідно з якою в деяких випадках усвідомлення особою суспільної небезпеки своїх дій може розглядатися як розуміння спричинення шкоди суспільним відносинам та як розуміння особою фактичних обставин, передусім, способу вчинення злочинних дій. Але особа, розміщуючи гроші, отримані від збуту наркотиків, у банку, розуміє фактичні обставини своїх дій, проте це в жодному разі не свідчить про усвідомлення нею суспільної небезпеки відмивання наркодоходів, а підтверджує лише осудність такої особи.

У випадках відмивання наркодоходів цілком очевидно є необхідність у тому, щоб дії, які скоює злочинець, мали вигляд законних. Для цього особі необхідно докласти зусиль, щоб злочинне джерело походження майна залишилося поза увагою правоохоронних органів. Так, за даними Державного комітету фінансового моніторингу України, найбільш розповсюджені сучасні схеми відмивання містять багато різнопланових елементів та інструментів реалізації. На сьогодні серед існуючих механізмів відмивання доходів, отриманих злочинним шляхом, заслуговують на увагу такі, як діяльність «конвертаційних центрів», непродуктивний відплив коштів за кордон, операції із «сміттєвими» цінними паперами, операції, пов'язані з купівлею-продажем землі та нерухомості [15].

Дуже часто особа, щоб відмити наркодоходи, а потім не бути викритою, повинна ознайомитися з нормативними актами, які складають галузеве господарське та фінансове законодавство. Тільки після того, як злочинцеві будуть відомі правила, особливі процедури, форми відповідних документів, за допомогою яких він зможе розпорядитися

майном, здобутим від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, без можливості викриття злочинного джерела походження майна, особа розпочне виконувати дії щодо легалізації наркодоходів. Наприклад, за допомогою фальшивих документів або шляхом подібнення великої суми грошей особа розміщує наркодоходи у фінансових установах, усвідомлюючи, що такі дії здійснюються шляхом порушення закону або задля унеможливлення викриття. Таким чином, особа, яка усвідомлює, що її дії з розпорядження майном, здобутим від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, суперечать чинному законодавству (не тільки кримінальному, а й господарському або цивільному) розуміє протиправність своїх дій.

Протиправність можна розуміти як вчинення особою діяння, що заборонене будь-якими нормами права. Конституція України закріпила презумпцію знання особою закону (ч. 2 ст. 68), тому, як пояснюється у літературі, у кримінальному законодавстві усвідомлення злочинцем протиправності вчинюваних дій не включене до змісту умислу.

Незважаючи на те, що КК України не зазначає протиправність при визначенні умислу, серед учених існують прихильники зворотної точки зору [16, с. 662]. Так, при характеристиці суб'єктивної сторони використання нарकोдоходів О. Лемешко включає до інтелектуального моменту прямого умислу протиправність не лише дій, описаних в об'єктивній стороні злочину, передбаченого ст. 306 КК України, а й зазначає протиправний характер походження предмета злочину [3, с. 41]. Ще М. Таганцев зазначав, що відсутність усвідомлення заборонності скоєного усуває умисність злочинного посягання при всіх злочинних посяганнях [17, с. 463].

На нашу думку, у випадках, коли суспільна небезпека скоєних дій не є очевидною (як при відмиванні нарकोдоходів) цілком доречно встановлювати усвідомлення злочинцем саме протиправності своїх дій. Якщо особа розуміє, що вчиняє дії з майном, здобутим від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, тобто від операцій з предметами, виключеними з вільного цивільного обігу, то вона має усвідомлювати незаконність своїх дій щодо розпорядження таким майном як шляхом легалізації, так і для продовження незаконного обігу наркотиків. Зокрема, якщо особа розуміє, що вчинення певних дій з наркотиками є незаконним або злочинним, то таким саме незаконним (злочинним) є розпорядження майном, отриманим від таких дій.

Ми підтримуємо пропозиції правників щодо включення суб'єктивного усвідомлення протиправності вчиненого в структуру інтелектуального елемента умислу [18, с. 29]. Зокрема, визначення умислу, запропоноване І. Шишко, прийнятне і для українського законодавства: злочин визнається вчиненим з прямим (непрямим) умислом, якщо особа усвідомлювала суспільну небезпеку або протиправність своїх дій (бездіяльності) [19, с. 58]. Так само, коли майно, здобуте від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, залишається «у тіні», тобто виступає засобом вчинення злочинів у сфері обігу наркотиків, можна вести мову про усвідомлення суб'єктом використання нарकोдоходів протиправності своїх дій. Разом із тим у таких випадках особа може усвідомлювати й суспільну небезпеку вчиненого. Це можна пояснити тим, що при використанні нарकोдоходів для продовження наркообігу особа може усвідомлювати небезпеку своїх дій для здоров'я особи, яка виступає кінцевим споживачем наркотику.

Розглядаючи інтелектуальний момент прямого умислу при використанні майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, на особливу увагу заслуговує питання щодо усвідомлення особою злочинного джерела походження майна. Йдеться про випадки використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, іншою особою. Іншими словами, необхідно визначити, чи усвідомлювала особа, що майно, яке вона використовує, здобуте саме від вчинення злочину, передбаченого статтями 305, 307, 308, 310–313, 317–320 КК України [20, с. 111–115]. Слід зазначити, що деякі дослідники суб'єктивної сторони злочину, наприклад А. Рарог, не включають до ознак суб'єктивної сторони завідомість, оскільки вона є не самостійним елементом психічної діяльності людини, а особливим технічним прийомом, який застосовується для характеристики суб'єктивної сторони злочину. Він означає спосіб вказівки в законі на те, що суб'єкт при вчиненні діяння достовірно знав про наявність тих чи інших обставин, які мають суттєве значення для кваліфікації злочину чи для призначення покарання [21, с. 12]. Так позиція не є безспірною, оскільки, на нашу думку, завідомість можна розглядати як органічно включений до компонента усвідомлення елемент. До речі, саме так розуміють завідомість деякі науковці. На думку П. Орлова, завідомість передбачає обізнаність особи з певними обставинами, отже, є ознакою, яка характеризує інтелектуальний момент вини. Якщо вказівка на завідомість стосується

ся не тільки настання наслідків, то вона характеризує лише частину інтелектуального моменту вини – усвідомлення [22, с. 54–56].

Питання «завідомості» з різним ступенем розроблення, висвітлювали і дослідники ст. 306 КК України [3, с. 45–47; 4, с. 173]. На нашу думку, перш за все, необхідно визначити зміст цього терміна. Згідно з тлумачним словником, «завідомо» означає наперед, заздалегідь, свідомо, знаючи наперед [23, с. 688]. Близький до цього термін «завідомість» вказує також, з якого часу суб'єкт має знати про фактичні обставини, з котрими закон її пов'язує. Вона означає, що особа знає про ці обставини завчасно, до початку вчинення діяння, яке утворює об'єктивну сторону конкретного складу злочину [22, с. 55].

Досить ґрунтовно поняття й ознаки «завідомості» дослідили автори, які розглядали відповідальність за придбання або збут майна, добутого злочинним шляхом, оскільки саме в цьому злочині обов'язковим елементом складу злочину є «завідомість» щодо злочинного походження майна. Так, на думку В. Кузнецова, завідомість означає, що свідомістю отримувача майна охоплюється злочинна діяльність інших осіб, тобто тих, які здобули майно шляхом вчинення злочину. Усвідомлення попередньої злочинної діяльності інших осіб необов'язково повинні охоплюватися фактичні обставини та деталі злочину, спосіб його вчинення. Достатньо загальної обізнаності [24, с. 64]. Отже, термін «завідомо» означає, що особа при використанні злочинного майна, якщо вона не вчиняла предикатного злочину, повинна мати уявлення про останній. Що стосується обсягу усвідомлення особою обставин предикатного злочину, то, на нашу думку, достатнім є розуміння особою того, що майно отримане від злочину у сфері обігу наркотиків. Інформація про обізнаність щодо предмета такого злочину чи конкретних обставин вчинення не має істотного значення.

У випадку коли особа вважає, що легалізує майно, здобуте від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, а насправді таке майно здобуте від іншого злочину, її дії необхідно кваліфікувати за сукупністю статей: як замах на вчинення злочину, передбаченого ст. 306 КК України (помилка в предметі злочину), і за ст. 209 КК України (якщо предикатне діяння відповідає ознакам предикатного злочину, зазначеного у примітці до ст. 209 КК України). Якщо особа вважає, що використовує майно, здобуте від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, для вчинення нового злочину у сфері обігу нарко-

тиків, а виявляється, що таке майно здобуте від іншого злочину, дії особи необхідно кваліфікувати за сукупністю статей: як замах на вчинення злочину, передбаченого ст. 306 КК України (помилка в предметі злочину), і за відповідною статтею розділу XIII Особливої частини КК України «Злочини у сфері обігу наркотичних засобів, психотропних речовин їх аналогів або прекурсорів та інші злочини проти здоров'я населення». Так само, якщо особа вважає, що відмиває наркодоходи, а виявляється, що майно здобуте не від злочину, а від законної діяльності, особа підлягає кримінальній відповідальності за замах на вчинення злочину, передбаченого ст. 306 КК України.

Висновки

Суб'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 306 КК України, характеризується прямим умислом, який включає до свого складу інтелектуальний момент. Ознаками останнього є усвідомлення суспільної небезпеки або протиправності використання майна, здобутого від вчинення злочину у сфері обігу наркотиків, а також розуміння особою того, що майно отримане від злочину у сфері обігу наркотиків. Інформація про обізнаність щодо предмета такого злочину чи конкретних обставин його вчинення не має істотного значення.

Література

1. Селіванов М. П., Хрунпа М. С. Антинаркотичне законодавство України: Історія. Теорія. Коментар. – К., 1997. – 352 с.
2. Музика А. А. Відповідальність за злочини у сфері обігу наркотичних засобів. – К., 1998. – 324 с.
3. Лемешко О. М. Кримінально-правова оцінка легалізації наркодоходів. – Х., 2004. – 112 с.
4. Андрушко П. П., Короткевич М. Є. Кримінальна відповідальність за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом. – К., 2005. – 296 с.
5. Беницкий А. С., Розовский Б. Г., Якимов О. Ю. Ответственность за легализацию преступно приобретенных доходов в уголовном законодательстве Украины и Российской Федерации. – Луганск, 2008. – 496 с.
6. Хавронюк М. Деякі проблеми встановлення вини // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 2. – С. 79–86.
7. Никифоров Б. С. Субъективная сторона в «формальных» преступлениях // Советское государство и право. – 1971. – № 3. – С. 115–118.
8. Дагель П. С., Котов Л. П. Субъективная сторона и ее установление. – Воронеж, 1974. – 243 с.
9. Кримінальне право України: Загальна частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривоченко та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2007. – 496 с.

10. Уголовное право России: Общая часть / Под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. – СПб., 2006. – 1064 с.
11. Казміренко Л. Г., Мартенко О. Л. Кримінальний кодекс України: психологічний аналіз кримінально-правових понять. – К., 2008. – 184 с.
12. Вереша Р. В. Поняття вини як елемент змісту кримінального права України. – К., 2005. – 224 с.
13. Злобин Г. А., Никифоров Б. С. Умысел и его формы. – М., 1972. – 262 с.
14. Иванов Н. Умысел в уголовном праве России // Российская юстиция. – 1995. – № 12. – С. 16–18.
15. Звіт Державного комітету фінансового моніторингу України за 2008 рік. // Сайт Державного комітету фінансового моніторингу України. – Режим доступу: http://www.sdfm.gov.ua/content/File/Site_docs/2009/17.04.09/Zvit_DKFM_2008.pdf.
16. Энциклопедия уголовного права. – СПб., 2005. – Т. 4. – 800 с.
17. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. – Тула, 2001. – Т. 1. – 800 с.
18. Есаков Г. А., Рагулина А. В., Юрченко И. А. Осознание как компонент интеллектуального элемента умысла: дискуссионные вопросы // Государство и право. – 2004. – № 6. – С. 24–30.
19. Шишко И. Вина и преступления в сфере экономической деятельности // Уголовное право. – 2002. – № 3. – С. 55–59.
20. Старук Ю. О. Особливості бланкетної диспозиції статті 306 КК України // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2009. – № 3. – С. 111–115.
21. Парог А. И. Субъективная сторона и квалификация преступлений. – М., 2001. – 136 с.
22. Орлов П. Завідомість як ознака вини // Радянське право. – 1984. – № 6. – С. 54–57.
23. Новий тлумачний словник української мови. – К., 2006. – Т. 1. – 928 с.
24. Кузнецов В. А. Борьба с преступным приобретением и сбытом имущества. – К., 1970. – 160 с.

In the article the author considers guilt as a characteristic of the subjective side of a crime prescribed by the art. 306 of the Criminal Code of Ukraine. It is established that the use of proceeds gained from drug trafficking is committed with a direct intent which implies intellectual aspect, namely recognition of social danger, or illegality of the act.

В статье рассматривается вина как признак субъективной стороны преступления, предусмотренного ст. 306 УК Украины, определяется, что использование наркодоходов совершается с прямым умыслом, который включает интеллектуальный момент – осознание общественной опасности или противоправности деяния.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

Постановою президії ВАК України
від 16 грудня 2009 р. № 1-05/6
журнал «Підприємництво, господарство і право»
внесено до списку наукових видань, в яких
можуть публікуватися основні результати
дисертаційних робіт у розділі

Юридичні науки

СУСПІЛЬНА НЕБЕЗПЕЧНІСТЬ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 162 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ (порушення недоторканності житла)



Юлія Жмур,

аспірантка кафедри цивільного та кримінального права
Національного педагогічного університету ім. М. П. Драгоманова

У статті розкривається поняття «суспільна небезпечність», доводиться небезпечність злочину «порушення недоторканності житла», а також те, що цей злочин перш за все порушує права людини та громадянина, що гарантуються Конституцією України.

Ключові слова: суспільна небезпечність злочину, вторгнення, обшук, виїмка, житло, інше володіння.

Однією з найбільш актуальних проблем сучасності є проблема захисту прав людини. Світове співтовариство, зокрема, країни світу, що відносяться до високо розвинутих, вважають, що для прогресивного розвитку та процвітання необхідним є дотримання та захист прав і свобод людини та громадянина. Правам людини присвячена велика кількість конституційних норм. Дослідження проблем, пов'язаних з дотриманням і захистом прав людини, має важливе значення, і навряд чи можна віднайти більш вагомую та складну проблему, ніж права людини.

Важливою ознакою Конституції України є її гуманістична спрямованість. Це виявляється у тому, що майже третину статей Основного Закону присвячено правам і свободам людини та громадянина. У ньому закріплено низку таких прав і свобод, яких не було у попередніх українських конституційних актах. Більше того, конституційні положення з цих питань, як змістовно, так і текстуально збігаються з положеннями, зафіксованими у фундаментальних міжнародно-правових актах [1, с. 60].

Основні права та свободи людини – це певна гарантована законом міра свободи (можливості) людини, яка, відповідно до досягнутого рівня еволюції людства, здатна забезпечити її існування та розвиток у конкретно-історичних умовах [1, с. 56].

Особисте та сімейне життя у деяких правових і літературних джерелах визначається як життєдіяльність людини в особливій сфері сімейних, побутових, особистих, інтимних відносин, які не підлягають контролю з боку держави, громадських організацій, громадян.

Право на недоторканність житла (ст. 30 Конституції України) є правом кожного на гарантовану державою охорону житла від незаконного вторгнення, проникнення та інших посягань з боку будь-яких суб'єктів конституційно-правових відносин.

Важливе значення для забезпечення недоторканності особистого життя (житла), мають міжнародні документи. У ст. 12 Загальної декларації прав людини зазначається, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте та сімейне життя, посягання на недоторканність житла, тайну кореспонденції або на її честь і репутацію. Кожна людина має захист закону від такого втручання або посягання.

У Міжнародному пакті про громадянські та політичні права вказано, що ніхто не повинен зазнавати свавільного чи незаконного втручання в особисте та сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність життя або таємницю кореспонденції, незаконних посягань на честь і репутацію особи (ст. 17). Кожна людина має захист закону від такого втручання чи таких посягань.

У статті 8 Конвенції про захист прав людини та основних свобод записано, що кожен має право на повагу до приватного і сімейного життя, до житла, до таємниці кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права інакше ніж згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної та громадянської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Дослідженню небезпечності злочину «порушення недоторканності житла» приділяють увагу такі фахівці з кримінального права, як В. Маляренко, М. Мельник, М. Хавронюк, П. Матишевський, М. Коржанський, П. Андрушко, С. Ільченко, С. Фетисенко, В. Клименко, В. Тацій та ін., а також науковці, які досліджують конституційне право, – В. Погорілко, Ю. Шемшученко, І. Шумак та ін. Питання небезпечності злочину «порушення недоторканності житла» регулюється не лише Кримінальним кодексом (далі – КК), а й Конституцією України, Цивільним кодексом (далі – ЦК), Житловим кодексом (далі – ЖК), адже, перш за все, це порушення особистих, невід’ємних прав людини та громадянина.

На жаль, проблема визначення суспільної небезпечності злочину «порушення недоторканності житла» до кінця не вирішена. Перш за все, необхідно визначити поняття «житло», «інше володіння особи», «проникнення в житло чи інше володіння особи», «невідкладність випадків проникнення в житло чи інше володіння без постанови судді», «технічні засоби отримання інформації» тощо.

Мета цієї статті – дослідити ступінь суспільної небезпечності злочину, передбаченого ст. 162 КК України «Порушення недоторканності житла», історіографію питання криміналізації даного злочину.

Злочин – ключове поняття кримінального права, що відображає соціальну суть законодавства, його основні інститути, а також кримінальну політику держави в боротьбі із злочинністю. Визначення злочину дав італієць Ч. Беккарія. Він вважав, що злочин – це діяння, що спричиняє шкоду суспільству; краще запобігти злочину, ніж за нього карати [2, с. 10].

У КК України зазначається, що злочин – це суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб’єктом злочину [3, с. 46]. Отже, злочин є суспільно небезпечним діянням, а суспільна небезпека злочину – це обов’язкова ознака злочину, що розкриває його соціальну сутність. Це об’єктивна властивість злочину (дії чи бездіяльності) заподіювати істотну шкоду (матеріальну, майнову чи фізичну; політичну, організаційну, моральну тощо) або створювати реальну загрозу заподіювання її суб’єктам суспільних відносин [4, с. 726].

О. Піонтовський визначив поняття «суспільно небезпечне діяння» як соціально-політичну характеристику злочинного діяння

в цілому, об’єктивну суспільну сторону будь-якого злочину. Суспільна небезпека – це протиправність [5, с. 131]. Суспільна небезпека злочинного діяння породжується тим, що воно безпосередньо наносить шкоду суспільним відносинам або має можливість спричинити певну шкоду [5, с. 132].

Суспільно небезпечне діяння, на думку В. Філімонова, слід розглядати як динамічне явище, тобто як процес перетворення зовнішнього середовища [6, с. 175, 176].

М. Коржанський вважає, що суспільна небезпечність дії – це її спрямованість на певний суб’єкт і заподіяння йому шкоди. Дія завжди вчиняється в певних умовах місця, часу, обставин. Зовні дія виявляється у формі слів, жестів, фізичного впливу, використання знарядь злочину [7, с. 152]. З цієї точки зору проаналізуємо диспозицію ст. 162 КК України: «незаконне проникнення до житла чи до іншого володіння особи». Суспільно небезпечним діянням тут є проникнення. Саме «проникнення» є певною дією, суспільно небезпечним діянням. З цього слідує, що й порушення недоторканності житла здійснюється за допомогою дії, а не бездіяльності.

Під незаконним проникненням до житла чи іншого володіння особи слід розуміти будь-яке вторгнення у житло (інше володіння), здійснене всупереч волі законного володільця, за відсутності визначених законом підстав чи в порушення встановленого законом порядку [3, с. 404].

Конституція України як Основний Закон визначає, що не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду (ст. 30). Проникнення в житло сторонніх може бути лише за добровільною згодою власника на таку дію. Якщо згода отримана в результаті насильства або погрози, то виключається і правомірність проникнення.

Постанова Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про злочини проти власності» від 06.11.2009 р. № 12 визначає поняття «проникнення» (п. 22). Під проникненням у житло, інше приміщення чи сховище слід розуміти незаконне вторгнення до них будь-яким способом (із застосуванням засобів подолання перешкод або без їх використання; шляхом обману; з використанням підроблених документів тощо або за допомогою інших засобів), який дає змогу винній особі викрасти майно без входу до житла, іншого приміщення чи сховища.

Суспільна небезпечність порушення недоторканності житла виражається також у

формі незаконного проведення огляду й обшуку у житлі. Під незаконним оглядом розуміють проведення такої слідчої дії, як огляд житлового приміщення чи іншого володіння особи з недотриманням вимог щодо підстав його проведення або з порушенням процесуального порядку його проведення (проведення з іншою метою, ніж це передбачено кримінально-процесуальним законодавством, без понятих, без складання протоколу тощо). Відповідно до кримінально-процесуального законодавства, огляд житла чи іншого володіння особи провадиться лише за вмотивованою постановою судді, яка виноситься з дотриманням встановленого законом порядку. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей і майна, а також за письмовою згодою володільця огляд житла чи іншого володіння особи може бути проведено без постанови судді.

Для проведення у невідкладних випадках огляду місця події в житлі чи іншому володінні особи, який здійснюється за її заявою або повідомленням про вчинений щодо неї злочин, а так само у разі відсутності цієї особи або неможливості отримати від неї згоду на проведення невідкладного огляду місця події, рішення суду не потрібно [3, с. 404].

Обшук вважається незаконним, якщо він здійснений:

- приватною особою; службовою особою, у тому числі з правоохоронних органів, яка не має права його проводити;
- службовою особою, яка відповідно до закону наділена правом проведення обшуку (слідчим, працівником органу дізнання), але за відсутності підстав для проведення обшуку (коли не порушено кримінальну справу або за відсутності достатніх даних про те, що знаряддя злочину, речі і цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини у справі або забезпечення цивільного позову, заховані в певному приміщенні або там переховується злочинець); з порушенням процесуального порядку його проведення (без вмотивованої постанови судді, без участі понятих, без складання протоколу, без роз'яснення обшукуваним, понятим і відповідним представникам їх прав тощо).

Відповідно до кримінально-процесуального законодавства, обшук житла чи іншого володіння, за винятком невідкладних випадків, провадиться лише за вмотивованою постановою судді. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, обшук жит-

ла чи іншого володіння особи може бути проведено без постанови судді. При цьому в протоколі зазначаються причини, що зумовили проведення обшуку без постанови судді [3, с. 405]. Підстави та порядок проведення огляду й обшуку житла чи іншого володіння особи, регламентуються статтями 190, 191, 178, 180, 183 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України.

Згідно із ст. 14¹ КПК обшук, виїмка, огляд приміщення у громадян, накладення арешту на кореспонденцію та виїмка її в поштово-телеграфних установах провадиться тільки на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом. Виїмка можлива під час огляду чи обшуку житла або іншого володіння особи, а також як самостійна слідча дія. Виникає питання: чому у Конституції України (ст. 30) нічого не сказано про виїмку?

Всім відомо, що права людини та громадянина є основними та невід'ємними. То ж порушуючи їх (незаконним оглядом, обшуком, виїмкою) створюється певна суспільна небезпека як для особи, так і для того, що знаходиться в житлі. У статті 63 Конституції України закріплено принцип свободи від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів. У зв'язку з цим можна стверджувати, що незаконний обшук, огляд чи виїмка порушує цей принцип [8, с. 76].

Конституційний принцип недоторканості житла й іншого володіння взаємодіє з іншим конституційним принципом – таємницею листування, телефонних розмов, телеграфної й іншої кореспонденції. Гарантії цієї таємниці закріплені ст. 31 Конституції України. Листування, телефонний чи радіозв'язок, будь-яка інша кореспонденція є засобами передачі інформації на відстань. До кола такої інформації може входити і така, що носить особистий характер. Незважаючи на те, що приватна інформація може курсувати відокремлено від особи, в останньої завжди залишається право на її конфіденційність (приватність). У зв'язку з тим, що інформація особистого характеру, яка вже набула форми для передачі на відстань, може утворюватися та зберігатися у житлі чи іншому володінні особи, або із вказаних об'єктів людського буття йде її передача за допомогою засобів зв'язку, то необхідно визнати, що гарантії одного конституційного принципу можуть взаємодіяти з гарантіями іншого та підсилювати своє юридичне значення у забезпеченні прав особи [8, с. 78].

Деякі автори обґрунтовано вважають, що прослуховування телефонних переговорів прирівнюється до обшуку, а фіксація такої

інформації – до виявлення доказів. З цим погоджується В. Маляренко. Ми поділяємо таку думку. Порушення недоторканності житла чи іншого володіння можна здійснити шляхом встановлення та закріплення різного роду пристроїв для стеження за особою в житлі, автомобілі, офісі, на одязі особи тощо. Проте законність такого стеження не повністю врегульоване КПК України.

Ще одним суспільно небезпечним діянням є незаконне виселення. Під незаконним виселенням слід розуміти виселення із займаного житлового приміщення за відсутності підстав або з порушенням порядку, встановленого законом. Відповідно до чинного законодавства примусове виселення громадянина може мати місце лише за рішенням суду у визначених законом випадках. Незаконним слід визнавати також виселення, здійснене не уповноваженою на те особою [3, с. 405].

Статтею 47 Конституції України передбачається, що кожен має право на житло, ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. У статті 9 Житлового кодексу також зазначається, що ніхто не може бути виселений із займаного жилого приміщення або обмежений у праві користування жилим приміщенням інакше як з підстав і в порядку, передбаченому законом.

Суспільно небезпечними діяннями є й інші дії, що порушують недоторканність житла громадян (самовільне вселення до чужого житла, тимчасове використання житла без згоди його власника, незаконне проведення виїмки тощо). Термін «інші дії» дає підстави вести мову про те, що склад злочину, що розглядається, утворюють будь-які дії, що полягають у неправомірному проникненні у житло чи інше володіння громадянина.

Якщо проаналізувати ст. 162 КК України «Порушення недоторканності житла», то у санкції цієї статті чітко передбачено покарання у вигляді штрафу від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, або виправних робіт на строк до трьох

років; обтяжуючою ознакою злочину є дії, вчинені службовою особою із застосування насильства чи погрозою його застосування, які караються позбавленням волі на строк від двох до п'яти років.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що суспільна небезпечність злочину «порушення недоторканності житла» (ст. 162 КК України) є досить великою, адже це порушення статей Основного Закону, який надає громадянам невід'ємні права й обов'язки. Якщо порівняти санкції ст. 162 КК із суспільною небезпечністю злочину, то покарання за такий злочин є досить незначним як для такої суспільної небезпечності. А оскільки санкція завжди є відображенням злочину, то ми пропонуємо збільшити санкції за порушення недоторканності житла – замінити штраф виправними роботами, а виправні роботи – обмеженням і позбавленням волі на строк від 4 до 6 років, а за ч. 2 ст. 162 КК України (як кваліфікуючою ознакою злочину) збільшити покарання позбавленням волі на строк від 5 до 7 років.

Література

1. *Актуальні проблеми теорії та історії прав людини, права, держави і політології* / Під ред. Ю. М. Оборотова. – О., 2003. – 253 с.
2. *Кримінологія: Загальна та Особлива частина* / За ред. В. В. Голіни. – Х.
3. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2007. – 1183 с.
4. *Юридична енциклопедія*. – К., 2003. – Т. 5.
5. *Курс Советского уголовного права: В 6 т.* / Под ред. А. А. Пионтковского. – М., 1970. – Т. 2.
6. *Строган А. Ю.* Склад злочину, як підстава кримінальної відповідальності. – К., 2007.
7. *Коржанський М. Й.* Уголовне право України: Курс лекцій. Частина загальна. – К., 1996.
8. *Фетисенко К. Г., Лыченко С. Ю.* Конституційний принцип недоторканності житла й іншого володіння особи та його реалізація при впровадженні досудового розслідування. – Х., 2007. – 171 с.

The author of this article trying to expos concept public danger and to show considerable public danger crime (violation of inviolability of habitation), and also to show this type of crime inflicts large harm our rights which are guaranteed Constitution of Ukraine.

В статье раскрывается понятие «общественная опасность», доказывається опасность преступления «нарушение неприкосновенности жилья», а также то, что это преступление прежде всего нарушает права человека и гражданина, которые гарантируются Конституцией Украины.



ПРОБЛЕМИ СПІВВІДНОШЕННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ВЛАДОЮ АБО СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ І ПРИВЛАСНЕННЯ, РОЗТРАТИ АБО ЗАВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ ШЛЯХОМ ЗЛОВЖИВАННЯ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ СВОЇМ СЛУЖБОВИМ СТАНОВИЩЕМ

Марина Зенова,

Київський національний університет ім. Тараса Шевченка

У статті розглядаються проблеми співвідношення зловживання владою або службовим становищем і привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем, пропонуються шляхи їх розв'язання.

Ключові слова: зловживання владою або службовим становищем, заволодіння чужим майном, службова особа.

Проблема співвідношення юридичних складів злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ч. 2 ст. 191 Кримінального кодексу (далі – КК) України, в теорії та правозастосовчій практиці вирішується неоднозначно¹. Ця проблема досліджувалася вітчизняними науковцями, зокрема П. Матишевським, М. Коржанським, М. Мельником, О. Светловим, П. Андрушком та ін. Значну увагу співвідношенню зазначених юридичних складів злочинів приділяли російські вчені О. Сахаров, Е. Сінельнікова та ін. Разом із тим позиції авторів значною мірою різняться. Деякі криміналісти (П. Матишевський, О. Сахаров, О. Светлов, П. Андрушко) вважають, що юридичні склади злочинів, передбачених ч. 1 ст. 364 та ч. 2 ст. 191 КК України, є суміжними, інші (М. Коржанський, М. Мельник) вважають, що у даному разі має місце конкуренція кримінально-правових норм.

У період чинності КК 1960 р., коли мала місце диференціація кримінальної відповідальності за злочини проти власності залежно від її форми, існувала норма, яка передбачала відповідальність за заволодіння державним і колективним майном шляхом привласнення, розтрата чи зловживання службовим становищем П. Матишевський зазначав, що зловживання службовим становищем буде мати місце тоді, коли, зокрема, службова осо-

ба оформлює на роботу підставну особу, нараховує їй заробітну плату й отримує її за роботу, яка виконується самим винним. Хоча такі діяння службової особи вчиняються з корисливих спонукань, але вони не мають на меті обернути державні кошти на свою користь, не завдають матеріальної шкоди державній організації. У цьому випадку державні кошти, незаконно отримані винною особою, замінюються виконаною роботою [1, с. 92]. Отже, підхід П. Матишевського полягає у розмежуванні зазначених юридичних складів злочинів за характером мотиву. У той самий час він зазначає, що юридичний склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України (привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем), є спеціальним складом по відношенню до юридичного складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України (зловживання владою або службовим становищем).

Подібним до позиції П. Матишевського є підхід М. Коржанського, який вважає, що зазначені юридичні склади співвідносяться як загальний і спеціальний [2, с. 557], та наводить декілька критеріїв їх розмежування. М. Коржанський зазначає, що різниця між ними полягає у способах їх вчинення та у характері заподіяної шкоди [2, с. 267]. Юридичний склад злочину, передбаченого ч. 1 ст. 364 КК України, відрізняється від юридичного складу злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, тим, що зловживання службовим становищем хоч і вчиняється з корисливих спонукань, але не поєднане з безпосереднім вилученням майна з чужих фондів і безоплатним зверненням його у свою власність чи з передачею його у власність інших осіб [2, с. 558].

¹У статті розглядаються випадки, коли зловживання владою або службовим становищем вчиняється з корисливих мотивів і заподіює майнову шкоду, що досягає показника «істотна шкода», зазначеного в п. 3 примітки до ст. 364 КК України, а обернення чужого майна на свою користь особа здійснює шляхом заволодіння ним.

На думку М. Мельника, зловживання службовим становищем при вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, є способом заволодіння чужим майном і таким чином юридичний склад злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, утворює спеціальний склад службового зловживання [3, с. 176].

М. Мельник вказує, що зазначені юридичні склади злочинів співвідносяться як «частина» та «ціле», тобто кваліфікація відбувається за тією статтею, що передбачає відповідальність за «цілим» – за злочин, передбачений ч. 2 ст. 191 КК України [4, с. 457].

За ч. 2 ст. 191, а не за ч. 1 ст. 364 КК України, слід кваліфікувати, на думку М. Мельника, умисне та безпідставне отримання службовою особою з використанням свого службового становища чужого майна як премій, надбавок до заробітної плати, пенсій, допомоги, інших виплат. Крім того, М. Мельник вважає, що якщо службова особа спочатку звертає на свою користь чуже майно шляхом зловживання своїм службовим становищем, а потім з метою приховати вчинений злочин зловживає своїм службовим становищем, її дії потребують кваліфікації за правилами реальної сукупності [5, с. 444–445].

О. Сахаров вказував, що зазначені юридичні склади злочинів є суміжними і розмежування між ними слід проводити за мотивом. Як зловживання службовим становищем кваліфікуються дії службових осіб, які хоча й пов'язані із заподіянням шкоди, з оберненням майна на свою користь чи на користь інших осіб, проте здійснюється не з корисливих мотивів, не з метою отримання незаконної матеріальної вигоди. Тому не може розглядатись як заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем незаконне використання коштів на різноманітні потреби підприємства, якщо це здійснюється не з корисливих мотивів, а тому що підприємство знаходиться у скрутному фінансовому становищі та необхідні засоби, щоб розраховуватись з боргами [6, с. 199].

На думку О. Светлова, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовим становищем завжди полягає у безоплатному вилученні майна. Якщо ж таке вилучення відбувається із заміною його іншим майном чи грошовими коштами, то може йтися і про зловживання службовим становищем. У випадку, коли службова особа частково покриває вартість такого майна, слід виходити із характеру умислу та мети [7, с. 154]. Іншими словами, О. Светлов розглядає зазначені юридичні склади злочинів як суміжні.

П. Андрушко наголошує на тому, що основними розмежувальними ознаками зазначених злочинів є мотив і мета [8, с. 234]. Для

злочину, передбаченого ч. 2 ст. 191 КК України, обов'язковим є корисливий мотив (отримання вигоди майнового характеру) та мета (незаконно збагатитися чи збагатити іншу особу за рахунок обернення чужого майна на свою користь чи на користь інших осіб).

Слід зазначити, що така різноманітність підходів науковців до співвідношення юридичних складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ч. 1 ст. 364 КК України, зумовлена також формулюванням диспозиції ч. 2 ст. 191 КК України, з якої при буквальному тлумаченні кримінального закону випливає, що зловживання службовим становищем є способом заволодіння чужим майном. Проте, на нашу думку, зазначена юридична конструкція у теорії кримінального права та правозастосовчій практиці «наповнюється» більш широким змістом.

Очевидно, можливі 3 кримінально-правові ситуації, в яких службова особа заволодіває чужим майном. *Перша ситуація* – зловживання службовим становищем створює умови для подальшого заволодіння чужим майном. Така кримінально-правова ситуація має місце, коли зловживання службовим становищем являє собою підготовче діяння до подальшого заволодіння чужим майном. Зазначені діяння мають один спільний наслідок та вчинюються в межах єдиного злочинного наміру. *Друга ситуація* – зловживання службовим становищем частково збігається за своїм змістом із заволодінням чужим майном. У даному випадку, на відміну від першої ситуації, зловживання службовим становищем є не самостійним діянням, а частиною заволодіння чужим майном. *Третя ситуація* – зловживання службовим становищем за своїм змістом повністю збігається із заволодінням чужим майном. Така кримінально-правова ситуація має місце, коли зловживання службовим становищем виявляється у заволодінні чужим майном.

Наведемо приклади зазначених типових кримінально-правових ситуацій, узагальнивши фактичні обставини відповідних справ:

Ситуація 1. *Зловживання службовим становищем створює умови для подальшого заволодіння чужим майном.* Вироком Знаменського міськрайонного суду Кіровоградської області було засуджено за ч. 2 ст. 191 КК України особу, яка займала посаду провідного спеціаліста по роздрібному обслуговуванню фізичних осіб у банку. Для реалізації свого злочинного наміру по заволодінню грошовими коштами на суму 10 000 грн для власних потреб особа використала своє службове становище: вибрала 19 пластикових карток і конвертів з даними пін-кодів, тобто створила умови для подальшого заволодіння коштами. Після чого заволоділа грошовими коштами

на суму 10 000 грн, використавши пластикові картки та конверти з пін-кодами.

Ситуація 2. Зловживання службовим становищем частково збігається за своїм змістом із заволодінням чужим майном. Вироком Козівського районного суду Тернопільської області засуджено особу, яка, беручи участь у виборах народних депутатів України та будучи головою дільничної виборчої комісії (разом з іншими членами цієї комісії) отримала в касі окружної виборчої комісії грошові кошти, які належало виплатити членам виборчої комісії, та вирішила незаконно заволодіти частиною цих грошових коштів. Реалізуючи злочинний намір, особа проставила підписи від імені інших членів виборчої комісії, після чого вони поділили між собою згадані вище кошти.

Ситуація 3. Зловживання службовим становищем за своїм змістом повністю збігається із заволодінням чужим майном. Вироком Христинівського районного суду Черкаської області засуджено особу, яка, працюючи на посаді виконуючої обов'язки начальника відділення поштового зв'язку та здійснюючи функції по прийому готівкових коштів від населення за використаний природний газ, оприбутковувала по касі не всі кошти, а обертала їх на свою користь, чим завдала збитків державному підприємству.

При кримінально-правовій оцінці зазначених ситуацій, на нашу думку, слід застосувати такі правила кваліфікації:

зловживання службовим становищем, яке створює умови для подальшого заволодіння чужим майном, охоплюється лише за ч. 2 ст. 191 КК України;

зловживання службовим становищем, у частині, в якій воно за своїм змістом збігається із заволодіння чужим майном, кваліфікується за правилом, що застосовується при кримінально-правовій оцінці ситуації 3, а в частині, в якій не збігається за своїм змістом із заволодіння чужим майном, — за відповідною частиною ст. 364 КК України (за наявності всіх необхідних для цього обставин);

якщо дії службової особи по заволодінню чужим майном за своїм змістом є зловживанням службовим становищем і не потягли за собою заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків, передбачених ч. 1 (ч. 3) ст. 364 КК

України, дії особи кваліфікуються за відповідною частиною ст. 191 КК України;

якщо дії службової особи по заволодінню чужим майном за своїм змістом є зловживанням службовим становищем і потягли за собою заподіяння істотної шкоди або тяжких наслідків, передбачених ч. 1 (ч. 3) ст. 364 КК України, дії особи кваліфікуються за правилом подолання конкуренції двох спеціальних норм: пріоритет повинен надаватися нормі, що має більш сувору санкцію [9, с. 133–137].

Враховуючи зміст наведених кримінально-правових ситуацій, з метою вирішення проблеми співвідношення юридичних складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191 та ч. 1 ст. 364 КК України, й однакового застосування зазначених норм на практиці в майбутньому пропонуємо викласти диспозицію ч. 2 ст. 191 КК України у такій редакції:

«Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном, які виразились у зловживанні службовою особою своїм службовим становищем, або такі, що були поєднані з ним».

Література

1. Матышевский П. С. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. — К., 1996. — 240 с.
2. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів. — К., 2002. — 640 с.
3. Науково-практичний коментар Кримінального Кодексу України / А. М. Бойко, Л. П. Брич, В. К. Грушук та ін.; За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. — К., 2005. — 1064 с.
4. Злочини у сфері підприємництва / О. О. Дудоров, М. І. Мельник, М. І. Хавронюк; За ред. М. І. Хавронюка. — К., 2001. — 608 с.
5. Кримінальне право України: Особлива частина / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. — К., 2004. — 656 с.
6. Сахаров А. Б. Ответственность за должностные злоупотребления по советскому уголовному праву. — М., 1956. — 210 с.
7. Светлов А. Я. Ответственность за должностные преступления. — К., 1978. — 303 с.
8. Андрушко П. П., Стрижевська А. А. Злочини у сфері службової діяльності: кримінально-правова характеристика. — К., 2006. — 342 с.
9. Задоя К. Судова практика в справах про перевищення влади або службових повноважень: окремі проблеми та зауваження щодо її вдосконалення // Підприємництво, господарство і право. — 2008. — № 10. — С. 133–137.

The article deals with the problems of abusing the power and the official status. It is also about peculation, embezzlement or owning somebody's property by the way of abusing an official status. It is suggested the ways of solving these problems.

В статті розглядаються проблеми соотношения злоупотребления властью или служебным положением и присвоения, растраты или завладения чужим имуществом путем злоупотребления служебным лицом своим служебным положением, предлагаются пути их решения.



КРИМІНОЛОГІЧНА АВТЕНТИЧНІСТЬ СУБ'ЄКТІВ СПІВУЧАСТІ У СТРУКТУРІ ЕКОНОМІЧНОЇ ЗЛОЧИННОСТІ

Анелія Смирнова,

викладач кафедри кримінально-правових дисциплін
Буковинського університету

У статті досліджується кримінологічна класифікація осіб, які вчиняють злочини у сфері економічної діяльності, пов'язана з тотожними класифікаціями в науці кримінального права, кримінального процесу та криміналістики.

Ключові слова: завдання організаторів, криміналістичне дослідження особи, особа злочинця, успішні бізнесмени.

Кримінологічна класифікація осіб, які вчиняють злочини у сфері економічної діяльності, пов'язана з тотожними класифікаціями в науці кримінального права, кримінального процесу та криміналістики. Значення проблеми вивчення особи в кримінології полягає в тому, що злочин як акт свідомої людської діяльності, значною мірою зумовлений сутністю й особливостями особи, яка обрала цю форму поведінки [1, с. 3].

Межі кримінологічного вивчення особи злочинця обмежуються тими особливостями, що використовуються з метою профілактики злочинів. Разом із тим, як зазначається в науковій літературі, ряд важливих з точки зору розкриття злочину властивостей особи залишаються поза рамками кримінологічної характеристики. Перш за все йдеться про «професійні» навички злочинців, що виявляються у відповідних способах вчинення злочинів, специфічних слідах та ознаках діяння [2, с. 51]. Виявлення та дослідження інформації про ці властивості – невід'ємна умова встановлення злочинця та визначення фактичної картини злочину.

Під криміналістичним дослідженням особи слід розуміти пошук криміналістично значимої інформації про невідомого злочинця й оцінку даних про осіб, які потрапили в орбіту кримінального судочинства (підозрюваних, обвинувачуваних тощо) [3, с. 44].

Встановлення зв'язків між даними про особу злочинця, способів, обстановку та слідову картину вчинення злочину утворює нову, самостійну інформацію, що дозволяє точніше визначати напрям і способи пошуку та наступного викриття злочинців, обирати оптимальні методи розслідування. Дані про те, хто найчастіше вчиняє злочини досліджуваного виду (отримані в ході вивчення масиву

кримінальних справ і проведення інших досліджень), хоча й носять виражений кримінологічний характер, проте активно використовуються в криміналістиці.

Особа злочинця – це носій інформації про власні властивості. Проявляючись за допомогою цих властивостей і поведінки, що поєднує фізичні та психічні чинники, вона при взаємодії з навколишнім середовищем фіксовано відбивається в ній, залишаючи в певних ситуаціях характерні сліди [4, с. 84].

Г. Матусовський пропонує виділяти загальні закономірності особи «економічного» злочинця (далі – осіб, які вчиняють економічні злочини), об'єднані в типові групи або підгрупи (злочини проти власності, підприємництва, кредитно-банківської діяльності тощо); характеристики суб'єктів окремих видів економічних злочинів, що входять до названих груп і підпадають під ознаки відповідних статей Кримінального кодексу (далі – КК) (розкрадання, фіктивне підприємництво тощо). Окремий рівень класифікації охоплює категорії осіб, які вчиняють економічні злочини, об'єднані за спеціальними ознаками: залежно від спеціальних характеристик особи (наприклад, посадові розкрадання) або від сфери господарювання, фінансової діяльності, виду виробництва тощо [5, с. 64]. До останньої (об'єднаної) класифікаційної групи слід віднести характеристику осіб, які вчиняють злочини у сфері оподаткування.

Для розроблення криміналістичної характеристики особи злочинця, у тому числі в аспекті нашого дослідження, істотне значення мають кримінологічні дані (кримінологія, безумовно серед юридичних наук найповніше досліджує особу злочинця), що стосуються структури особи злочинця (так звані пласти особистості). Схема такої кримінологічної

структури містить у собі соціально-демографічні ознаки, кримінально-правові ознаки; соціальні прояви в різних сферах; моральні властивості; психологічні особливості [6, с. 30].

Вивчення практики розслідування злочинів, пов'язаних з економічною діяльністю, свідчить, що залежно від способів досягнення злочинної мети суб'єкт економічних злочинів може розглядатися в двох основних групах [5, с. 67]:

особи, які беруть безпосередню участь в економічній діяльності або її регулюванні;

особи, які зазіхають на економічні відносини ззовні.

Суб'єкти, які відносяться до першої класифікаційної групи, характеризуються специфічними ознаками: можливістю здійснення злочинної діяльності в ході виконання своїх професійних (службових) функцій, наявністю спеціальних знань і професійного досвіду, можливістю здійснення ефективної протидії розслідуванню. Інакше виглядає характеристика другої групи «економічних» злочинців. Таких осіб слід відносити в основному до загальнокримінального типу шахрайської орієнтації.

Результати проведеного нами дослідження дозволяють виділити специфічні криміналістичні ознаки особи злочинця у банківській сфері, зокрема у сфері кредитування. В прикладному плані, на нашу думку, доцільно при групуванні таких ознак класифікувати суб'єктів злочину таким чином:

представники юридичної особи (позичальника);

представники банківської установи (кредитора), чи інших кредитних установ;

представники «третіх» організацій, інші приватні особи, пов'язані з діяльністю щодо підготовки, вчинення та приховування злочину.

Першу класифікаційну групу осіб, які вчиняють злочини, формує великий контингент із числа громадян-підприємців, засновників або власників суб'єктів підприємницької діяльності, посадових осіб підприємств усіх форм власності або фізичних осіб.

Дані про посадовий і соціальний статус притягнутих до кримінальної відповідальності осіб свідчать, що більшість із них займають високе службове становище, мають великі доходи. У деяких випадках у вчиненні злочинів, переважно як виконавці, на окремих етапах злочинної діяльності беруть участь «підставні» особи. На роль таких виконавців організатори в кожному конкретному випадку підбирають відповідні типи осіб із числа громадян, які не мають постійної роботи та

певного місця проживання, ведуть аморальний спосіб життя, психічно хворих тощо. У кримінологічній класифікації їх називають «ігровий», «дезадаптивний», «алкогольний» [2, с. 53].

Усіх осіб, які ухиляються від сплати податків, залежно від окремих елементів способу вчинення злочину ми вважаємо за доцільне розділити на дві групи. До першої з них відносяться особи, які уособлюють реально діюче підприємство. Ними, як свідчить дослідження, можуть бути працівники підприємств (керівники, бухгалтери, інші посадові особи, технічний персонал), а також колишні працівники (або особи, які офіційно не входять до його штату, але фактично працюють) за умов наявності змови між ними та діючими працівниками.

Друга група створює фіктивне підприємство або використовує підроблені документи іншого підприємства (яке реально існує, але не має до їх діяльності ніякого відношення) з метою приховування свого «походження». Як правило, такі особи мають стійку антисоціальну спрямованість, зумовлену певними невдачами у легальному бізнесі, і домінуючу корисливу злочинну орієнтацію.

У літературі пропонується й інша класифікація. До першої групи відносять так званих невдах – підприємців, які зазнали на певному етапі своєї легальної діяльності внаслідок різних причин певних негараздів і зважилися на легкий, але ризикований заробіток. Такі особи мають переважно вищу технічну освіту, набули початкового капіталу у період зародження підприємницьких відносин і, як правило, потрапляють під вплив організованих злочинних груп. Найхарактернішим способом вчинення ними злочинів є створення фіктивних підприємств, «конвертаційних» центрів, підробка та використання підроблених документів тощо. До другої групи потрапили так звані успішні бізнесмени – керівники великих підприємств (як правило, колишніх державних, реорганізованих у колективні підприємства), фахівці бухгалтерської або фінансової сфери, власники великих пакетів акцій, які мають вищу (переважно економічну) освіту та вчиняють злочини у сфері кредитування з метою збільшення капіталу «паралельно» із основним бізнесом, або з метою «поліпшення» фінансового становища свого підприємства. Характерним способом вчинення злочинів для них є фальсифікація документів з метою отримання кредитів та їх нецільового використання, змова з відповідальними представниками банківських структур [7, с. 44].

Значна частина злочинців у сфері оподаткування є представниками банківських установ, які виступали як кредитори. У структурі осіб, які належали до персоналу банківських установ, найбільша питома вага припадає на посадових осіб банку, зокрема керівників банківських установ та їх заступників, інших посадових осіб, які відповідали за проведення банківських операцій. Частина осіб, які беруть участь у вчиненні злочинів, – це технічні працівники (економісти, операціоністи, оператори ЕОМ).

До першої та другої категорії осіб належать працівники, які займають відповідне посадове становище, виконують організаційно-розпорядницькі або адміністративно-господарські обов'язки, добре орієнтуються у технологічній обстановці та специфіці податкових відносин. Особи з числа керівників банківських установ нерідко в імперативному порядку вирішують питання розподілу банківських кредитних ресурсів, мають широкі ділові й особисті стосунки з клієнтурою та банківським персоналом, володіють важливою банківською інформацією, у тому числі таємною.

Участь у вчиненні злочину банківських керівників різного рівня є визначальним фактором, що ускладнює розкриття цих діянь, оскільки такі особи, як правило, завжди вміло використовують у злочинних цілях специфіку технологічних процесів, застосовують свої спеціальні знання для приховування слідів злочину.

Аналіз даних кримінальної статистики й інших джерел свідчить про тенденцію до збільшення реєстрації виявлених сторонніх осіб, які вчинили злочини у банківській сфері, при загальному зниженні реєстрації працівників банківських установ у структурі осіб, які їх вчинили. Напевне, ця інформація не об'єктивно відображає кримінальні тенденції у досліджуваній сфері. Це також підтверджують результати проведеного нами опитування.

Заслужовують на увагу підрахунки аналітиків, які вважають, що з усіх працівників будь-якої комерційної структури 15 % – не вчиняють правопорушень за будь-яких умов; 15 – вчиняють правопорушення в будь-яких умовах; 70 % – діють залежно від обставин [8, с. 196].

Окремою категорією осіб, потенційно схильних до правопорушень, є технічні працівники, які перебувають у трудових відносинах із банківською установою, мають доступ до банківських рахунків підприємства та здійснюють інші банківські операції. На

особливу увагу в цьому переліку «заслужовують» особи, які вчиняють неправомірне використання комп'ютерних мереж. Як правило, такі особи не лише володіють спеціальними навичками у сфері користування ЕОМ, її пристроями, програмним забезпеченням, а й можуть застосовувати свої спеціальні знання для фальсифікації програм шляхом зміни початкових вихідних даних.

Представники служб банківської безпеки вважають, що основна небезпека в плані вчинення комп'ютерного злочину виходить саме від внутрішніх користувачів (тобто «своїх») [9, с. 374].

Залежно від категорії доступу до засобів комп'ютерної техніки, серед внутрішніх користувачів найчастіше вчиняють злочини:

- особи, які безпосередньо обслуговують ЕОМ (оператори, програмісти, інженери, технічний персонал та ін.);
- користувачі ЕОМ, які мають відповідну підготовку та вільний доступ до комп'ютерних мереж (бухгалтери, економісти, операціоністи);
- адміністративно-управлінський персонал (керівники різних служб і підрозділів).

Злочинцями з числа зовнішніх користувачів у поодиноких випадках стають особи, добре поінформовані про діяльність банку-кредитора. Ними можуть бути, наприклад, представники сервісної організації з обслуговування програмних засобів комп'ютерної техніки, представники різних контролюючих і владних органів, клієнти банку або просто хакери [10, с. 122].

Сучасні методики розслідування економічних злочинів не можуть ефективно використовуватися при розкритті та розслідуванні цих діянь, учинених організованими групами або під їх прикриттям. Існуючі методики розслідування групових злочинів не враховують усіх специфічних ознак сучасних організованих груп, характер їх діяльності. Разом із тим кримінологічні та криміналістичні дослідження свідчать, що організована злочинність є якісно новим рівнем групової професійної злочинності. Кримінологічні та кримінально-правові аспекти боротьби з організованою злочинністю, зокрема її економічними різновидами, потрапили у поле зору науковців лише в останні часи.

Практика свідчить, що злочини у сфері економічної діяльності, зокрема у сфері оподаткування, – явище групове. Проведене нами дослідження довело, що на злочинні посягання, вчинені у співучасті, припадає майже 100 %. Очевидно, що у цьому випадку правоохоронна практика нерепрезентативно

відображає справжній стан такої кримінальної діяльності, як ухилення від сплати податків у сфері банківської діяльності. Серйозність намірів злочинців, професіоналізм і відпрацьованість їх дій, значне фінансове забезпечення злочинних проєктів, а також миттєве та неконтрольоване зникнення значних сум викрадених коштів свідчать про причетність до підготовки та вчинення злочинів у сфері оподаткування організованих злочинних угруповань.

За способами утворення групи формувалися як добровільні об'єднання та шляхом активного втягування в групу організатором (ініціатором) потрібних за посадою осіб із використанням службової залежності. Характер ролевих функцій членів злочинних груп зумовлений наявністю відповідних якостей та ознак, що дозволяють здійснювати потрібні дії, враховуючи їх специфіку.

Завданнями організаторів злочинних груп є розроблення «схем» злочинної діяльності та безпосередня участь у вчиненні підготовчих дій (визначення банків-кредиторів; складання пакета документів; пошук прикриття з числа корумпованих посадових осіб тощо). Інші члени злочинних груп, які реалізують допоміжні функції, підбираються організатором з урахуванням посади або професійних навичок. Переважна більшість співучасників займали відповідні посади в легальних структурах.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що знання про структуру злочинних груп, розподіл ролей між співучасниками, про методи втягування у злочинну діяльність інших осіб, способи зв'язку, прийоми конспірації, форми та напрями протидії правоохоронним органам має велике значення

для кваліфікації, розкриття та розслідування злочинів. Вони є важливою складовою кримінально-правової, кримінологічної та криміналістичної характеристик злочинів, пов'язаних з ухиленням від сплати податків, і повинні бути враховані при формуванні методик розслідування окремих їх видів (груп) та у зв'язку з цим потребують подальшого дослідження.

Література

1. Воронин Ю. А. Типология личности преступника: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1974. – 34 с.
2. Сатуев Р. С., Шраер Д. А., Яськова Н. Ю. Экономическая преступность в финансово-кредитной системе. – М., 2000. – 272 с.
3. Лушечкина М. А. О направлениях, задачах и понятии криминалистического изучения личности // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11, Право. – 1999. – № 3. – С. 41–49.
4. Майоров А. А., Образцов В. А. К вопросу типологии личности преступника в криминалистике // Труды ВНИИ МВД СССР. – М., 1978. – № 47. – С. 81–86.
5. Матусовский Г. А. Экономические преступления: криминалистический анализ. – Х., 1999. – 480 с.
6. Личность преступника / В. Н. Кудрявцев, Н. С. Лейкина, Н. Н. Кондрашков и др. – М., 1975. – 270 с.
7. Краткий курс предпринимателя или 100 сравнительно нечестных способов добывания денег / С. В. Шилов и др. – М., 1997. – 140 с.
8. Ларичев В. Д., Спиринов Г. М. Коммерческое мошенничество в России: Способы совершения. Методы защиты. – М., 2001. – 256 с.
9. Криміналістика / П. Д. Біленчук, О. П. Дубовий, М. В. Салтевський, П. Ю. Тимошенко. – К., 1998. – 416 с.
10. Расследование неправомерного доступа к компьютерной информации / Под ред. Н. Г. Шурухнова. – М., 1999. – 254 с.

The article deals with research into crime classification of persons who commits crimes in economic sphere. It's connected with identical classifications in science of criminal law, criminal process and criminalistics.

В статье исследуется криминалогическая классификация лиц, осуществляющих преступления в сфере экономической деятельности, связанная с подобными классификациями в науке уголовного права, уголовного процесса и криминалистики.



ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ У КОНТЕКСТІ ПРОКУРОРСЬКОГО НАГЛЯДУ

Ігор Озерський,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри теорії прокурорської діяльності та кримінального процесу
Національної академії прокуратури України



У статті розглядається актуальна для органів прокуратури проблема, адже до цього часу залишається відкритим питання трансформації оперативно-розшукових даних у процесуальні докази.

Ключові слова: оперативно-розшукова діяльність, прокурор, докази, нагляд, оперативно-розшукова справа.

Прокуратура України як один із провідних органів у системі державного механізму захисту прав, свобод, законних інтересів людини та громадянина здійснює свою діяльність у межах, визначених законодавством, із притаманними лише їй специфічними принципами, завданнями, функціями.

Метою цієї статті є дослідження проблеми організаційно-правового механізму здійснення прокурорського нагляду за оперативно-розшуковою діяльністю.

Функції прокуратури визначені ст. 121 Конституції України та ст. 5 Закону України «Про прокуратуру», але, крім передбачених, прокуратура продовжує виконувати відповідно до чинних законів функцію нагляду за додержанням і застосуванням законів і функцію досудового слідства до введення в дію законів, які регулюють діяльність державних органів щодо контролю за додержанням законів і до сформування системи досудового слідства та введення в дію законів, що регулюють її функціонування. Це також закріплено у Перехідних положеннях до Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру».

Принципово важливим є законодавче застереження про те, що на прокуратуру не може бути покладено виконання функцій, не передбачених Конституцією України та Законом України «Про прокуратуру». Серед зазначених у законодавчих актах функцій передбачено нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність (далі – ОРД), дізнання, досудове слідство, що поставлена законодавцем у переліку на третє місце.

Нагляд за дотриманням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство, спря-

мований на забезпечення встановленого порядку, виявлення та розкриття злочинів, розгляду заяв і повідомлень про них, законності здійснення оперативних заходів, слідства та правомірності прийнятих зазначеними органами рішень.

Аналіз тенденцій розвитку правоохоронної діяльності нашої держави свідчить, що все більшого значення у розслідуванні та розкритті злочинів набувають органи, які проводять оперативно-розшукову діяльність. Це безпосередньо пов'язано із змінами, внесеними до Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України.

Прокурорський нагляд за додержанням законів органами, які проводять ОРД, законодавець прирівнює до нагляду за дізнанням і досудовим слідством (ч. 3 ст. 121 Конституції України, ст. 30 Закону України «Про прокуратуру», ст. 25 КПК України), що, на перший погляд, має засвідчити тотожність цих правових інститутів. Але тільки на перший погляд. Визначення суб'єктів прокурорського нагляду та їх повноважень у спеціальному нормативному акті – Законі України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – Закон) дає підстави для застосування нових методологічних підходів до ОРД як об'єкта наглядової та захисної діяльності прокуратури [1, с. 6].

Нагляд за додержанням законів органами, які проводять ОРД, дізнання та досудове слідство, представлений як єдиний напрям діяльності прокуратури, оскільки органи, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, та органи досудового розслідування в багатьох випадках діють у рамках одного відомства – Міністерства внутрішніх справ, СБУ, податкової міліції та ін.

Сутність прокурорського нагляду зумовлюється його об'єктом і предметом. Аналіз об'єкта та предмета прокурорського нагляду за ОРД дозволяє чітко визначити компетен-

цію прокурора щодо здійснення своїх повноважень у процесі нагляду у вказаній сфері, між наглядом для забезпечення його повноти, своєчасного виявлення та припинення правопорушень, їх запобігання, забезпечення законності ОРД, уникнення необґрунтованого втручання в питання ОРД. Це сприятиме підвищенню й ефективності зазначеного виду діяльності, забезпеченню охорони прав, свобод і законних інтересів осіб, які потрапляють до її сфери, дотриманню встановленого законодавством України та відомчими нормативними актами порядку виконання оперативними підрозділами оперативно-розшукових заходів, законності рішень, які вони приймають, тощо.

При визначенні предмета й об'єкта прокурорського нагляду автори ототожнюють ці поняття або вважають, що слід вживати лише предмет чи об'єкт нагляду, або ж визнають за необхідне тлумачити їх як відносно самостійні категорії, однак при цьому зважають на неоднакове розуміння їх природи та засад розмежування.

Поняття «предмет прокурорського нагляду» закріплено законодавчо, а поняття «об'єкт прокурорського нагляду» розуміється не досить однозначно. *Об'єктом* у науці прийнято розглядати певну сукупність матеріальних чи нематеріальних благ, або відокремлену сферу однорідних суспільних відносин. Як зазначає О. Михайленко, об'єкт прокурорського нагляду за органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство «включає передусім діяльність слідчого, осіб, що здійснюють дізнання, оперативно-розшукові заходи, а також діяльність начальників слідчих підрозділів» [2, с. 156].

Предмет прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які проводять ОРД, має певні особливості, оскільки ОРД сама собою є не процесуальною діяльністю. У Законі України «Про прокуратуру» предметом прокурорського нагляду названо додержання та правильне застосування законів відповідними органами (ст. 29) [1, с. 7].

Аналіз ст. 3 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність», свідчить, що предметом прокурорського нагляду є відповідність дій і рішень оперативних підрозділів органу дізнання чинному законодавству. Але відсутність тих чи інших законів у відповідній сфері суспільних відносин робить прокурорський нагляд безпредметним, а наукою така проблема здебільшого не розглядається.

Закон дещо звужено трактує поняття «предмет прокурорського нагляду» і зводить його до завдань прокурорського нагляду чи до виконання законів. Якщо всебічно розглядати предмет прокурорського нагляду за

ОРД, то необхідно виокремити всі його напрями. А. Максимюк вважає, що предметом є додержання законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність щодо охорони прав і свобод людини та громадянина, встановленого порядку здійснення оперативно-розшукової діяльності та забезпечення законності рішень, які приймаються у ході проведення оперативно-розшукових заходів [3, с. 33].

Аналіз положень ст. 14 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» дає підстави для висновку, що прокурор згідно з вимогами таємного діловодства має право на ознайомлення з усіма матеріалами ОРД, які містяться в оперативно-розшуковій справі та входять до предмета прокурорського нагляду. Це повною мірою стосується й матеріалів, у яких зазначаються підстави для проведення оперативно-розшукових заходів, строки їх проведення, а також фіксуються отримані при цьому результати. Така постановка питання є логічною та відповідає сутності прокурорського нагляду у сфері оперативно-розшукової діяльності.

Разом із тим окремі відомчі нормативно-правові акти встановлюють для реалізації ОРД необґрунтовані перепони. В окремих із них зазначається, що посадові особи оперативних підрозділів не вправі надавати виконуючому наглядові функції прокурору відомості й оперативні матеріали, що можуть розшифровувати осіб, які були або є гласними чи негласними штатними та позаштатними працівниками або конфіденційно співпрацювали з оперативними підрозділами, надану ними інформацію до моменту її легалізації у встановленому порядку, а також матеріали, що не визначені в наказі керівника відповідного органу.

Законом також не встановлений перелік оперативно-розшукових справ. Матеріали, які свідчать про хід і результати оперативно-розшукових заходів, у тому числі й тих, що обмежують конституційні права громадян (ч. 2 ст. 8 Закону), містяться у тій частині оперативно-розшукової справи, яка не надається прокурору для виконання ним наглядових функцій. З огляду на це на практиці складається парадоксальна ситуація – прокурор перевіряє законність підстав для проведення відповідного оперативно-розшукового заходу, підстав для заведення оперативно-розшукової справи, але не може перевірити законність отримання матеріалів ОРД за результатами проведення відповідних оперативно-розшукових заходів, ознайомитися з конкретними результатами оперативно-розшукового заходу, визначитися у доцільності та напрямках використання їх в інтересах кримінального судочинства.

Для усунення неузгодженості між приписами ст. 14 Закону та відомчими нормативно-правовими актами доцільно доповнити Закон окремою нормою, у якій встановити перелік оперативно-розшукових справ, їх структуру та зміст, а також вказати про надання прокурору оперативно-розшукових справ у повному обсязі (за винятком даних про оперативні джерела).

Хоча форми та методи ОРД не повинні входити до предмета прокурорського нагляду, оскільки вони перебувають поза межами правового регулювання, у сучасних реаліях при здійсненні прокурорського нагляду за ОРД немає підстав не надавати прокурору таких матеріалів, отриманих за результатами відповідних оперативно-розшукових заходів, з причини, що йому можуть стати відомі форми та методи отримання оперативно-розшукових даних, оскільки саме законність їх отримання є основним змістом предмета прокурорського нагляду у зазначеній концепції організації досудового провадження та ОРД.

Завдання, що стоять перед прокурором, який здійснює нагляд за оперативно-розшуковими органами, полягають у виявленні й усуненні порушень законів, які можуть бути допущені ними під час виконання своїх функцій [4].

Згідно із ст. 29 Закону України «Про прокуратуру» прокурорський нагляд за ОРД має сприяти:

- розкриттю злочинів, захисту особи, її прав, свобод, власності, прав підприємств, установ, організацій від злочинних посягань;
- виконанню вимог закону про невідворотність відповідальності за вчинений злочин;
- запобіганню незаконному притягненню особи до кримінальної відповідальності;
- охороні прав і законних інтересів громадян, які перебувають під слідством;
- здійсненню заходів щодо запобігання злочинам, усунення причин та умов, що сприяють їх вчиненню.

Прокурорський нагляд безпосередньо стосується дотримання прав і свобод людини та громадянина, а також юридичних осіб при здійсненні оперативно-розшукової діяльності. Основним елементом прокурорського нагляду за додержанням законів при здійсненні ОРД є дотримання прав і свобод людини та громадянина. Основні права та свободи людини і громадянина закріплено в Конституції України, в її похідних законах, визначені нормами та принципами міжнародного права, а також міжнародними договорами, іншими нормативно-правовими (відомчими) актами.

Дотримання принципу законності в ОРД значною мірою залежить від забезпечення

порядку та підстав проведення оперативно-розшукових заходів і законності прийнятих при цьому рішень. При здійсненні прокурорського нагляду прокурори повинні звертати особливу увагу на те, щоб у процесі оперативно-розшукової діяльності провадилися лише ті заходи, вичерпний перелік яких визначений Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність» (ст. 8).

Здійснюючи нагляд за виконанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, прокурор у межах своєї компетенції має право: безперешкодно входити в усі приміщення підрозділів органів внутрішніх справ, Служби безпеки, Прикордонних військ, Управління державної охорони, які проводять оперативно-розшукову діяльність; мати доступ до документів і матеріалів, необхідних для проведення перевірки; вимагати для перевірки розпорядження, інструкції, накази й інші акти щодо оперативно-розшукової діяльності; вимагати для перевірки реєстраційні, облікові та звітні документи щодо оперативно-розшукової діяльності; вимагати від керівників органів проведення перевірок діяльності підпорядкованих підрозділів і посадових осіб; давати вказівки про проведення ОРД; продовжувати строки проведення оперативно-розшукової діяльності у випадках і в порядку, передбаченому чинним законодавством; давати згоду на знищення оперативно-розшукових справ; викликати посадових осіб і вимагати усних чи письмових пояснень щодо порушень закону; скасовувати незаконні та необґрунтовані постанови про заведення оперативно-розшукової справи, зупинення та поновлення ОРД, про закриття оперативно-розшукової справи.

Висновки

У разі виявлення порушень закону з питань заведення оперативно-розшукової справи, зупинення чи поновлення ОРД, закриття справи прокурор повинен вимагати від керівників органу припинення чи поновлення оперативно-розшукової діяльності шляхом внесення припису або подання; при виявленні порушень закону при здійсненні ОРД – усувати посадових осіб від здійснення оперативно-розшукової діяльності по конкретній оперативно-розшуковій справі, а також вимагати від керівника органу усунення посадової особи від здійснення оперативно-розшукової діяльності по конкретній оперативно-розшуковій справі, перевіряти скарги на порушення прав і свобод громадян при проведенні ОРД.

Прокурорів, які здійснюють нагляд за додержанням законів при проведенні ОРД,

умовно можна розділити на дві групи: *прокурори, які можуть здійснювати нагляд на цій ділянці за посадою, та прокурори, які здійснюють нагляд за дотриманням законів під час проведення оперативно-розшукової діяльності за особистим наказом Генерального прокурора України* [5, с. 6]. При цьому, здійснюючи нагляд за ОРД відповідно до посади, прокурори, підтверджуючи свої повноваження відповідним особам оперативно-розшукових підрозділів, повинні пред'явити службове посвідчення, а прокурори, які здійснюють нагляд на підставі наказу, – витяг з наказу Генерального прокурора України або засвідчену відповідним прокурором довідку про надання їм повноважень щодо здійснення такого нагляду.

Прокурор міста або району, який безпосередньо здійснює нагляд за розслідуванням і розкриттям злочинів у регіоні, не може ознайомитися з оперативно-розшуковими справами, заведеними у зв'язку з необхідністю встановлення особи злочинця, розшуку підозрюваного, обвинуваченого або у зв'язку з перевіркою заяв про безвісне зникнення громадян чи виконання доручень слідчого. Таким чином, прокурори вказаного рівня не мають можливості вивчати оперативно-розшукові справи стосовно нерозкритих злочинів та осіб, що переходять від органів дізнання та досудового слідства, разом із вивченням кримінальних справ для перевірки законності прийнятих рішень у кримінальних та оперативно-розшукових справах, що є прямим обов'язком прокурора.

Безумовно, ОРД висуває дещо специфічні вимоги щодо нагляду прокурора на цьому напрямі. Але на сьогодні дуже обмежене коло прокурорів, які мають право безпосередньо здійснювати нагляд, що не сприяє вирішенню питання реального забезпечення законності, своєчасного й ефективного реагування на бездіяльність відповідних органів або порушення ними конституційних прав і свобод громадян [6, с. 10].

Проблемним є питання щодо допустимості відомостей, одержаних у результаті здійснення оперативно-розшукових заходів, джерело або спосіб яких невідомий. Допустимість таких джерел має вирішуватися після

їх перевірки процесуальними засобами та визначення їх достовірності. Не можна підмінити оцінку допустимості таких відомостей оцінкою їх достовірності. Відомості, отримані в результаті ОРД, можуть бути достовірними, але не допустимими; такі відомості можуть використовуватись у кримінальних справах лише за умови, якщо відоме джерело їх одержання.

Таким чином, прокурори при здійсненні нагляду за додержанням законів ОРД повинні ретельно досліджувати протоколи із додатками, складеними за результатами оперативно-розшукової діяльності.

Потребує чіткого вдосконалення на сучасному етапі законодавча регламентація прокурорського нагляду за додержанням законів органами, які здійснюють ОРД, з метою недопущення порушень основних прав і свобод людини та громадянина при проведенні оперативно-розшукових заходів і складанні протоколів ОРД, розширення кола суб'єктів прокурорського нагляду, переліку оперативно-розшукових заходів та інших правових приписів, що регулюють діяльність ОРД.

Література

1. *Середа Г. П.* Теоретичні аспекти прокурорського нагляду за додержанням законів при здійсненні оперативно-розшукової діяльності // Вісник академії прокуратури України. – 2007. – № 1. – С. 5–11.
2. *Михайленко О. Р.* Прокуратура України. – К., 2005. – 296 с.
3. *Максимюк А.* Особливості прокурорського нагляду при проведенні оперативно-розшукової діяльності у справах про вбивства // Вісник прокуратури. – 2009. – № 1. – С. 33–41.
4. *Гордієнко К.* Прокурорський нагляд за законністю діяльності органів міліції – один з пріоритетних напрямків роботи прокуратури // Ірпінський вісник. – 2003. – № 35. – visnyk.irpen.kiev.ua/2003/11/prok1.html.
5. *Гардецький О.* Нагляд за законністю при проведенні оперативно-розшукової діяльності // Голос України. – 2008. – № 55. – С. 5–8.
6. *Медведько О.* Ще одна гарантія захисту прав людини – прокурорський нагляд за додержанням законів при провадженні оперативно-розшукової діяльності як гарантія забезпечення прав і свобод людини // Вісник Прокуратури. – 2003. – № 4. – С. 8–11.

In this research work is considered relevant to the prosecution problem, because until now the question remains operational transformation – of search data to process the evidence and the complexity of procedures for consulting with prosecutors materials of operational-search activity.

В статье рассматривается актуальная для органов прокуратуры проблема, ведь до сих пор остается открытым вопрос трансформации оперативно-розыскных данных в процессуальные доказательства.



ПРИНЦИПИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВИЗНАННЯ І ВИКОНАННЯ В УКРАЇНІ ВИРОКІВ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ

Ярослава Тростянська,

здобувачка кафедри кримінального процесу
Київського національного університету внутрішніх справ

У статті аналізуються процесуальні особливості реалізації принципів визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів, що є важливою гарантією захисту основних прав і свобод людини і громадянина. Розкриваються особливості правової регламентації принципів визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів у кримінальних справах.

Ключові слова: принцип, громадянство, передача засуджених, позбавлення волі, відбування покарання, кримінальна відповідальність, строки давності.

Конституція України (ч. 2 ст. 22) гарантує права і свободи людини і громадянина. Права людини – важливе досягнення людської цивілізації. У захисті прав і свобод з боку як держави, так і міжнародного співтовариства має потребу кожна людина, у тому числі й ті, хто скоїв протиправне діяння. У зв'язку з цим особливий інтерес становить проблема забезпечення захисту прав і свобод засуджених осіб, які підлягають передачі в державу їх громадянства для відбування покарання. Розгляд цього питання зумовлений потребами суспільної і державно-правової практики, логікою розвитку наукового пізнання.

Сьогодні в нашій країні ще не вироблено дієвих механізмів щодо принципів правового регулювання визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів у кримінальних справах. Це пояснюється тим, що в чинному Кримінально-процесуальному кодексі України відсутні норми, які покликані детально регулювати діяльність відповідних органів щодо визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів в кримінальних справах.

На жаль, порушені нами питання дотепер так і не стали предметом ґрунтовних досліджень вітчизняних учених. Виняток становлять кілька публікацій А. Маланюка та праці російських учених Ю. Мінкова, Л. Галенської, Н. Костенко.

Актуальність даної проблеми визначена тим, що останнім часом на тлі світового процесу інтеграції спостерігається активізація використання норм інституту передачі засуджених осіб в державу їх громадянства для відбування покарання різними державами, у тому числі і Україною. Тому визначення принципів правового регулювання визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів у

кримінальних справах у порівнянні зі схожими видами правової допомоги сьогодні є своєчасним і нагальним.

Мета цієї статті – дослідити поняття та значення принципів інституту передачі засудженої особи в державу її громадянства для відбування покарання, а також визначити і проаналізувати існуючі принципи такої передачі.

Не можна заперечувати, що існування принципів реалізації визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів є важливою гарантією захисту основних прав і свобод людини і громадянина. Пронизані загальною ідеєю гуманізму і соціальної справедливості, ці принципи охороняють основи правового статусу людини, властиві кожній правовій, цивілізованій державі.

У юриспруденції принципи права (principium of law від лат. principium – основа, початок) – основоположні загальноприйняті норми, що виражають властивості права і мають імперативну юридичну силу, тобто виступають як незаперечні вимоги, що висувуються до учасників суспільних відносин з метою встановлення соціального компромісу [1, с. 258]. Це його основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю і відображають суттєві положення права. Принципи права за своєю сутністю є узагальненим відображенням об'єктивних закономірностей розвитку суспільства, людства в цілому [2, с. 108]. Принцип права – це широка категорія, яка може виходити за рамки закону, не бути закріплена в нормі права. Стоєсно принципів інституту визнання і виконання в Україні вироку іноземних судів слід

зазначити, що деякі з них можуть не знайти свого закріплення в рамках внутрішньодержавного або міжнародного права, проте вони регулюють відносини, що виникають у зв'язку з цим інститутом.

Основними принципами інституту передачі засудженої особи в державу її громадянства для відбування покарання є:

- принцип наявності громадянства іншої держави і відсутності постійного місця проживання на території держави винесення вироку;
- принцип «подвійної караності»;
- принцип не притягнення до кримінальної відповідальності повторно за одне і те ж діяння;
- принцип передачі засудженої особи за наявності можливості продовження виконання вироку в країні громадянства чи постійного місця проживання;
- принцип урахування бажання засудженої особи щодо країни відбування покарання;
- принцип гуманності.

Розглянемо ці принципи більш детально.

1. Наявність громадянства іншої держави і відсутність постійного місця проживання на території держави винесення вироку, що є важливою умовою в ході реалізації передачі. Передача засудженої особи державі можлива тільки в тому випадку, якщо вона є громадянином цієї держави, але якщо засуджена особа не є громадянином конкретної держави, то її може бути передано для виконання вироку в державу постійного місця проживання.

Соціальне значення цього принципу полягає в тому, що, як правило, засуджений у державі, громадянином якої він є, має стійкі соціальні, етнічні, сімейні зв'язки. Основне завдання, що стоїть перед державою в ході виконання покарання, – це не тільки покарання за скоєний злочин, але і надання засудженому можливості для адаптації до нормального життя в суспільстві, зокрема після звільнення з місць позбавлення волі. Виконання покарання буде ефективнішим, якщо засуджений відбуває покарання в державі свого громадянства. У своїй державі засуджений має можливість підтримувати зв'язки з сім'єю і родичами, у нього немає мовного бар'єру у спілкуванні з іншими засудженими, він може користуватись національними, культурними і релігійними цінностями. Проте передача неможлива, якщо особа є громадянином іншої держави, але має постійне місце проживання на території держави, судом якої винесений вирок. Наприклад, згідно з п. 1 ч. 1 ст. 4 Договору між Україною та Корейською Народно-Демократичною Республікою про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання від 12.11.2004 р., передача засудженого можлива тільки у ви-

падку, якщо засуджений є громадянином держави виконання вироку (держави, в яку він може бути переданий).

2. Наявність кримінальної караності за конкретне діяння в обох державах (принцип «подвійного покарання»). Значення цього принципу полягає в тому, що діяння, за яке особу було засуджено, є злочином і за законодавством держави виконання вироку. Не має значення, чи носять діяння (дії або бездіяльність) однакові назви, важливо, щоб вони вважалися кримінально караними в обох державах. Наприклад, згідно з п. «е» ч. 1 ст. 3 Договору між Україною і Грузією про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для подальшого відбування покарання від 14.02.1997 р., засуджену особу може бути передано лише за умови, що дія або бездіяльність, за які було винесено вирок, є злочинами згідно із законодавством держави виконання вироку. Аналогічне положення міститься і в п. 1 ч. 1 ст. 3 Договору між Україною та Азербайджанською Республікою про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для подальшого відбування покарання від 24.03.1997 р., а саме засуджена особа може бути передана тільки за умови, якщо вона є громадянином держави виконання вироку.

3. Не притягнення до кримінальної відповідальності повторно за те ж діяння. Принцип *non bis in idem* в рамках інституту передачі засуджених означає, що засуджений, переданий для відбування покарання в державу, громадянином якої він є, не може бути знов притягнутий до кримінальної відповідальності за одне і те ж діяння, за винятком випадків призначення нового розслідування або судового розгляду.

Передача особи не проводиться, якщо в державі, громадянином якої є засуджений, за скоєне діяння він поніс покарання або був виправданий, або справу було припинено, або якщо особа звільнена від покарання компетентним органом держави. Подібного роду положення не знайшло свого закріплення в Конвенції про передачу засуджених осіб від 21.03.1983 р. і в Додатковому протоколі до Європейської конвенції про передачу засуджених осіб від 18.12.1997 р.

4. Передача засудженої особи проводиться за наявності можливості продовження виконання вироку. Передача засуджених проводиться, якщо покарання може бути виконано в державі, громадянином якої є засуджена особа. А згідно з ч. 1 ст. 4 Конвенції про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання у державі, громадянином якої вони є від 19.05.1978 р. в передачі особи може бути відмовлено, якщо покарання не може бути виконано в іноземній державі внаслідок закінчення строків дав-

ності або з інших підстав, передбачених законодавством цієї держави. Також слід зазначити, що згідно із ст. 49 Кримінального кодексу (далі – КК) України: «Особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо з дня вчинення нею злочину і до дня набрання вироком законної сили минули такі строки: два роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання менш суворе, ніж обмеження волі; три роки – у разі вчинення злочину невеликої тяжкості, за який передбачене покарання у виді обмеження або позбавлення волі; п'ять років – у разі вчинення злочину середньої тяжкості; десять років – у разі вчинення тяжкого злочину; п'ятнадцять років – у разі вчинення цілей покарання і виправлення особи, яка вчинила злочин, загальне і спеціальне запобігання іноді стає або взагалі неможливим (наприклад, внаслідок впливу тривалого строку після вчинення злочину) або просто зайвим. Тому недоцільне і притягнення особи до кримінальної відповідальності. Відпадає або істотно зменшується суспільна небезпечність особи, яка вчинила злочин. До того ж може бути втрачено речові та інші докази в справі [3, с. 331]. Невчинення протягом строку, встановленого законом, нового злочину свідчить про те, що винна особа не становить суспільної небезпеки і притягнення її до кримінальної відповідальності буде недоцільним.

Але згідно із ст. 1 Конвенції про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства від 26.11.1968 р. строки давності не застосовуються відносно діянь, вказаних у цій Конвенції. Також згідно з ч. 5 ст. 49 КК України давність не застосовується у разі вчинення злочинів проти миру та безпеки людства, передбачених у статтях 437–439 і ч. 1 ст. 442 КК України.

5. Урахування бажання засудженої особи щодо країни відбування покарання. У ході реалізації передачі засудженої особи обов'язковою умовою є врахування бажання засудженого на виконання покарання в державі його громадянства. У цьому полягає одна з відмінностей передачі засудженого від видачі обвинувачених і засуджених, де бажання особи не враховується, і у видачі може бути відмовлено тільки за наявності або відсутності певних умов. Урахування бажання засудженої особи, передача якої може проводитись, полягає в тому, що засуджену особу може бути передано тільки за умови її згоди на таку передачу. Це означає, що засуджений є одним з ініціаторів (крім держави, що винесла вирок, і держави, громадянином якої є засуджена особа) проведення і реалізації передачі.

Крім того, у п. 1 ст. 3 Європейської конвенції про передачу засуджених осіб від 21.03.1983 р. встановлено, що засуджена особа (у разі коли з урахуванням її віку або фізичного чи психічного стану) її представник повинен дати згоду на передачу, якщо одна з двох договірних держав вважає за необхідне отримання такої згоди. Аналогічне положення міститься і в п. 4 ч. 1 ст. 4 Договору між Україною та Республікою Білорусь про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для подальшого відбування покарання від 12.06.2009 р., де зазначено, що засуджена особа може бути передана (у зв'язку з її віком, фізичним або психічним станом, що перешкоджають вільному волевиявленню про це клопоче законний представник засудженої особи).

Зазначені положення ще раз підкреслюють, що передача засудженої особи проводиться виходячи з принципу гуманності.

6. Наявність можливості пом'якшення покарання судом. Принцип гуманності в ході реалізації передачі засудженої особи знаходить свій вираз у механізмі відбування покарання засудженою особою і є можливістю пом'якшити покарання, призначене судом держави виконання вироку. Така можливість реалізується за допомогою процедури виконання покарання відносно засудженої особи. Конвенція про передачу засуджених (1983 р.) встановлює два види процедур виконання покарання відносно засуджених:

а) держава виконання вироку негайно продовжує виконання вироку одразу або на основі судової чи адміністративної постанови;

б) держава виконання вироку визнає вирок з використанням судової або адміністративної процедури своєї держави і таким чином замінює міру покарання, призначену в державі винесення вироку, мірою покарання, передбаченою законодавством держави виконання вироку за такий самий злочин.

Проте держава виконання вироку:

- повинна врахувати зроблені щодо фактів висновки, які ясно викладені або припускаються в рішенні, прийнятому державою винесення вироку;

- не може замінювати міру покарання, що передбачає позбавлення волі, грошовим штрафом;

- зараховує у строк покарання весь період, упродовж якого засуджена особа була позбавлена волі;

- не може посилювати кримінальне покарання засудженої особи і не повинна вважати обов'язковими жодні мінімальні строки позбавлення волі, які законодавство держави виконання вироку може передбачати за вчинення злочину або злочинів.

Держава проголошення вироку може вимагати повідомити її до моменту передачі за-

судженої особи, яку з цих двох процедур вибрала держава виконання вироку.

Конвенція про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання в державі, громадянами якої вони є (1978 р.), встановила можливість застосування лише першої процедури. Це означає, що засуджена особа відбуває покарання на підставі вироку суду держави винесення вироку.

Також слід зазначити, що держава виконання вироку дотримується характеру і тривалості покарання, призначеного державою винесення вироку.

Якщо згідно із законодавством держави виконання вироку за це діяння граничний строк позбавлення волі є меншим, ніж призначений за вироком, суд держави виконання вироку визначає максимальний строк позбавлення волі, передбачений законодавством цієї держави. Фактично це означає, що засудженому в разі передачі може бути скорочений строк позбавлення волі.

Якщо за законодавством держави виконання вироку, громадянином якої є засуджений, за скоєння даного діяння не передбачено позбавлення волі, то суд визначає за законодавством своєї держави покарання, найбільш відповідне призначеному державою винесення вироку. І в цьому випадку можливе пом'якшення покарання.

Відповідно до положень Конвенції про передачу осіб, засуджених до позбавлення волі, для відбування покарання в державі, громадянами якої вони є (1978 р.), помилування засудженого проводиться тією державою, якою засуджений переданий для відбування покарання, а амністія – відповідно до актів про амністію, виданих в державі, судом якої винесений вирок, і державі, громадянином якої є засуджений. Перегляд вироку віднос-

но засудженого, переданого державі, громадянином якої він є, може бути проведений тільки судом держави, в якій винесений вирок.

А згідно з Конвенцією про передачу засуджених осіб (1983 р.) кожна Сторона може прийняти рішення про помилування, амністію або пом'якшення вироку відповідно до своєї конституції або інших законів.

Фактично це означає, що у засудженого удвічі збільшуються шанси потрапити під амністію або помилування, оскільки рішення може бути прийняте як державою винесення вироку, так і державою виконання вироку.

Висновки

Отже, передача засудженої особи у державу її громадянства для відбування покарання проводиться за наявності бажання цієї особи відбувати покарання тільки в державі, громадянином якої вона є. При цьому слід дотримуватися принципу «подвійної караності», а також держава виконання вироку повинна мати можливість виконання винесеного вироку. У ході реалізації передачі засудженої особи для виконання покарання в державу громадянства, існує можливість пом'якшення покарання.

Література

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. – Х., 2006. – 776 с.
2. Колодій А. М., Конейчиков В. В., Лисенков С. Л., Пастухов В. П., Тихомиров О. Д. Загальна теорія держави і права. – К., 1999. – 317 с.
3. Кримінальне право України: Загальна частина / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2005. – 480 с.

In the article the judicial features of realization of principles of confession and implementation are analyzed in Ukraine of sentences of foreign courts which are the important guarantee of defense of basic rights and freedoms of man and citizen. The features of legal regulation of principles of confession and implementation open up in Ukraine of sentences of foreign courts in criminal businesses.

В статье анализируются процессуальные особенности реализации принципов признания и выполнения в Украине приговоров иностранных судов, которые являются важной гарантией защиты основных прав и свобод человека и гражданина. Раскрываются особенности правовой регламентации принципов признания и выполнения в Украине приговоров иностранных судов по уголовным делам.



НАКЛАДЕННЯ АРЕШТУ НА ПОТОЧНІ БАНКІВСЬКІ РАХУНКИ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ

Євген Дехтярьов,

ад'юнкт кафедри криміналістики

Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

У статті розглядаються проблеми кримінально-процесуальної регламентації та тактики проведення накладення арешту на поточний банківський рахунок юридичної особи під час розслідування окремих злочинів у сфері господарювання, аналізується слідча практика з цього питання.

Ключові слова: фіктивне підприємництво, тактична операція, накладення арешту, грошові кошти, банківський рахунок, речовий доказ, об'єкт злочинного посягання.

На сьогодні фінансова система України перетворилася на одну з найбільш криміногенних сфер, що активно використовується організованою злочинністю для вчинення економічних злочинів, зокрема фіктивного підприємництва, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків, шахрайства, заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем тощо. Широке використання в механізмах зазначених злочинів безготівкових розрахунків між суб'єктами господарювання стало підґрунтям існування однієї з найбільш небезпечних форм кримінального бізнесу в економічній сфері – можливості безперешкодної конвертації та реконвертації грошових коштів, отриманих протиправним шляхом, із залученням як фіктивних, так і реально діючих суб'єктів підприємництва. Вивчення слідчої практики та спеціальної літератури свідчить про широке використання в ході розкриття та розслідування зазначених злочинів послідовних комплексів оперативно-розшукових заходів, слідчих і процесуальних дій, об'єднаних єдиним задумом, тактичних операцій, спрямованих, по-перше, на припинення протиправної діяльності, по-друге, на створення оптимальних умов з відшкодування завданих злочинним збитків [1, с. 57–58]. Їх невід'ємним елементом, що забезпечує успішне вирішення поставлених завдань, є накладення арешту на поточні рахунки фізичних та юридичних осіб, відкриті ними у банківських установах з метою акумулювання та конвертації в готівку грошових коштів, отриманих злочинним шляхом. Сутність зазначеного процесуального заходу полягає в тому, що суд на

підставі подання слідчого, узгодженого з прокурором у межах порушеної кримінальної справи, вимагає від банківської установи негайно зупинити проведення розрахункових операцій із списання грошових коштів на визначеному поточному рахунку його клієнта (фізичної або юридичної особи). Проблеми розслідування фіктивного підприємництва, ухилення від сплати податків, легалізації (відмивання) майна, одержаного злочинним шляхом, розкрадань у господарській і фінансовій сферах активно досліджувались А. Волобуєвим, В. Білоусом, В. Журавлем, В. Лисенко, Г. Матусовським, С. Чернявським та іншими вітчизняними вченими-криміналістами. На сучасному етапі методичне забезпечення порядку проведення цього заходу, його широке впровадження в діяльність слідчих підрозділів значно ускладнено неузгодженістю та протиріччями чинного кримінально-процесуального законодавства, яке в частині підстав накладення арешту та порядку його проведення у визначених випадках прийшло у невідповідність з нормами інших галузей права, зокрема банківського.

Метою цієї статті є аналіз питань, пов'язаних з визначенням кримінально-процесуальних підстав і тактичних особливостей накладення арешту на поточні банківські рахунки юридичних осіб під час розслідування фіктивного підприємництва, легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, ухилення від сплати податків та інших злочинів у сфері господарювання.

До підстав накладення арешту на банківські рахунки осіб, зокрема депозитні, чинне кримінально-процесуальне законодавство

відносить випадки, коли він здійснюється з метою забезпечення відшкодування збитків, завданих злочином, і виконання вироку в частині конфіскації майна. У літературі наводяться приклади про можливість накладення арешту на поточний рахунок юридичної особи за умови визнання її цивільним відповідачем у кримінальній справі, тобто стороною, яка несе відповідальність за дії її робітника при виконанні ним своїх службових обов'язків [2, с. 188; 3, с. 62]. Втім, на початковому етапі розслідування злочинів у сфері господарювання накладення арешту на банківський рахунок на цій підставі навряд чи можливе. Оскільки у переважній більшості випадків з метою здійснення конвертації грошових коштів у готівку та приховування її події використовуються фіктивні суб'єкти підприємництва, то досить проблематичним є застосування цивільно-правових заходів із відшкодування шкоди у зв'язку з уявним характером функціонування підприємства та виконання посадових обов'язків його керівниками. Ми вважаємо, що в цих випадках найбільш ефективним є процесуальний порядок, відповідно до якого слідчий у порядку ст. 78 Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) України визнає грошові кошти речовими доказами у зв'язку з тим, що вони є об'єктом злочинних дій або нажиті злочинним шляхом, та звертається до прокурора з поданням про звернення до суду для ухвали рішення про накладення арешту на грошові кошти, які знаходяться на рахунку в частині заборони будь-яких розрахункових операцій по ньому. У подальшому, за умови отримання згоди прокурора, відповідне подання розглядається в суді, який або відмовляє слідчому, або задовольняє його прохання. Дієвість накладення арешту в такий спосіб підтверджується слідчими, які в ході проведеного нами опитування визнали саме наведену послідовність дій оптимальною та можливою під час розслідування наведених механізмів злочинної діяльності.

Слід зазначити, що положення, пов'язане з визнанням коштів, які перебувають на поточних банківських рахунках юридичної особи, речовими доказами, з моменту свого впровадження зазнає критики з боку деяких учених. Їх основним аргументом є те, що безготівкові кошти не є індивідуалізованими фізичними об'єктами, відповідно режим поводження з ними не може бути аналогічним тому, який пред'являється до речових доказів [4, с. 15; 5, с. 56]. Проте традиційно у слідчій практиці речовими доказами визнаються також носії інформації, у тому числі електронні. У нашому випадку таким є поточний банківський рахунок, керування яким здійснюється опосередковано через пристрої

зчитування електронної інформації, наприклад банківське комп'ютерне устаткування. Крім того, що стосується встановлених у ст. 78 КПК України видів речових доказів, то у літературі зазначається, що індивідуальні ознаки грошових коштів не мають значення в разі придбання їх у результаті цивільно-правової угоди, предметом якої було майно, отримане злочинним шляхом [6, с. 233], що значною мірою відповідає особливостям вчинення злочинів у сфері господарювання.

На особливу увагу заслуговує питання про можливість блокування рахунку підприємства без установлення слідчим і зазначення в рішенні суду конкретної суми грошових коштів, на які повинен бути накладений арешт, тобто шляхом заборони здійснення видаткових операцій по ньому. Допустимість цього пояснюється тим, що, по-перше, дослідити стан рахунку підприємства шляхом проведення виїмки документів, які містять банківську таємницю, неможливо у зв'язку з необхідністю забезпечення раптовості проведення процесуальних дій з його блокування; по-друге, як правило, на рахунки фіктивних підприємств з метою конвертації грошові кошти можуть надходити цілодобово, що, з одного боку, унеможливорює встановлення точної суми грошових коштів, з іншого – викликає необхідність їх арешту як отриманих злочинним шляхом. Крім того, це цілком співвідноситься з чинним законодавством, зокрема, згідно із ст. 59 Закону України «Про банки та банківську діяльність» банк зобов'язаний на вимогу суду зупинити видаткові операції за рахунками юридичних або фізичних осіб у межах суми, на яку накладено арешт, крім випадків, коли арешт накладено без встановлення такої суми.

Не менш актуальною є проблема організації та тактичних особливостей здійснення визначеного заходу. І хоч у нормативних документах Національного банку України порядок дій посадових осіб комерційних банків в разі отримання постанови суду про накладення арешту достеменно визначений (Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління НБУ від 21.01.2004 р. № 22), у криміналістичній літературі неодноразово зазначалося про активну протидію службових осіб фінансової установи правоохоронним органам шляхом укриття зарахованих на рахунок коштів. Так, для списання грошових коштів використовувалися резервні рахунки банківської установи [7, с. 111] або заздалегідь підготовлені документи без дати виконання від імені власника про закриття ім власного рахунку та перерахування грошових коштів в інший банк [8, с. 51]. Вивчення матеріалів кримінальних справ, а та-

кож опитування слідчих та оперативних працівників свідчить, що з метою нейтралізації протидії та створення оптимальних умов накладення арешту на повний обсяг грошових коштів на поточних рахунках доцільно здійснювати такі заходи:

- у постанові суду про накладення арешту зазначається про обов'язок посадових осіб банківської установи негайно та безумовно виконати не тільки вимогу накласти арешт, а й після ознайомлення з відповідним документом надати можливість слідчому (оперативному працівнику) зафіксувати суму грошових коштів, яка є на рахунку;

- час проведення арешту обирається залежно від наявності керівництва банківської установи на своєму робочому місці, переважно в першій половині дня;

- в окремих випадках (у разі ймовірності протидії) під час накладення арешту у присутності двох понять оформлюється протокол накладення арешту на грошові кошти, що знаходяться на рахунку, де, крім передбачених ст. 85 КПК України обставин, зазначається про факт надання можливості посадовими особами банківської установи ознайомитися із станом рахунку та сумою грошових коштів на ньому в момент його блокування.

У свою чергу, в разі, коли посадові особи відмовляються негайно ознайомити з сумою грошових коштів, яка зарахована на рахунок, або зволікають із цим, відповідні факти фіксуються в протоколі та в подальшому є визначальними для прийняття рішень про проведення виїмки або обшуку у банківській установі, допитів посадових осіб кредитної установи тощо. Крім того, про зазначені випадки протидії посадових осіб комерційних банків попереджається керівництво Національного банку України відповідним поданням про вжиття заходів для усунення причин і умов, що сприяли вчиненню злочину (у порядку ст. 23¹ КПК України).

Викладене дозволяє дійти **висновку**, що в чинному законодавстві питання визначення режиму поведінки з безготівковими грошовими коштами – об'єктами злочинних посягань, а також накладення арешту на поточні банківські рахунки суб'єктів підприєм-

ництва вирішуються непослідовно, нечітко й явно потребують більш детальної регламентації з урахуванням норм кількох галузей права. Розв'язання зазначеної проблеми актуалізується ще й тим, що, з одного боку, узагальнення слідчої практики вказує на різке зростання злочинних посягань на безготівкові грошові кошти з використанням прав юридичних осіб, зокрема кредитних спілок, фіктивних та реально діючих підприємств, а це ставить питання про механізми відшкодування шкоди, завданої злочином; з іншого – прозорий і чітко визначений механізм накладення арешту на відповідні об'єкти не дозволить порушувати права та законні інтереси осіб, втягнутих до сфери кримінального судочинства, та розглядатиметься як засіб зловживання своїм становищем посадових осіб правоохоронних органів.

Література

1. *Розкриття та розслідування злочинів, пов'язаних з легалізацією (відмиванням) доходів, одержаних злочинним шляхом* / С. Н. Баліна, В. І. Шакуна, О. Б. Сахарова та ін.; За ред. В. І. Шакуна. – К., 2003. – 86 с.
2. *Волобуєв А. Ф.* Наукові основи комплексної методики розслідування корисливих злочинів у сфері підприємництва: Дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2002. – 420 с.
3. *Шмонин А.* Наложение ареста на денежные средства и иные ценности органами расследования // Право и экономика. – 2005. – № 7. – С. 61–65.
4. *Олейник О.* Арест денежных средств предприятий и банков // Законность. – 1993. – № 10. – С. 11–16.
5. *Скловский С.* Некоторые проблемы защиты собственности и владения в рамках уголовного дела о мошенничестве // Хозяйство и право. – 2007. – № 4. – С. 50–57.
6. *Кримінально-процесуальний кодекс України*: Науково-практичний коментар / За ред. В. Т. Маляренка, В. Г. Гончаренка. – К., 2008. – 896 с.
7. *Лысенко В.* Криминалистическая характеристика деятельности фиктивных субъектов предпринимательства посредством банковских учреждений // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7. – С. 108–111.
8. *Чернявський С. С., Довбаш Р. С.* Протидія злочинам, пов'язаним з незаконним відшкодуванням податку на додану вартість. – К., 2009. – 216 с.

The article deals with the problems of criminal-judicial regulation and tactics of conducting an imposition of arrest on the current bank account of a juridical person during investigation of separate crimes in the field of management and with analysis of investigation practice through this question.

В статье рассматриваются проблемы уголовно-процессуальной регламентации и тактики проведения наложения ареста на текущий банковский счет юридического лица при расследовании отдельных преступлений в сфере хозяйствования, анализируется следственная практика по этому вопросу.



ВІДОМОСТІ ЩОДО НАДАНИХ ТЕЛЕКОМУНІКАЦІЙНИХ ПОСЛУГ ЯК ОДИН ІЗ ВИДІВ КРИМІНАЛІСТИЧНО ЗНАЧИМОЇ ІНФОРМАЦІЇ ПРО АБОНЕНТА МОБІЛЬНОГО ЗВ'ЯЗКУ

Олександр Сербінов,

ад'юнкт кафедри криміналістики
Київського національного університету внутрішніх справ

У роботі досліджено відомості щодо наданих телекомунікаційних послуг як один із видів криміналістично значимої інформації про абонента мобільного зв'язку. Сформовано практичні рекомендації для працівників правоохоронних органів щодо роботи з інформацією про абонента, яку на законних підставах може бути отримано від оператора мобільного зв'язку. Визначено перспективні напрями подальших розвідок з досліджуваних питань.

Ключові слова: оператор мобільного зв'язку, телекомунікаційні послуги, криміналістично значима інформація.

Одним із негативних результатів технічного прогресу у галузі мобільного зв'язку став постійно зростаючий інтерес до цієї сфери з боку злочинних елементів. Така заінтересованість зумовлена широкими можливостями використання новітніх технологій зв'язку у злочинних цілях.

За цих умов одним із важливих джерел отримання інформації про осіб, причетних до скоєння злочину, для працівників правоохоронних органів стають дані операторів мобільного зв'язку (далі – ОМЗ).

Аналіз новітніх наукових доробків з означених питань дав можливість дійти висновку про наявність прогалин, зумовлених недостатньою теоретичною розробленістю окремих аспектів роботи з інформацією про абонента, що може бути на законних підставах отримана від ОМЗ.

Тоді розробка деталізованого переліку відомостей про особу абонента мобільного зв'язку, які можуть бути отримані у ході оперативно-розшукових заходів або слідчих дій (криміналістично значимої інформації про абонента мобільного зв'язку), є першочерговим етапом, який дасть можливість активізувати наукові дослідження проблем отримання, вивчення, оцінки та використання інформації про особу абонента мобільного зв'язку, а також сприятиме більш ефективному вирішенню питання практичної діяльності правоохоронних органів.

Здійснюючи науковий пошук в обраному напрямі з використанням результатів досліджень вітчизняних учених (зокрема, В. Басая, В. Берназа, С. Смокова, П. Біленчука, Б. Романюка, В. Цимбалюка, В. Гевка, І. Гепка, В. Гупала, І. Аблазова, Є. Женчура, А. Іщенко, С. Кириченка, Ю. Ланцедова, А. Огородника, Ю. Ткач,

І. Когутича, В. Кузьмічова, Ю. Черноус, В. Лисиченка, Р. Шехавцова та ін.), а також зарубіжних науковців (таких як М. Адаменко, Р. Белкін, М. Букін, П. Гелль, В. Іпатов, В. Орлов, І. Самойлов, В. Смирнов та ін.), ми дійшли висновку, що масив криміналістично значимої інформації про абонента поділяється на відомості про абонента, які знаходяться у користуванні оператора мобільного зв'язку та інформацію, що міститься у кінцевому обладнанні абонента мобільного зв'язку.

При цьому ми досліджували як джерела юридичної спрямованості, так і роботи, що охоплюють технічну складову аналізованого питання.

Серед доробків, що безпосередньо стосуються отримання, вивчення, оцінки та використання інформації про особу – абонента телекомунікаційної мережі, слід назвати наукові роботи Д. Сергєєвої¹ та С. Томина². Разом з тим, ці вчені розглядали переважно питання зняття інформації з каналів зв'язку.

Зважаючи на виключну важливість питання класифікації криміналістично значимої інформації про абонента мобільного зв'язку, ми провели науковий аналіз такої групи даних, як відомості щодо наданих телекомунікаційних послуг.

Метою цієї статті є дослідження відомостей щодо наданих телекомунікаційних послуг

¹Сергєєва Д. Б. Зняття інформації з каналів зв'язку: кримінально-процесуальні і криміналістичні засади: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 16 с.

²Томина С. В. Основні етапи роботи з джерелами особистісної інформації у процесі розкриття та розслідування злочинів: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2007. – 20 с.

як одного з видів криміналістично значимої інформації про абонента мобільного зв'язку; сформування практичних рекомендацій для працівників правоохоронних органів щодо роботи з інформацією про абонента, яка може бути на законних підставах отримана від ОМЗ; визначення перспективних напрямів подальших розвідок з досліджуваних питань.

Відповідно до Правил надання та отримання телекомунікаційних послуг (далі – Правила), затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 09.08.2005 р. № 720, під *телекомунікаційною послугою* слід розуміти продукт діяльності оператора та/або провайдера телекомунікацій, спрямований на задоволення потреб споживачів у сфері телекомунікацій.

Телекомунікаційні послуги поділяються на: загальнодоступні (універсальні); інші телекомунікаційні послуги.

Загальнодоступні (універсальні) телекомунікаційні послуги – мінімальний набір визначених Законом України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. послуг нормованої якості, доступний усім споживачам на всій території України.

За ознаками надання телекомунікаційні послуги поділяються на *основні* та *додаткові*, що нерозривно пов'язані технологічно з наданням певних основних телекомунікаційних послуг. Згідно з Правилами перелік додаткових послуг визначається технічними можливостями обладнання операторів, провайдерів телекомунікацій.

Оператори, провайдери самостійно визначають перелік телекомунікаційних послуг, що надаються споживачам, крім випадків покладення на операторів за рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку відповідно до Закону України «Про телекомунікації» обов'язку щодо розвитку та надання загальнодоступних (універсальних) телекомунікаційних послуг.

Відповідно до Правил споживач у межах технічних можливостей має право обрати оператора, провайдера та вид телекомунікаційних послуг, що ними надаються.

Основними послугами мобільного зв'язку є:

- надання доступу до мережі оператора рухомого (мобільного) зв'язку шляхом підключення та з'єднання *кінцевого обладнання абонента*;
- передавання і приймання інформації голосом.

При цьому, згідно з чинними нормативними документами сфери телекомунікацій, на загальному рівні *кінцевим обладнанням* є обладнання, призначене для з'єднання з

пунктом закінчення телекомунікаційної мережі з метою забезпечення доступу до телекомунікаційних послуг (телефонний та факсимільний апарат, комп'ютер, модем, телеприймач тощо). Для галузі мобільного зв'язку типовим кінцевим обладнанням є радіотелефони або *термінали мобільного зв'язку*.

Що стосується додаткових послуг мобільного зв'язку, то оператор може надавати абонентам *платні* та *безоплатні* додаткові послуги за визначеним ним переліком.

Додатковими платними послугами мобільного зв'язку, зокрема, є:

- передавання і приймання текстових повідомлень;
- установа, перевстановлення, переключення, повторне підключення кінцевого обладнання абонента;
- надання телекомунікаційного каналу для підключення систем сигналізації (пожежної, охоронної тощо);
- тимчасове відключення і включення кінцевого обладнання за заявою абонента;
- надання довідково-інформаційних послуг;
- переадресування виклику;
- очікування вхідного виклику;
- заборона виклику;
- обмеження виклику;
- голосова пошта;
- конференц-зв'язок;
- вибір абонентського номера;
- зміна абонентського номера;
- роумінг;
- передавання і приймання мультимедійних повідомлень.

У Правилах стосовно **безоплатних додаткових послуг** зазначено, що оператор зобов'язаний безоплатно надавати споживачам доступ до служб екстреного виклику: пожежна служба (101), міліція (102), швидка медична допомога (103), аварійна служба газу (104) та служба допомоги (112) і цей перелік послуг не може бути скорочений.

З урахуванням викладеного та з погляду криміналістичної значимості пропонуємо класифікувати увесь загальний перелік наданих телекомунікаційних послуг за такими основними групами:

- 1) дані про факт отримання послуг;
- 2) відомості щодо тривалості тієї чи іншої отриманої послуги;
- 3) інформація про зміст отриманих послуг;
- 4) інформація про маршрути передавання.

На нашу думку, цією класифікацією охоплюється увесь загальний перелік наданих телекомунікаційних послуг.

Із застосуванням запропонованої класифікації криміналістично значима інформація щодо телефонних викликів абонента, наприклад, є такою: дані про факт здійснен-

ня/отримання телефонного виклику (був/не було); відомості про тривалість телефонної розмови абонента; інформація про зміст телефонної розмови; інформація про місцезнаходження особи, що здійснила телефонний виклик.

За допомогою наведеної класифікації можна угрупувати як основні, так і додаткові послуги зв'язку.

Її застосування у практичній діяльності правоохоронних органів дасть можливість належним чином формувати запити до ОМЗ для отримання криміналістично значимої інформації про абонента. Зокрема, співробітнику правоохоронного органу у ході визначення переліку відомостей, що можуть бути надані ОМЗ, слід враховувати такі моменти:

існує значна кількість різнопланових послуг, що можуть надаватись оператором мобільного зв'язку;

оператори самостійно визначають перелік телекомунікаційних послуг, що надаються споживачам, крім випадків покладення на операторів за рішенням Національної комісії з питань регулювання зв'язку відповідно до Закону України «Про телекомунікації» обов'язку щодо розвитку та надання загальнодоступних (універсальних) телекомунікаційних послуг.

З урахуванням викладеного, працівник правоохоронного органу на етапі підготовки

відповідного запиту до ОМЗ, має, насамперед, конкретизувати перелік телекомунікаційних послуг, що були надані (або надаються) тому чи іншому споживачу.

Дотримуючись цієї рекомендації, у подальшому можна отримати від ОМЗ максимально можливий обсяг криміналістично значимої інформації про абонента.

Висновки

Під час визначення переліку відомостей, що можуть бути надані ОМЗ працівнику правоохоронного органу, слід враховувати існуючу різноманітність послуг, що надаються ОМЗ.

Конкретизація працівником правоохоронного органу переліку телекомунікаційних послуг, що були надані (або надаються) тому чи іншому споживачу на етапі підготовки відповідного запиту до ОМЗ дасть можливість у подальшому отримати максимально можливий обсяг криміналістично значимої інформації про абонента.

У майбутньому необхідно продовжити розробку наукових та практичних рекомендацій щодо змісту основних заходів, які мають бути реалізовані працівником правоохоронного органу для отримання криміналістично значимої інформації від ОМЗ.

We studied the information on the provision of telecommunications services as one of the types of forensic-relevant information on mobile subscribers. Formulated practical recommendations for law enforcement officers concerning the handling of information about the subscriber, which can be legitimately obtained from the mobile operator. The perspective directions of further scientific research on the issue studied.

В работе исследованы сведения о предоставленных телекоммуникационных услугах в качестве одного из видов криминалистически значимой информации об абонентах мобильной связи. Сформированы практические рекомендации для сотрудников правоохранительных органов, касающиеся работы с информацией об абоненте, которая может быть на законных основаниях получена от оператора мобильной связи. Определены перспективные направления дальнейших научных поисков по исследуемым вопросам.

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Академії правових наук України, ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва Академії правових наук України
(протокол № 4 від 28.04.2010 р.)**

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ М. МІНЯЙЛА, Ю. КІЩАКА «АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ГРОМАДЯН НА ЗВЕРНЕННЯ»¹

О. В. Синьов,

канд. юрид. наук,

*доцент кафедри конституційного та адміністративного права і процесу
юридичного факультету Чорноморського державного університету ім. Петра Могили*

У сучасних умовах державно-правового розвитку України, що конституційно проголошує себе правовою і демократичною державою, проблеми забезпечення та захисту прав і свобод людини мають динамічний характер розвитку та охоплюють усе більший спектр питань, пов'язаних з реалізацією права громадян на звернення у сфері адміністративного права. Важливим кроком до практичного вирішення проблеми з реалізації права громадян на звернення є вихід друком монографічної праці М. Міняйла та Ю. Кіщака, яка стала результатом тривалого комплексного дослідження ними конституційного права громадян на звернення.

Наявні на сьогодні в державі правові та економічні реалії забезпечення права громадян на звернення органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування та суддівською практикою зумовлюють актуальність та значимість цього питання.

Названа праця виділяється якісним змістом: по-перше, без повторень відомих наукових постулатів, послідовно, за логікою наукового генезису викладаються теоретико-методологічні основи реалізації права громадян на звернення на основі дослідження природи людини та соціально-правової сутності інституту права громадян на звернення; по-друге, автори вдало визначають чинники, які формують підстави для звернень громадян, та окреслюють коло державних органів, що забезпечують реалізацію цього права.

Автори, використовуючи наукову аргументацію, розкривають сутність адміністра-

тивно-правового забезпечення розгляду звернень громадян, досліджують ефективність управлінської діяльності в частині забезпечення реалізації Закону України «Про звернення громадян» та порушують питання стосовно посилення юридичної відповідальності за порушення права громадян на звернення.

Особливістю поглядів дослідників, поряд з теоретичним обґрунтуванням, є те, що вони звертають увагу на практичні підходи до рівня розгляду звернень громадян законодавчою і виконавчою владами та судовою системою України. Узагальнення практики розгляду звернень громадян різними гілками влади є першою спробою систематизації цього питання, що дає можливість уніфікувати систему роботи із зверненнями громадян.

У монографії М. Міняйла та Ю. Кіщака можна знайти ряд полемічних положень, викликаних новачками у дослідженні такого складного питання, як забезпечення якісного та ефективного розгляду звернень громадян, зокрема теоретичного осмислення прав і свобод людини, місця адміністративного розгляду звернень громадян у системі захисту прав і свобод громадян тощо. На жаль, по тексту роботи зустрічаються окремі недоліки загального редакційного характеру (орфографічні та стилістичні помилки, невірно наведено назву праці Ю. Тихомирова тощо), які в цілому не впливають на зміст роботи, її системність, логічність та обґрунтованість наведених висновків.

У цілому рецензована робота дає можливість отримати цілісне уявлення стосовно реальної ситуації із зверненнями громадян як у нормативно-правовому забезпеченні, так і в практичному застосуванні, і з огляду на це заслуговує на високу оцінку як за формою, так і за змістом.

¹Міняйло М. П., Кішак Ю. І. Адміністративно-правове забезпечення реалізації права громадян на звернення: Монографія / За заг. ред. І. Т. Кіщака. – Миколаїв, 2009. – 192 с.