

4
2013 (208)

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

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА НАПРн УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

БЕЛЯНЕВИЧ О.
БОБРИК В.
ГАЛЯНТИЧ М.
ДЕМЧЕНКО С.
ЗУБ І.
КРУПЧАН О.
КУБКО Е.
КУЗНЕЦОВА Н.
ЛУК'ЯНЕЦЬ Д.
ЛУЦЬ В.
МАЙДАНИК Р.
МАМУТОВ В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Ірина Снігур

Вплив парламенту України на визначення територіального устрою 3

ІСТОРІЯ ПРАВОВИХ УЧЕЇ. ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Микола Жовтобрюх

Ідеологія лібералізму як складова англо-саксонської правової культури 7

Мар'ян Бедрій

Звичай ділового обороту в історії українського права 11

КРИМІНАЛІСТИКА. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Василь Білоус

Упровадження біометричних технологій запобігання порушенням
законотворчої процедури 15

Андрій Молдован

Засади кримінального процесу в Україні та ФРН 24

Руслан Кацавець

Судові промови у кримінальному судочинстві України: сутність і проблеми 27

Тимур Лоскутов

Предмет і механізм правового регулювання у кримінальному процесі 30

Сергій Завада

Правовий статус особи, яка може бути відсторонена від посади
у кримінальному провадженні 34

Дмитро Валігура

Генеза інституту оскарження в кримінальному процесі 39

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Олена Яра

Наслідки як ознака об'єктивної сторони злочинів, що посягають
на об'єкти права інтелектуальної власності 43

Світлана Хилюк

Правило NULLUM CRIMEN SINE LEGE в інтерпретації
Європейського Суду з прав людини 47

Анелія Смирнова

Генеза кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків,
зборів (обов'язкових платежів) 52

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Євгеній Петров

Антимонopolне регулювання як адміністративний механізм
участі публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах 56

Олександр Шевчук

Конвенційні джерела у системі законодавства України з контролю
за наркотиками: становлення та розвиток 61

Марія Чернуха

Шляхи вдосконалення інвестиційного законодавства України 65

Олександр Мартян	Адміністративне судочинство в системі понять адміністративної науки	69
Руслан Врадій	Освітня діяльність у сфері дорожнього руху як об'єкт адміністративно-правового регулювання	73
Ігор Рижов	Щодо необхідності нормативно-правового регулювання профілактики тероризму	76
Олена Синкова	Організаційно-правові засади управлінського аудиту в органах виконавчої влади	80
Діана Кіріка	Пріоритети механізму звітування про фінансові операції в системі фінансового моніторингу	84
Олег Ільницький	Правова природа заходів впливу за порушення бюджетного законодавства й її вплив на правозастосування	89
Оксана Тулай, Анна Марчук	Доходи місцевих бюджетів України та міжнародно-правові стандарти: проблеми імплементації	94
Ольга Косиця	Адміністративно-правові засади інформаційного забезпечення у сфері справляння податків	98
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС. СІМЕЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО		
Тетяна Вахонєва	Юридичний зміст майнових прав виробників фонограм і відеограм як суб'єктів суміжних прав за законодавством України	102
Тетяна Крисань	Форми реалізації юридичних гарантій цивільних прав	107
Тетяна Матвєєнко	Класифікація договорів ядерного страхування	110
Аріна Савченко	Критерії диференціації нерухомого майна в чинному законодавстві України: шляхи вдосконалення	114
Катерина Добкіна	Органи управління торгово-промислових палат України	118
Олександра Філюк	Щодо понять «охорона» та «захист» майнових прав сільськогосподарських товаровиробників	121
Тетяна Простибоженко	Напрями вдосконалення правового регулювання порядку набуття прав на земельну ділянку за набувальною давністю	124
Віталій Короленко	Проведення у зв'язку з нововиявленими обставинами у цивільному процесі	129
Максим Гетманцев	Джерела формування речових доказів	134
Олена Некрасова	Застосування аналогії до регулювання сімейних відносин	138
Галина Дмитриченко	Колізія права на торговельну марку та географічне зазначення на міжнародно-правовому рівні	141
ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО		
Володимир Устименко, Ольга Кучер	Деякі аспекти механізму правового забезпечення планування господарської діяльності КНР	145
ТРУДОВЕ ПРАВО		
Ірина Козуб	Конституційні принципи трудового права	150
Євгенія Ключєва	Деякі аспекти міжнародно-правового регулювання праці моряків	155
АГРАРНЕ ПРАВО		
Максим Гребенюк	Досвід Китайської Народної Республіки у сфері правового забезпечення продовольчої безпеки	158
Лідія Полухович	Про правові аспекти стандартизації сільськогосподарської продукції в Україні у контексті членства в СОТ	162

УДК 342.53(470)

Ірина Снігур,*канд. юрид. наук, головний науковий консультант
Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України*

ВПЛИВ ПАРЛАМЕНТУ УКРАЇНИ НА ВИЗНАЧЕННЯ ТЕРИТОРІАЛЬНОГО УСТРОЮ

У статті досліджується один із напрямів реалізації установчої функції парламенту України – визначення територіального устрою.

Ключові слова: парламент, установча функція парламенту, територіальний устрій держави, адміністративно-територіальний устрій держави.

Один із напрямів реалізації установчої функції парламенту України – визначення засад територіального устрою. Територіальний устрій держави є просторовою основою для побудови системи державних органів, а також органів місцевого самоврядування. При цьому територія завжди була відправним пунктом для формування держави. Ще на початку XX ст. у юриспруденції висловлена думка, яка досі залишається актуальною: державу формують три складові елементи: народ, територія й органи влади [1, с. 184–189].

Проблематика територіального устрою держави в різних її аспектах знайшла відображення в наукових працях багатьох вітчизняних дослідників, серед яких А. Гетьман, Р. Губань, І. Магновський, М. Корнієнко, В. Куйбіда, В. Новик, В. Погорілко, Л. Тварковська, В. Шаповал, Л. Шевчук, Я. Шевчук та ін. Натомість вплив законодавчого органу на визначення територіального устрою в контексті реалізації цим вищим органом державної влади установчої функції в науці конституційного права України на сьогодні досліджений досить фрагментарно.

Метою цієї статті є дослідження одного з напрямів реалізації установчої функції парламенту України – визначення територіального устрою.

Перш за все, слід звернути увагу на необхідність термінологічного розмежування понять «територіальний устрій» та «адміністративно-територіальний устрій», які, на перший погляд, є досить близькими за значенням. Так, на думку В. Погорілка, територіальний устрій – це передбачена законами територіальна організація держави з метою забезпечення найбільш оптимального вирішення завдань і здійснення функцій суспільства

та держави; здійснюється, як правило, шляхом поділу території держави на частини – територіальні одиниці, які є просторовою основою для утворення та діяльності відповідних органів державної влади й органів місцевого самоврядування. Вчений пропонував розрізняти два основних види територіального устрою: політично-територіальний устрій, який є розмежуванням територій між державними утвореннями всередині держави, що характерно здебільшого для федеративних держав; адміністративно-територіальний устрій, який є внутрішнім поділом території держави на частини. В Україні, як був переконаний учений, відповідно до Конституції України існує адміністративно-територіальний устрій [2, с. 42].

На думку М. Корнієнка, адміністративно-територіальний устрій є невід'ємною складовою категорії «територіальний устрій», що є більш широкою за своїм змістом [3, с. 604]. А. Гетьман також зазначає, що адміністративно-територіальний устрій – це складова територіального устрою [4, с. 124].

Наведені наукові погляди відображають найбільш поширену наукову позицію, за якою адміністративно-територіальний устрій уявляється як складова територіального устрою держави. Отже, територіальний устрій за своїм значенням є ширшим поняттям ніж адміністративно-територіальний устрій і включає останній.

І. Магновський вважає, що ґрунтовним і змістовним визначенням територіального устрою є його визначення як організації території держави, що ґрунтується на засадах єдності та цілісності території держави, поєднання централізації та децентралізації у здійсненні державної влади, збалансованості соціально-економічного розвитку регіонів із урахуванням їх особливостей і традицій [5, с. 91]. Проте, якщо звернутися до змісту ст. 132 Кон-

ститутції України, то очевидним є зв'язок запропонованого вченим формулювання з приписом цієї статті, адже територіальний устрій держави визначається через його засади.

З огляду на те, що Конституція України вживає саме термін «територіальний устрій», а за загальним правилом законодавчої техніки юридичні терміни не повинні використовуватись у законодавстві в іншому значенні, ніж вони використовуються в Конституції України, на нашу думку, необхідно вести мову саме про реалізацію парламентом України установчої функції щодо визначення територіального устрою України. При цьому роль Верховної Ради України у визначенні територіального устрою є безумовною, що підтверджується передусім конституційними приписами. Так, згідно з п. 13 ч. 1 ст. 92 Конституції України територіальний устрій України визначається виключно законом. Припис ч. 3 ст. 2 Конституції України передбачає, що територія України в межах існуючого кордону є цілісною та недоторканою. Розділ IX Конституції України «Територіальний устрій України» визначає засади територіального устрою, а також систему адміністративно-територіального устрою України.

До засад територіального устрою Конституція України відносить: єдність і цілісність державної території означає, що складові її частини перебувають у взаємозв'язку; поєднання централізації та децентралізації у здійсненні державної влади передбачає, що центральні органи державної влади опікуються загальнодержавними інтересами, а інші функції передаються органам місцевого самоврядування; збалансованість соціально-економічного розвитку регіонів, із урахуванням їх історичних, економічних, екологічних, географічних і демографічних особливостей, етнічних і культурних традицій, передбачає диференційований підхід до питань демографічної політики, економічного, екологічного, культурного розвитку, забезпечення цілісності державної території.

Система адміністративно-територіального устрою України включає три рівні: Автономна Республіка Крим, області, міста Київ та Севастополь; райони та міста обласного підпорядкування; райони в містах, міста районного підпорядкування, селища та села [6, с. 309].

Як зазначає О. Клименко, після занепаду СРСР Україна стала незалежною, єдиною, централізованою державою із своєю невідчужуваною територією, кордони якої закріплені в Конституції та законодавстві країни, визнані світовим співтовариством, що, втім, було механічним зліпком з форми державного устрою СРСР. Поділ України на адміністративно-територіальні одиниці відбувся, коли вона була ще союзною республікою. На об-

ласті й райони ділилися всі республіки, що входили до складу СРСР [7, с. 9].

Відповідно до п. 16 ч. 1 ст. 92 Конституції України статус столиці України та спеціальний статус інших міст визначається виключно законом. Частина 3 ст. 133 Конституції України встановлює вичерпний перелік міст, спеціальний статус яких визначається законами України (міста Київ і Севастополь). При цьому відповідно до ч. 2 ст. 118 та ч. 2 ст. 140 Основного Закону особливості здійснення виконавчої влади й особливості здійснення місцевого самоврядування (що є ключовими елементами спеціального статусу) лише в цих двох містах визначаються окремими законами України. Таким чином, Конституція України виключає можливість надання будь-яким іншим містам в Україні спеціального статусу, який би міг характеризуватись особливостями адміністративно-територіального поділу цих міст, особливостями здійснення в них місцевого самоврядування та виконавчої влади тощо.

Спеціальний статус міста Києва визначений ще у 1999 р. в Законі України «Про столицю України – місто-герой Київ» від 15.01.1999 р. Проте навряд чи можна назвати нормативно-правове регулювання спеціального статусу міста Києва як столиці України, особливостей здійснення виконавчої влади та місцевого самоврядування у місті досконалим, що підтверджується як чисельними конституційними поданнями до Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення окремих положень Закону, так і змінами до цього Закону.

Необхідність прийняття окремого закону про місто Севастополь безпосередньо впливає з низки конституційних норм, що передбачають можливість визначення спеціального статусу для міста Севастополя та особливостей здійснення у ньому виконавчої влади та місцевого самоврядування (п. 16 ч. 1 ст. 92, ч. 2 ст. 118, ч. 3 ст. 133, ч. 2 ст. 140 Конституції України). Незважаючи на те, що після прийняття Конституції України до Верховної Ради України кожного скликання вносилося по кілька законопроектів, якими пропонувалося врегулювати спеціальний статус міста Севастополя, досі тривають дискусії навколо концептуальних приписів майбутнього законодавчого акта.

У практиці законопроекткування останнім часом з'явилися пропозиції врегулювати спеціальний статус інших (крім Києва та Севастополя) міст України, зокрема Львову, Кривого Рогу, Харкова, Одеси та Керчі. Суб'єкти права законодавчої ініціативи всупереч конституційним приписам подають відповідні проекти (зокрема, проект Закону України «Про Львів – місто культурної спадщини» реєстраційний № 2194 від 17.11.2006 р.; проект За-

кону України «Про спеціальний статус міста Кривий Ріг» реєстраційний № 1239 від 18.12.2007 р.; проект Закону України «Про місто Харків» реєстраційний № 2512 від 19.05.2008 р.; проект Закону України «Про статус міст-героїв Одеса та Керч» реєстраційний № 4822 від 14.07.2009 р.), в яких роблять спроби визначити засади побудови влади у відповідних містах (функціонування місцевого самоврядування, містобудування, медичного, соціального забезпечення, житлово-комунального обслуговування населення, а також багатьох інших аспектів).

Аналіз положень ч. 3 ст. 2, п. 13 ч. 1 ст. 92, ст. 132, ч. 1 ст. 133 та ст. 140 Конституції України у контексті їх системного взаємозв'язку дає підстави стверджувати: питання визначення внутрішньої територіальної організації держави, що включає поділ її території на відповідні адміністративно-територіальні одиниці, є питаннями загальнодержавного значення, у вирішенні яких об'єктивно має брати безпосередню участь держава в особі відповідних органів державної влади, що не виключає можливості участі у вирішенні цих питань відповідних органів місцевого самоврядування.

Конституційний Суд України у своєму рішенні у справі про адміністративно-територіальний устрій від 13.07.2001 р. № 11-рп/2001 здійснив офіційне тлумачення п. 13 ч. 1 ст. 92 Конституції України. Так, у п. 3 резолютивної частини згаданого рішення зазначається: «положення пункту 13 частини першої статті 92 Конституції України про те, що виключно законами України визначається «територіальний устрій України», треба розуміти так, що питання територіального устрою України, зокрема визначення змісту цього поняття, правового статусу і видів адміністративно-територіальних одиниць, повноваження органів щодо вирішення питань адміністративно-територіального устрою України, є питаннями загальнодержавного значення і врегульовуються лише законом».

До компетенції Верховної Ради України належить також повноваження, передбачене п. 29 ч. 1 ст. 85 Конституції України: «утворення і ліквідація районів, встановлення і зміна меж районів і міст, віднесення населених пунктів до категорії міст, найменування і перейменування населених пунктів і районів». При цьому у згаданому рішенні Конституційний Суд України уточнив у абзаці 2 п. 1 резолютивної частини, що «згідно з пунктом 29 частини першої статті 85 Конституції України до повноважень Верховної Ради України належить утворення і ліквідація районів, встановлення і зміна їх меж, найменування і перейменування тільки районів, а не районів у містах».

Чинним Регламентом Верховної Ради України не визначено виду правових актів, які приймаються Верховною Радою України на реалізацію передбачених п. 29 ч. 1 ст. 85 Конституції України повноважень парламенту у сфері територіального устрою. Разом із тим за існуючою практикою (з огляду на ненормативний зміст актів) із зазначених питань парламентом приймаються постанови.

Як зазначає Л. Тварковська, у конституціях європейських унітарних держав, що регламентують деякі аспекти утворення, зміни меж і статусу адміністративно-територіальних одиниць, основним носієм ініціювання таких питань є мешканці заінтересованих територіальних одиниць. Як правило, питання утворення, трансформації, ліквідації адміністративно-територіальних одиниць вирішуються шляхом видання певного акта парламентом держави (Італія, Іспанія, Ліхтенштейн, Люксембург, Нідерланди, Молдова, Франція, Португалія та ін.). Однак у Білорусі та Болгарії визначальну роль у вирішенні цих питань відіграє президент і Рада Міністрів, у Польщі – Рада Міністрів і прем'єр-міністр. При цьому, наприклад, досвід Литви не передбачає проведення обов'язкових референдумів для консультації з населенням під час вирішення таких питань. Зокрема, в законі «Про адміністративно-територіальні одиниці Республіки Литви та їх межі» встановлено (ст. 6), що заснування повітів, зміна їхніх меж здійснюються Сеймом республіки за пропозицією керівництва республіки. Кордони муніципалітетів повинні бути змінені, коли кількість муніципалітетів або їх меж змінюються. Спеціальний закон установлює, що заснування муніципалітетів і зміна їх меж, а також кордонів і центрів (ст. 7) здійснюється Сеймом за пропозицією керівництва республіки, з урахуванням думки місцевої влади. Натомість Законом «Про адміністративно-територіальний устрій Республіки Молдова» (гл. 3) встановлено, що створення, ліквідація та зміна статусу адміністративно-територіальних одиниць здійснюються парламентом після проведення консультації з громадянами [8].

Слід зазначити, що обсяг визначених Конституцією України повноважень Верховної Ради України щодо зміни статусу та меж адміністративно-територіальних одиниць значно менше, ніж передбачено Положенням про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР, затвердженим Указом Президії Верховної Ради Української РСР від 12.03.1981 р. № 1654-X. Так, відповідно до цього Положення утворення та ліквідація областей провадяться Верховною Радою Української РСР (п. 1 розділу I). Конституція України не передбачає такого повноваження парламенту України.

У теорії парламентаризму серед напрямів діяльності парламенту України виокремлюють його територіальну функцію. Так, на думку В. Погорілка, відповідно до чинної Конституції Верховна Рада України приймає закони про територіальний устрій, правовий режим державного кордону, про статус столиці України та спеціальний статус інших міст, утворює і ліквідує райони, встановлює та змінює межі районів і міст, вирішує питання про віднесення населених пунктів до категорії міст, найменування та перейменування населених пунктів і районів тощо. Крім того, Верховна Рада України призначає всеукраїнський референдум про зміну території України [9, с. 19–20]. Проте, на нашу думку, перелічені повноваження Верховної Ради України охоплюються таким напрямом реалізації її установчої функції, як визначення територіального устрою.

Що стосується повноваження Верховної Ради призначати всеукраїнський референдум із питань зміни території України (п. 2 ч. 1 ст. 85, ст. 73 Конституції України), то його аналіз у подальшому стане предметом наших наступних досліджень. Адже відповідне повноваження може бути віднесено одночасно до двох напрямів реалізації установчої функції парламенту України: визначення засад територіального устрою; визначення форм прямої (безпосередньої) демократії. Наведене є прикладом того, як одне й те саме повноваження є змістом двох напрямів реалізації установчої функції парламенту України.

Висновки

На сьогодні існує об'єктивна потреба у заповненні наявних прогалин у законодавчому регулюванні територіального устрою держави шляхом прийняття базового закону, який би комплексно та системно вирішував відповідні питання, адже у цій сфері досі залишається чинним згадане Положення про порядок вирішення питань адміністративно-територіального устрою Української РСР. На розв'я-

зання цієї проблеми до Верховної Ради України внесено кілька законопроектів (майже ідентичних за змістом), у яких пропонувалося визначити засади територіального устрою України, систему адміністративно-територіальних одиниць, їх види та рівні, а також порядок утворення, ліквідації, встановлення та зміни їх меж і назв тощо. Проте аналіз написів цих проектів свідчить, що реформування сфери адміністративно-територіального устрою, перш за все, потребує внесення відповідних змін до Конституції України, а також узгодження положень чинних законодавчих актів України з ініційованими новелами.

Список використаних джерел

1. Кокошкин Ф. Лекции по общему государственному праву. – М., 1921.
2. Погорілко В. Ф. Територіальний устрій // Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 6. – 768 с.
3. Конституційне право України / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2000. – 732 с.
4. Гетьман А. Б. Теоретичні засади адміністративно-територіального устрою України // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнарод. наук. конф. «Шості осінні юридичні читання», 26.27 жовтня 2007 р., м. Хмельницький: У 3 ч. – Хмельницький, 2007. – Ч. 1. – С. 122–124.
5. Магновський І. Й. Теоретико-правові особливості поняття та елементів системи адміністративно-територіального устрою України // Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ: Сер. юрид. – Л., 2009. – Вип. 1. – С. 88–96.
6. Коментар до Конституції України / В. Б. Авер'янов, В. Ф. Бойко, В. І. Борденюк та ін. – К., 1998. – 412 с.
7. Клименко О. Перспективи розвитку територіального устрою України // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 5. – С. 7–10.
8. Тварковська Л. Деякі аспекти законодавчого регулювання зміни статусу та меж адміністративно-територіальних одиниць в Україні та європейських державах [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.viche.info/journal/2474/>.
9. Погорілко В. Функції українського парламенту: від номінального до реального // Віче. – 2002. – № 2. – С. 17–20.

Стаття надійшла до редакції 19.11.2012 р.

Territorial system that is one of realization lines of constitutive function of parliament of Ukraine is investigated in the article.

В статье исследуется одно из направлений реализации учредительной функции парламента Украины – определение территориального устройства.



УДК 340.12

Микола Жовтобрюх,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
Інституту права ім. Володимира Сташиса КПУ*

ІДЕОЛОГІЯ ЛІБЕРАЛІЗМУ ЯК СКЛАДОВА АНГЛО-САКСОНСЬКОЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ

Стаття присвячена проблемі дослідження ідеології лібералізму як складової англо-саксонської правової культури.

Ключові слова: ідеологія, лібералізм, англо-саксонська правова культура.

Первинною ідеологією, політичною філософією та теорією, в рамках якої започатковане природно-правове розуміння соціальної правової держави та визначені форми правової культури країн Європи та США, став лібералізм.

Лібералізм (від лат. *liberalis* – вільний) – це політична й ідеологічна течія, що об'єднує прихильників парламентського устрою, вільного підприємництва та демократичних свобод. Лібералізм є однією з течій, що наполягає на переважанні самоорганізованої правосвідомості та відповідного типу правової поведінки. Правова культура для англо-саксонської та континентально-європейської версії лібералізму дещо різняться. Це впливає передусім із розуміння ролі державної еліти та мас у здійсненні управління суспільством.

Англо-саксонська версія лібералізму випливає із сциєнтистського розуміння природи держави та народних мас. Останні розглядаються як такі, які некомпетентні в державному управлінні в силу своєї неосвіченості або ж малоосвіченості. Це консервативна версія лібералізму. Разом із тим у країнах континентальної Європи формується версія соціального лібералізму, яка спирається частково (і переважно) на християнську етику та відповідні засади юридичного мислення, стиль якого можна було б визначити як соціально-комунітаристський (соціально-синдикалістський). У цьому юридичному мисленні різні соціально-політичні інституції постають у контексті осмислення їх макрорегулятивних функцій і відповідного загально-соціального походження. В англо-саксонському юридичному мисленні логіка розуміння держави є іншою: вона постає як юридична особа, що набуває статусу суверена через суспільний договір (контракт). Контрактальний спосіб мислення загалом є похідним від релігійної етики пуританізму як відповідного відгалуження юдаїзму й юдейських цінностей.

Історично виникнення класичного лібералізму пов'язане з появою нових для феодального суспільства груп власників. Ідеологія раннього лібералізму (витоки лібералізму сягають епохи буржуазних революцій XVII–XVIII ст.) мала прогресивне значення, адже в ній сформульовані провідні принципи нового суспільного ладу, який змінив феодалізм. Прихильники лібералізму вимагали від парламенту обмеження прав монарха, скасування привілеїв дворянства та духовенства, встановлення конституційного ладу, доступу представників третього стану (купці, підприємці, управлінці) до управління державою. Це, на їх думку, забезпечує основні політичні права громадян: право особи на приватну власність, демократію, зокрема свободу слова, друку, віросповідань, проведення зібрань тощо. Є й інші елементи ліберальної ідеології, зокрема ідея прогресу, загального блага, правової держави, конституціоналізму, поділу влади, представництва, самоврядування.

Метою цієї статті є визначення концептуальних засад лібералізму як генетичної передумови позитивістських політико-правових концепцій.

Лібералізм першої половини XIX ст. виступив з розробленням ідей, які, з одного боку, продовжували традиції попередніх прогресивних мислителів у трактуванні політичних і громадянських свобод, представницької демократії тощо (Монтеск'є, Лок та ін.), а з іншого – провели їх переоцінку відповідно до змінених суспільно-політичних реалій. Так, ідея влади народу та суспільного договору була замінена доктриною представництва [1, с. 79]. Сама собою ідея представництва як гарантія особистої свободи проголошена ще у XVII ст., а згодом знайшла своє закріплення в американській Декларації незалежності та французькій Декларації прав людини і грома-

дянина як природжені та невідчужувані права особи. Однак розвиток подій наприкінці XVIII – початку XIX ст., зокрема у Франції, засвідчив, що воля більшості, проголошення певних прав ще не є гарантією від їх ігнорування та порушення. Тому лібералізм протиставляє державній владі, яка постійно посилювалася, цінність індивіда, його автономію, у тому числі від влади більшості.

Основоположник французького лібералізму Б. Констан сформулював завдання, яке він ставив перед собою, таким чином: протягом сорока років я захищав один і той самий принцип – свободу у всьому: в релігії, філософії, літературі, у промисловості, політиці, розумі; під свободою розуміється верховенство особи над владою, яка бажає правити за допомогою насильства, і над масами, які репрезентують із боку більшості право підпорядкування собі меншості; політична свобода є гарантією особистої свободи, проте, вона не може її замінити [2, с. 96]. Розвиток лібералізму відбувається тією чи іншою мірою в усіх європейських країнах і на північноамериканському континенті.

Наприкінці XVIII ст., після скептицизму та критицизму засад і гасел епохи Просвітництва, знову розпочався пошук системного пояснення оточуючого світу. Серед авторів, які робили спробу створити таку цілісну систему, яка б могла охопити та пояснити всі явища навколишнього світу, був єдиний правник – Ієремія Бентам. Він був надзвичайно обдарованою дитиною (у 4-річному віці знав латинську та грецьку мови), закінчив університет в Оксфорді та з 1792 р., успадкувавши від батька великий маєток, який забезпечував йому повний матеріальний добробут, працював адвокатом і багато подорожував.

Світову та загальноєвропейську славу він здобув раніше, ніж став добре відомий в Англії, що пояснювалося виходом його перших праць французькою мовою. Разом із Дж. Мілем (батьком Джона Міля) він організував групу філософів-радикалів, до якої належав також відомий економіст Д. Рікардо. Особливу увагу він приділяв кримінальному і пенітенціарному праву. І. Бентам розробив проект спорудження в'язниці, яка мала назву Паноптикум, збудованої у такий спосіб, що наглядач з одного місця міг бачити все, що діється у кожній камері. До кінця життя він цікавився цією проблемою і був визнаним авторитетом із цього питання. І. Бентам сприяв раціоналізації та гуманізації англійського кримінального права та процесу.

Грунтовно вивчаючи проблеми кодифікації та розробляючи теорію легіслації, він створює працю «Вступ до основ моральності та законодавства», яка побачила світ у 1789 р. Ці питання в деталях викладені також у працях «Трактат законодавства цивільного і кримінального» (1802 р.), «Пропозиції кодифікації, скеровані до всіх народів, які визнають

ліберальні погляди» (1822 р.) і в «Конституційному кодексі» (1830 р.). Багато його праць було опубліковано посмертно, а останні, що стосуються теорії права, побачили світ лише у 1945 р. [3, с. 69–70].

Назва «утилітаризм» (походить від лат. *utilitas* – користь) з'явилася у XIX ст. і, починаючи від І. Бентама, стала загальноновживаною. Вона означає етичну доктрину, корені якої можна знайти вже в Лока. Згідно з нею діяльність людини є моральною тоді, коли вона керується правильно зрозумілими інтересами індивіда, що не суперечать інтересам загалу, а, навпаки, служать примноженню загального добра та щастя.

Разом із іншими «радикальними філософами» І. Бентам виділяв такі визначальні основи людської природи:

- усі люди від природи є подібними та рівними, бо формують свої думки з того самого матеріалу – вражень та їх впливу;
- усі прагнуть одного й того ж: здобути те, що становить для них інтерес. Це можна визначити як прагнення досягти якнайбільшого задоволення своїх потреб;
- для людської природи характерним є розум, завдяки якому людина може зрозуміти, у чому полягає її справжній інтерес;
- людська природа не є незмінною: завданням виховання є допомога людині зрозуміти її власний інтерес.

Керуючись цим, І. Бентам стверджував, що прагнення людини не можуть суперечити людському розуму; більше того, мораль індивіда та суспільства не протистойть інтересу (користі), а є втіленням рівноваги інтересів. Отже, основним завданням правників і політиків є гармонізація індивідуальних інтересів. Ця концепція докорінно відкидала, як це робили і консерватори, зокрема представники історичної школи, правоаприорні ідеї та радикальні програми. Проте, замість консервативного культу традиції та традиційних вартостей, вона пропонувала іншу основу людського буття – утилітаризм, або користь (інтерес).

У своїй першій праці «Фрагменти про уряд» (1776 р.) автор писав, що користь є ознакою та ступенем доброчесності, вірності тощо, й обов'язок сприяти щастю є основним обов'язком, який містить у собі всі інші [3, с. 77]. Принцип користі, на думку І. Бентама, подібний до аксіоми в математиці; він очевидний і не потребує доведення. Він є загальним, охоплює і законодавство, і мораль. Погляди мислителя щодо теорії утилітаризму викладені у кількох працях, зокрема «Принципи законодавства» (1802 р.), яка складається з трьох частин (основи законодавства; основи цивільного кодексу; основи кримінального кодексу); «Керівні основи конституційного кодексу для всіх держав», «Деонтологія, або Наука про мораль». І. Бентаму належить також кілька праць із кримінального права,

зокрема «Теорія покарань», «Теорія доказів», «Про смертну кару».

В основі теорії І. Бентама чотири принципи, тобто ті основні положення, з яких випливають усі наступні висновки. Перший принцип полягає у тому, що отримання задоволення й уникнення страждань є сенсом людської діяльності [1, с. 80]. Ця ідея не була абсолютно невідомою до І. Бентама; вона бере свої корені з учення Епікура та його послідовників, але безперечною новацією І. Бентама є те, що він поширив цей принцип, тобто корисність, на всі галузі законодавства – цивільне, кримінальне, державне. Другий принцип полягає у тому, що мораль твориться всім тим, що орієнтує на досягнення найбільшого щастя (добра) для найбільшої кількості людей. Людині притаманне прагнення до щастя. Це повною мірою стосується і людського суспільства, тому основною турботою уряду, насамперед законодавчої влади, має бути сприяння блага для всіх. Проте, оскільки не завжди можна однаково розподілити блага між усіма, слід прагнути до найбільшого благополуччя найбільшої кількості людей. Третій принцип – максималізація загального блага шляхом установаження гармонії індивідуальних і суспільних інтересів є метою розвитку людства.

І. Бентам прагнув надати своїй теорії цілісного, сформованого вигляду та викласти її суть максимально стисло і точно. Звідси його формула: найбільшим добром є «найбільша кількість задоволення», або щастя «найбільшої кількості людей». Реалізація цієї застави має бути, на думку І. Бентама, метою законодавства, яке повинно менше карати, а більше виховувати [3, с. 82].

Основою лібералізму І. Бентама є ідея інтересів та безпеки особи. Людина має сама дбати про себе, своє благополуччя і не розраховувати на чийсь сторонню допомогу. Тільки людина повинна визначати, у чому полягає її інтерес, що є корисним для неї. Він зазначав, що інтереси окремих осіб – це єдині реальні інтереси; необхідно піклуватися про окремих індивідів. Не утисуйте їх, не дозволяйте цього робити іншим і ви достатньо зробите для суспільства.

І. Бентам негативно ставився до природничо-правової теорії й ідеї природних невідчужуваних прав людини; він також критикує теорію суспільного договору, вважаючи, що всі ці ідеї є химерами, суто теоретичними конструкціями, які не знаходять достатнього підтвердження у практичному повсякденному житті. На його думку, вони не мають жодної практичної користі. *Принцип користі* вчений виводить з людської природи: природа підпорядкувала людину владі задоволення та страждань; їм ми зобов'язані всіма нашими ідеями, ними зумовлені всі наші судження, всі наші рішення в житті; принцип корисності як спроможності бути засобом вирішення

певного завдання є найбільш значущим критерієм оцінки всіх явищ.

Користь – це властивість певного предмета або певної дії запобігати якомусь злу або сприяти якомусь благу. Тому користь, при загальному прагненні людства до добробуту, повинна бути принципом діяльності як для конкретної людини, так і для законодавця. Зло є біль, страждання або причина страждання. Благо є задоволення або причина задоволення.

Усе, що відповідає користі чи інтересу індивіда, здатне збільшити загальну суму його добробуту. Все, що відповідає користі або інтересу суспільства, збільшує загальну суму добробуту індивідів, з яких воно складається. При цьому принцип користі сприймається як аксіома: почуття задоволення або страждання, інтереси індивідів як безпосередньо дані досвідом доводити не потрібно. Проте принцип користі не завжди усвідомлюється людьми. Він існує нарівні з двома іншими, які, як і принцип користі, є основою моралі та мають вплив і значення для індивіда та суспільства в цілому [1, с. 110]. Це *принцип аскетизму* та *принцип довірливості*, або симпатії.

Аскетизм полягає у повній зневазі до будь-якого задоволення, вважаючи все чуттєве ненависним і злочинним. При цьому під фізичними задоволеннями та стражданнями І. Бентам розуміє задоволення та страждання як тілесні, так і духовні. Найвищою чеснотою, за такого підходу, є відречення від самого себе. Цей принцип може базуватися як на релігійній, так і на будь-якій іншій основі. Принцип симпатії – це врахування тільки особистих почуттів, сьогочасних індивідуальних бажань і прагнень. Симпатії виходять не з користі, а з того, чи подобається або не подобається цій людині що-небудь. Іншими словами, все зводиться до простого «я люблю» або «я ненавиджу». Базуючи все на внутрішніх, особистих переживаннях і поглядах окремої людини, допускаючи цим найбільш протилежні тлумачення, зазначений принцип є, по суті, відсутністю будь-якого принципу.

Щоб приховати його очевидну неспроможність, застосовуються різні хитрощі, зокрема твердження, що людині дане щось для розпізнавання добра та зла, і це «щось» називають совістю або моральним почуттям, або здоровим глуздом. Багато філософів і юристів базується на вічних і незмінних основах права, або на природному праві. Цими словами, що позбавлені будь-якого змісту, кожен прагне приховати своє намагання нав'язати іншим свої особисті відчуття. Отже, принципи аскетизму та симпатії протилежні один одному. Принцип користі займає між ними середнє місце.

І. Бентам обстоював демократичні цінності, засуджував монархію та спадкову аристократію. Найбільш корисною (як для суспільства, так і для окремої людини) він вважав республіканську форму правління, за якої

три основні гілки влади повинні бути розділені, однак при цьому їх поділ не означає, що кожна з них має існувати сама собою та діяти незалежно від інших. Навпаки, всі три гілки влади повинні взаємодіяти, бути взаємозалежними, бо ця взаємозалежність зумовлює їх узгодженість, підпорядковує їх постійним правилам і дає їм систематичний, неперервний хід [2, с. 100].

Як прихильник демократії, мислитель виступає за демократизацію не тільки державної влади, а й суспільства, його політичної системи. У зв'язку з цим він виступає за розширення виборчого права, зокрема, за надання виборчих прав жінкам. І. Бентам вважав, що за допомогою таких інститутів демократії, як вільна преса, збори громадськості тощо, можна ефективно контролювати діяльність законодавчої та виконавчої влади.

Щодо державної влади, то, на думку вченого, основне її призначення – гарантувати безпеку та власність громадян, тобто, по суті, держава повинна в основному здійснювати функції охорони. Державна влада, уряд не мають права визначати, що є щастям, благом для кожної окремої людини; більше того, державна влада не має права нав'язувати людині такі уявлення та намагатися зробити людину щасливою, навіть якщо вона цього не бажає. Основне завдання і держави, і суспільства – це досягнення найбільшого щастя для найбільшої кількості людей. А щастя, на думку І. Бентама, – це чотири цілі: засоби до існування, задоволення, рівність і безпека. Безпека ж є, по суті, втіленням свободи та справедливості.

Із загальними поглядами І. Бентама на кодифікацію та законодавство тісно пов'язані його погляди на право, яке, на його думку, є виключно волею суверена, виданою у відповідній формі. Тому він відкидає природне право та фактично започатковує новітній юридичний позитивізм, який був розвинутий Дж. Остіном.

Висновки

Лібералізм – це не ідеологічна догма, а політико-правовий «проект суспільства», який може бути адаптований до місцевих, історичних, національних і культурних умов, проте, виражає переважно цінності англо-саксонської правової культури. Це стосується ключової її цінності – свободи. Відносини між людиною та державою повинні мати договірний характер. Вплив держави конституційно обмежений, вона не повинна втручатися в економічне життя суспільства. Лібералізм

ґрунтується на положенні, що світ підпорядкований законам, які нам не підвладні, тому природним принципом поведінки людини має бути здоровий глузд, виважені дії [3, с. 111–112].

Ідеологами раннього лібералізму на Заході були Дж. Локк, Шарль-Луї Монтеск'є; у XIX ст., коли лібералізм став популярним, – І. Кант, Г. Гегель, Т. Джефферсон, Дж. Медісон; у Росії – М. Сперанський; в Україні – Михайло Драгоманов.

Для М. Драгоманова, зокрема, саме людина є основою соціального устрою, найвищою цінністю, гарантією прав якої може бути лише вільна, самоврядна асоціація (громада, а не держава). Громадянське суспільство, за М. Драгомановим, еволюціонує від первісного роду й племені до політичної общини, стрижневим завданням якої є забезпечення прав людини та громадянина, недоторканності для «поліції без судової ухвали» особи й помешкання, «недоторканності тіла для ганебних покарань і смертної кари».

Неолібералізм як різновид традиційної ліберальної ідеології сформувався на етапі трансформації буржуазного суспільства від вільного підприємництва до державно-монополістичного регулювання економіки. В цей час формуються принципово нові уявлення про функції та роль держави. Місце ліберальної теорії «держави нічного сторожа» посідає ідея «держави добробуту», допускається втручання держави в економіку з метою створення сприятливих умов для конкуренції, контролю за соціальними витратами [2, с. 78].

Практичне втілення неолібералізму дістав у політиці «нового курсу» Президента США Франкліна Рузвельта, який обстоював необхідність державного регулювання в економіці, консенсусу між тими, хто управляє, й тими, ким управляють; участі мас у прийнятті управлінських рішень. Теоретиками неолібералізму вважаються американські політологи Дж. Гелбрейт (автор теорії конвергенції двох суспільно-політичних систем) і Д. Белл, який обґрунтував доктрину постіндустріального або інформаційного суспільства.

Список використаних джерел

1. Hoffe O. Kategorische Rechtsprinzipien. – München, Beck, 1992. – 500 s.
2. Hoffe O. Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat. – Frankfurt, 1987. – 276 s.
3. Zippelius R. Rechtsphilosophie. – München, Beck, 1988. – 588 s.

Стаття надійшла до редакції 25.01.2013 р.

This article is dedicated to the problem of to the study of ideology of liberalism as part of the Anglo-Saxon legal cultur.

Статья посвящена проблеме исследования идеологии либерализма как составляющей англо-саксонской правовой культуры.



УДК 347(477)

Мар'ян Бедрій,*аспірант кафедри історії держави, права та політико-правових учень
Львівського національного університету ім. Івана Франка*

ЗВИЧАЇ ДІЛОВОГО ОБОРОТУ В ІСТОРІЇ УКРАЇНСЬКОГО ПРАВА

У статті аналізуються поняття та види звичаїв ділового обороту як джерел українського права, розкривається історичне значення звичаїв ділового обороту у правовому регулюванні цивільних відносин на українських землях.

Ключові слова: звичай ділового обороту, правовий звичай, українське право, могорич, рукобиття.

Розвиток господарсько-економічних відносин в Україні, який стимулюється процесами глобалізації й євроінтеграції, спонукає до роздумів про шляхи вдосконалення правової бази їх здійснення. Законодавство покликане створити оптимальні умови для сприяння та захисту національної економіки. У зв'язку з цим завдання юридичної науки вбачається у розробленні нових, ефективніших підходів до правового регулювання економічних процесів. Історія держави та права має забезпечити вирішення питання про правовий досвід українського народу в цій сфері.

Стаття 7 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України задекларувала норму, за якою правовий звичай (зокрема, звичай ділового обороту) виступає регулятором цивільно-правових відносин. Разом із тим сучасний стан правовідносин і практика їх захисту в суді свідчить, що зазначена норма набула реальної дії вкрай обмежено. Тому постає питання: чи існувала об'єктивна потреба в закріпленні цієї норми? Не менш важливим питанням є й визначення звичаю ділового обороту, його ознаки та співвідношення з цивільно-правовим звичаєм. Є. Харитонов вважає, що норми звичаєвого права відповідають нормам ділової етики, до яких можна віднести *bona fides*, *boni mores*, *aequitas*, заборону зловживання правом, «обман знищує всі наслідки». Важливими серед звичаєвих норм є норми, в яких йдеться про «втрату доброго імені» чи доброї ділової репутації та безчестя. Крім того, звичаєве право є регулятором торговельних правовідносин, у тому числі зовнішньоекономічних [1, с. 145]. Найбільш застосовуваними звичаями ділового обороту на сучасному етапі є правила Інкотермс, тобто міжнародні правила тлумачення комерційних термінів, затверджені Міжнародною торговою палатою у 1953 р. [2].

Р.-М. Зумбулідзе називає звичаєм ділового обороту правову норму, що є різновидом правового звичаю, сформувалась і стала обов'язковою в будь-якій сфері підприємницької діяльності в результаті багаторазового й однакового повторення відомої поведінки, забезпечена корпоративним авторитетом і використовується для ре-

гулювання конкретних підприємницьких відносин із санкції держави [3, с. 119].

Можна виділити такі положення щодо визначення звичаю ділового обороту як джерела права: звичай ділового обороту поділяється на побутові та правові (тільки правові звичай ділового обороту наділені нормативним змістом і юридичною обов'язковістю); звичай ділового обороту є різновидом цивільно-правових звичаїв (є також спадково-правові, речово-правові, звичай ділової етики тощо); звичай ділового обороту регулюють виключно сферу договірних зобов'язальних відносин.

Щоб найбільш повно зрозуміти сутність українських звичаїв ділового обороту, необхідно звернутися до періоду правотворення, який охопив би відрізок часу від найдавніших часів до кінця XVIII ст., адже саме в цих хронологічних рамках відбувалося домінування правового звичаю як регулятора суспільних відносин.

Зародження звичаєвого права на українських землях розпочалось ще у додержавному суспільстві східних слов'ян. На той час система договорів не була розвинутою (переважав договір міні). Тому не збереглося чітких відомостей про звичай ділового обороту в додержавному праві східних слов'ян. Інтенсифікація товарно-грошових відносин і ділового обороту в умовах Київської Русі та Галицько-Волинської держави, ймовірно, зумовила формування й еволюцію правових звичаїв ділового обороту, у тому числі звичаїв міжнародної торгівлі. З інкорпорацією українських земель Польським і Угорським королівствами, Великим князівством Литовським, Московським царством, іншими державами українські звичай ділового обороту зазнавали іноземного впливу, а також самі впливали на цивільне право держав, у складі яких перебували українські землі.

Притаманна звичаєвому праву усна форма зумовила забуття в процесі історії значної кількості його норм. Тому відомостей про давні правові звичай ділового обороту до сьогодення дійшло обмаль. Однак наявна інформація дозволяє провести певну реконструкцію цих норм українського звичаєвого права.

На нашу думку, найбільш цікавими звичаями ділового обороту в історії українського права були правові звичаї, що визначали порядок укладення цивільно-правового договору. До них, зокрема, належали: рукобиття, літкуп (могорич), присутність свідків при укладенні договору, дозвіл громади на його укладення тощо.

Рукобиття як звичай ділового обороту мав основне правове значення у консенсуальних договорах (дійсних із моменту укладення), оскільки був зовнішнім вираженням згоди, до якої дійшли сторони договору щодо його умов. Договір вважався укладеним з моменту проведення процедури рукобиття [4, с. 201]. Цей договір міг виражатись як в ударах руки об руку контрагентів договору, так і зв'язуванні їх рук, однак згодом найпоширенішим стало рукостискання. Так, у 1668 р. у західноукраїнському селі Стара Сіль Петро Стефанович продав півлану землі Григорію Стефановичу. Укладаючи договір купівлі-продажу, сторони зробили це згідно з правовим звичаєм у «присутності людей добрих, гідних довір'я і подавши руки підтвердили» [5, арк. 244].

Вважалося, що щирість учасника договору виражалася саме в процесі цього рукобиття (рукостискання) – чим відвертішим був учасник, тим сильніше стискав руку контрагента. Якщо він робив це невпевнено, кволо, то його партнер мав право заявити про відмову від укладення договору у зв'язку з недовірою до нього [6, с. 9]. Отже, рукобиття як звичай ділового обороту поєднувало в собі архаїчний символізм і практичну значимість. Слід зазначити, що і сьогодні сторони ділових відносин часто тиснуть одне одному руки на знак досягнення згоди.

Ще в період Київської Русі існував правовий звичай ділового обороту, за яким *цивільно-правові договори укладались у присутності свідків*. Як правило, це відбувалося на ринках, оскільки там була значна кількість товарів (як потенційний предмет договору) і людей (як потенційних свідків договору). Особливою силою наділялися свідчення про договір державних чиновників, передусім – митника. Присутність свідків при укладенні договору не тільки була гарантією його виконання за умов відсутності письмової форми правочину, а й могла стати засобом захисту від звинувачень у викраденні майна. Внаслідок практичної доцільності цього звичаю ділового обороту він зберіг свою чинність протягом багатьох століть історії українського права. Наприклад, В. Інкін повідомляв, що у XVII ст. галицькі селяни часто засвідчували свої договори у гродських книгах через тіну та свідків факту укладення договору [7].

Важливим інститутом українського звичаєвого права та звичаєм ділового обороту був *могорич або літкуп*. Відомо про його існування навіть у період Київської Русі. Цей звичай полягав у тому, що після укладення угоди її сторони розпивали пляшку (інколи декілька) алкогольного напою – пива, вина, меду, горілки тощо. Часто до цього долучалися інші особи, насамперед свідки факту укладення договору. Це дозволя-

ло краще зафіксувати в пам'яті умови договору, що, як правило, мав усну форму, та встановити доброзичливі відносини між сторонами угоди.

Український історик Ю. Гошко згадує документ 1359 р., в якому розповідалося, що Петрашко Радзівільський купив маєтки Анни Радивойко у присутності багатьох свідків. При цьому було розпито могорич вартістю копії (шістдесяти) грошей [8, с. 202].

Правове значення могорича (літкупу) полягало в тому, що договір вважався укладеним з моменту випиття могорича. До випиття сторони мали право змінити умови договору чи відмовитися від його укладення. Могорич застосовувався у договорах (здебільшого – купівлі-продажу та найму) як рухомого, так і нерухомого майна. Згодом почали формуватися нові правові засоби затвердження договору (наприклад, засвідчення договору про розпорядження нерухомим майном у суді), тому сфера правового застосування могорича звужувалася. Тому могорич (літкуп) як правовий звичай залишався дійсним у договорах щодо рухомого майна, а щодо нерухомого майна – став побутовим звичаєм-традицією [9, с. 378–379].

Дозвіл громади як обов'язкова передумова укладення договору був необхідним у випадку відчуження нерухомої власності на користь особи, яка до цієї територіальної громади не належала [10, с. 145]. Українська громада (передусім сільська) була відносно закритим об'єднанням осіб, які проживали на відповідній території. Вона також несла юридичну відповідальність за злочини, вчинені на її території. Тому контроль щодо осіб, які бажали оселитися на її теренах, належав до важливих інтересів громади.

У деяких селах під впливом феодалного ладу такий звичай ділового обороту, як дозвіл громади, дещо еволюціонував. Крім дозволу громади, необхідним був дозвіл власника села чи замкової адміністрації [7].

Дозвіл громади на укладення договору також можна віднести до іншої важливої групи звичаїв ділового обороту – правових звичаїв, які обмежували права власника в розпорядженні належним йому майном. Крім дозволу громади, до цієї групи слід віднести право родинного викупу та «право складу».

Право родинного викупу як інститут українського звичаєвого права також установився у правовій практиці внаслідок контролю громади за приходом нових учасників. Крім того, в цьому інституті відчувається глибоке коріння, яке сягає періоду родового ладу й додержавного права східних слов'ян.

Український учений І. Лучицький зазначав, що типовим для договорів купівлі-продажу землі між українськими селянами було формулювання «ніхто з поміжників, сусідів і кровних заплатити не захотів» [11, с. 423]. Тому право родинного викупу як правовий звичай ділового обороту полягав у тому, що власник землі не мав права її продати, доки не запропонував купити цю ділянку своїм родичам і сусідам. Тільки то-

ді, коли вони відмовились її купляти, власник отримував право продати відповідну землю іншим людям.

Слід згадати судову справу, яку в XVII ст. розглядав війтівський суд західноукраїнського села Чуква. Це був спір між Йосифом Тимковичем, який продав успадковану землю Івану Ситяку, та його братами, які були проти цієї угоди. Як аргумент щодо справедливості своєї позиції брати представили свідків, які підтвердили їх пропозиції щодо викупу цієї землі. Але відповідач продав землю не своїм братам, а іншій людині, тобто право родинного викупу було порушене. З огляду на ці обставини суд зобов'язав Івана Ситяка повернути землю, а Йосифа Тимковича – повернути отримані з договору гроші [8, с. 209].

Унаслідок поширення магдебурзького права в західноукраїнських містах, яке розпочалося у XIV ст., на українських землях відбулася рецепція європейського правового звичаю, відомого як «*право складу*». Він полягав у тому, що через місто, якому було надане це право, заборонялося привозити товари без виставлення їх на продаж. Право складу поділялося на умовне та безумовне. Якщо місто отримувало безумовне право складу на певний товар чи на всі товари, іноземний купець повинен був повністю продати їх у цьому місті та не мав права за жодних умов везти далі. Це давало змогу міським купцям диктувати ціну приїжджим і отримувати значний прибуток від перепродажу за завищеними цінами. Якщо ж місто мало умовне право складу, то приїжджий зобов'язувався виставити товар для продажу на чітко визначений термін (наприклад, на 5, 7, 10 днів), після закінчення якого мав право везти далі залишки, не викуплені у нього за цей час [12, с. 184].

Разом із тим не слід однозначно прив'язувати «право складу» до запровадження магдебурзького права на українських землях. Імовірно, що наведений звичай ділового обороту діяв в українських містах і до надання їм магдебурзького права. Так, у листі від 1498 р. Великого князя литовського Олександра до московського посла Івана Телешева зазначалось: «у нашій землі, в Києві та в Луцьку склади здавна бували всяким купцям заморським» [13, с. 176].

Українське звичаєве право надавало великого значення правовому регулюванню боргових зобов'язань. Важливим звичаєм ділового обороту, що діяв у цій сфері навіть у XV ст., була норма, яка дозволяла батьку, який заборгував значну грошову суму, відпрацювати борг не самостійно, а спільно із своїми дітьми [14, с. 26]. На час його відпрацювання особиста свобода таких осіб тимчасово обмежувалась (у Київській Русі це відоме як закупи).

Норми звичаєвого права за допомогою апробації в судових дебатах і з метою зручного запам'ятовування доволі часто набирали форми народних приказок – усталених правових формулювань (історико-правові аспекти їх застосування у копному судочинстві розглядалися в окремій статті [15]). Інколи звичай ділового обо-

роту відображались у таких формулюваннях, як наприклад, народна приказка «*обицянка – новий борг*» [16, с. 648] (відображає українську звичаєво-правову норму, за якою усне зобов'язання особи перед іншою особою не лише було її моральним обов'язком, а й прирівнювалося за юридичною силою до інших договірних зобов'язань. Відомою також є приказка «*добре слово варте завдатку*» [17, с. 301]. На нашу думку, вона відображає давній звичай ділового обороту, за яким слово авторитетної в суспільстві людини було достатнім засобом для забезпечення виконання зобов'язання. Це слово прирівнювалося до завдатку та нагадує сучасний цивільно-правовий інститут поручителя.

Окремою категорією звичаїв ділового обороту в історії українського права були звичаєво-правові договори, найбільш відомими з яких були заклад і скіпщина. Цей вид угод вирізнявся обрядовістю процедури їх укладення й особливою звичаєво-правовою конструкцією умов згаданих договорів.

Цікавим звичаєм ділового обороту, що тривалий час існував у правовому житті українського народу, був договір закладу, який укладався на основі азартного спору (парі). Встановлення закладу відбувалось у вигляді «*ставлення (кидання, метання) шапки*». Сторона, яка пропонувала заклад, «*ставила шапку*», а інша сторона, приймаючи заклад, «*приставляла шапку*». Інколи учасники такого спору вели емоційну дискусію, тому викликаючи на спір, шапку не метали, а кидали. Ці дві шапки передавалися третім особам. Заклад також можна було укласти шляхом ставлення ноги до ноги. Предметом закладу були гроші або інші речі [18, с. 89–90].

В українському копному судочинстві договір закладу також застосовувався і називався «*видачка*». У зв'язку з «*видачкою*» сторони чітко визначали предмет спору та термін явки до суду. Вони домовлялися про розмір грошової суми, яка ставала закладом і передавалася сторонами копного процесу особам, які були присутні при укладенні договору. Якщо сторона спору не з'являлася на засідання копного суду у визначений строк, згідно з «*видачкою*» вона втрачала суму закладу на користь іншої сторони процесу. Коли у засіданні копного суду брали участь обидві сторони, то суму закладу отримував той суб'єкт, на чию користь було прийняте судове рішення [19, с. 112–113]. Якщо особа відмовлялася від закладу, вона автоматично програвала справу.

Важливим звичаєм ділового обороту, який полягав у цивільно-правовому договорі, була *скіпщина* або *спольщина*. Це був договір найму земельної ділянки, де орендар сплачував власнику землі за договором частиною зібраного врожаю. Орендар повинен був засіяти землю своїм зерном, його виростити та зібрати. Розмір виплат орендодавцю визначався в пропорції: кожну третю копу, кожну четверту копу тощо. Як зазначає М. Гримич, цей розмір коливався в різні періоди та в різних регіонах України. Його

конкретизував місцевий звичай відповідного села на підставі особливостей природних і соціальних економічних умов місцевості [20, с. 397–398].

П. Чубинський зазначав у дослідженнях звичаєвого права, що цей звичай українські селяни називали також «давати землю з копи» [21, с. 63–64]. Це й зумовило термінологічне означення такого звичаю ділового обороту як скіпщини (виплати з кіп врожаю).

Спольщина (виплата з врожаю поля) була різновидом скіпщини – звичаю ділового обороту, який набув значного поширення на Поділлі. Він полягав у тому, що орендар і орендодавець порівну ділили врожай, отриманий із найнятої земельної ділянки [20, с. 397–398]. Можна припустити, що спольщина практикувалася на території, де ґрунт був родючішим, тому затрати сил для його обробки були меншими. У зв'язку з цим й існувала доцільність рівного поділу вроженого врожаю.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що звичаї ділового обороту були джерелом правового регулювання зобов'язальних відносин на українських землях від найдавніших часів. Вони уособлювали потреби суспільного розвитку на конкретному історичному етапі, вирішення практичних завдань ділового партнерства, а також захищали інтереси учасників товарно-грошового обороту. Також вони ґрунтувалися на правовому світогляді українського народу, були важливою частиною його багатой правової культури. Все це дозволяє стверджувати, що *закріплення звичаю ділового обороту як джерела права за чинним ЦК України відповідає національній правовій традиції та сприяє розвитку всенародної правотворчості*.

Список використаних джерел

1. *Цивільне право України: традиції та новації* / За ред. Є. О. Харитонов та ін. – О., 2010.
2. *Костенко Л.* Правила Інкотермс: особливості застосування у внутрішніх договорах поставки // *Юридичний журнал*. – 2004. – № 1 // Режим доступу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=987>.
3. *Зумбулідзе Р.-М.* Обычное право как источник гражданского права // *Обычай в праве*. – СПб., 2004.
4. *Толкачова Н.* Правові звичаї в історії українського народу // *Про українське право*. – К., 2008. – № 3. – С. 197–214.
5. *Центральний державний архів України у м. Львові*. – Ф. 45. – Оп. 1. – Спр. 2.

Стаття надійшла до редакції 18.02.2013 р.

The concepts and types of business customs as a source of Ukrainian law are analyzed. The historical significance of business customs in the legal regulation of civil relations in Ukrainian lands are highlighted.

В статті аналізуються поняття і види обычая делового оборота как источников украинского права, раскрывается историческое значение обычая делового оборота в правовом регулировании гражданских отношений на украинских землях.

6. *Історія українського права* / За ред. І. А. Безклубого. – К., 2010. – 336 с.

7. *Івкін В.* Інститут співприсяжництва та громадські сільські суди в галицькій звичаєвій практиці XVI–XVIII ст. порівняно з Руською Правдою [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.franko.lviv.ua/Subdivisions/um/um1/Statti/1-in-kin%20vasyl.htm>.

8. *Гошко Ю.* Звичаєве право населення Українських Карпат та Прикарпаття XIV–XIX ст. – Л., 1999. – 336 с.

9. *Dabkowski P.* Litkup w prawie polskiem śrędnowiecznem Przegląd historyczny. – Т. 5. – Warszawa: Skład główny w administracyi tow. Mil. Hist., 1907. – S. 377–383.

10. *Бойко І. Й.* Правове регулювання цивільних відносин в Україні (IX–XX ст.). – К., 2012. – 348 с.

11. *Лучицкий И.* Займанщина и формы заимочного владения въ Малороссии // *Юридический вестник*. – 1890. – № 3. – С. 391–424.

12. *Бойко І. Й.* Джерела та характерні риси права в Галичині у складі Польського Королівства (1387–1569). – Л., 2010. – 344 с.

13. *Акты, относящиеся къ истории Западной России, собранные и изданные Археологической комиссією*. – Т. 1: 1340–1506. – СПб., 1846. – 375 с.

14. *Леонтович Ф.* Крестьяне Юго-Западной России по Литовскому праву XV и XVI столетий. – К., 1863. – 88 с.

15. *Бедрий М.* Усталені юридичні формулювання в українському копному судочинстві (XIV–XVIII ст.) // *Часопис Київського університету права*. – К., 2010. – № 2. – С. 57–61.

16. *Галицько-руські народні приповідки: У 3 т.* – Л., 2006. – Т. 3. – 699 с.

17. *Українські народні прислів'я та приказки: Дожовтневий період*. – К., 1963. – 791 с.

18. *Падох Я.* Суди й судовий процес старої України. – Нью-Йорк; Париж; Сідней; Торонто; Львів, 1990. – 128 с.

19. *Мироненко О. В.* Судовий процес і його форми на українських землях XIV–XVI ст. // *Актуальні проблеми держави і права*. – О., 2001. – Вип. 11. – С. 111–113.

20. *Гримич М. В.* Звичаєве цивільне право українців XIX – початку XX ст. – К., 2006. – 560 с.

21. *Чубинський П.* Краткий очерк народных юридических обычаев, составленный на основании прилагаемых гражданских решений // *Труды этнографическо-статистической экспедиции в Западно-Русский край, снаряженной Императорским Русским географическим обществом: Юго-Западный отдел*. – СПб., 1872. – Т. 6. – С. 29–80.



УДК 343.1

Василь Білоус,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики
Національного університету «Юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого»*

УПРОВАДЖЕННЯ БІОМЕТРИЧНИХ ТЕХНОЛОГІЙ ЗАПОБІГАННЯ ПОРУШЕННЯМ ЗАКОНОТВОРЧОЇ ПРОЦЕДУРИ

У статті аналізуються типові порушення процедури розгляду й ухвалення правових актів парламентом України, сформульовані рекомендації із упровадження біометричних технологій запобігання порушенням законотворчої процедури.

Ключові слова: законотворча процедура, криміналістична профілактика, біометричні технології.

Протягом останніх парламентських скликань у нашій державі сформувалася негативна практика, коли на пленарних засіданнях Верховної Ради України під час прийняття рішень, у тому числі, з надзвичайно принципових питань державного устрою та суверенітету, значна частина народних депутатів України грубо порушує Основний Закон і голосує за своїх відсутніх колег. Ганебне явище, коли наявні в сесійній залі народні обранці переміщуються вздовж робочих місць і натискають за відсутніх на клавіші електронної системи голосування «Рада», отримало назву «голосування в темну», «заочне», «колективне», «багатоверстатне», «за себе і за того хлопця», «рояльне» голосування, «піанізм» або «кнопкодавство», а парламентаріїв, які порушують Конституцію у такий спосіб, прийнято називати «багато-рукими мавпами», «піаністами» або «кнопко-давами». За час, відведений для голосування, один такий порушник Конституції встигає проголосувати за 8–9 відсутніх на засіданні депутатів. Часто за мінімально необхідних 226 депутатів закони приймаються 35–40 «багатоверстатниками».

Так, 27.04.2010 р. за ратифікацію Угоди між Україною і Російською Федерацією з питань перебування Чорноморського флоту РФ на території України проголосувало «236» депутатів, у тому числі С. Головатий і С. Ківалов, які в цей день взагалі перебували у м. Страсбурзі (Франція). При цьому в сесійній залі зареєструвалося лише 211 народних депутатів, що менше 50 % складу парламенту. Народний депутат України Я. Сухий публічно визнав, що не брав особистої участі в згаданому голосуванні. Замість нього в сесійній залі проголосував хтось інший, а Я. Сухий з цього приводу заявив: «Це моя картка допустила зраду національних інтересів».

01.02.2011 р. Верховна Рада України прийняла чергові зміни до Конституції, якими було відтерміновано на півроку дату президентських і на півтора роки – дату парламентських виборів. За внесення змін до Основного Закону про продовження терміну власних і президентських повноважень проголосувало 310 депутатів, однак при цьому були зараховані голоси щонайменше 25 відсутніх у сесійній залі народних обранців, у тому числі В. Ар'єва, який під час голосування разом із належною йому картою для голосування перебував у США, О. Бабаєва, який під час голосування перебував у м. Кременчузі, та П. Мовчана, який під час голосування перебував у лікарні. Цей факт засвідчив «клінічну смерть» українського парламентаризму: адже якщо раніше звичним було незаконне голосування від імені відсутніх, але згодних із цим депутатів, то тепер натискати клавіші за народних обранців почали навіть без їх на те дозволу [1, с. 18]. Дійшло навіть до матеріалізації сюжету гоголівських «Мертвих душ»: парламентарій, який загинув внаслідок ДТП, «на підставі пред'явлення посвідчення народного депутата України і підтвердження своєї присутності власноручним підписом» був зареєстрований учасником пленарного засідання Верховної Ради України на 4-й день після смерті.

Правового реагування на такі факти – жодного, навіть тоді, коли неправомірно використовується картка для голосування особи, до обов'язків якої віднесено нагляд за дотриманням законів. За особистим зізнанням С. Піскуна, в той час, коли 26.04.2007 р. він, народний депутат України, перебував у приміщенні Генеральної прокуратури України, де Президент України представляв його як Генерального прокурора, з використанням персональної картки С. Піскуна здійснювалося голосування на пленарному засіданні парламенту. Однак і за цим фактом Генеральним прокурором не було вжито жодних заходів прокурорського реагування.

Через абсолютну безкарність порушників Основного Закону наша держава неодноразово була посоромлена «кнопкодавами» перед світовою спільнотою. Так, парламентська делегація Польщі була приголомшена, побачивши наживо, як народні депутати України голосують за відсутніх колег. У Польщі, Литві, багатьох інших країнах за такі дії позбавляють представницького мандата [2, с. 16]. Понад десятиліття тому використання чужої картки у Польщі було прирівняно до шахрайства, за вчинення якого встановлено покарання у вигляді позбавлення волі на строк до семи років.

Проте в українському парламенті законодавчі ініціативи щодо криміналізації «кнопкодавства» до сьогодні не здобули підтримки більшості.

Серед основних чинників, що зумовлюють системні порушення конституційної процедури розгляду й ухвалення правових актів, можна назвати: надзвичайно високий рівень правового нігілізму, що кореспондує неприпустимо низькому ступеню правосвідомості українських законодавців; відсутність будь-яких санкцій за порушення законотворчої процедури, правового механізму притягнення до відповідальності та відшкодування завданих збитків; зволікання із запровадженням науково-технічних засобів запобігання порушенням конституційної процедури розгляду й ухвалення парламентом правових актів.

Закономірності, пов'язані з психологічними аспектами правотворчості, психологією правосвідомості та праворозуміння, психологічними проблемами правозастосування є предметом вивчення сучасної юридичної психології [3, с. 6]. Висвітленню професіограм окремих юридичних професій приділяється достатньо уваги у навчальній і науковій літературі [4, с. 200–306; 3, с. 61–66; 5, с. 206–210; 6, с. 141–161; 7, с. 168–189; 8, с. 42–46]. Однак, попри надзвичайно високу соціальну значущість законотворчих функцій народних депутатів України, професіограма законодавця як система психологічних якостей, умінь і навичок, необхідних для успішного виконання діяльності, до сьогодні залишається належним чином не розробленою. З огляду на те, що правова регламентація не тільки як психологічна характеристика, а й як змістовна сторона діяльності тісно пов'язана з науковою організацією праці, вираженням оптимальної організації якої є встановлений законом порядок діяльності [3, с. 53], з метою вироблення дієвих криміналістичних рекомендацій щодо запобігання порушенням конституційного процесу законотворення першочерговому аналізу підлягають законодавчі приписи, якими регламентована законотворча процедура.

Статтею 5 Конституції України визначено, що носієм суверенітету й єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади, органи місцевого самоврядування. Єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України (ст. 75). Таким чином, український парламент є органом державної влади, діяльність якого, передусім, має бути спрямована на забезпечення народного представництва та виявлення державної волі прийняттям законів шляхом голосування народних депутатів України. Голосування у Верховній Раді України – це дія, якою на пленарному засіданні завершується обговорення проектів законів, постанов, інших актів, приймаються парламентські рішення. Закони, постанови й інші акти вважаються прийнятими, якщо під час голосування на пленарних засіданнях Верховної Ради України вони були підтримані встановленою більшістю голосів від її конституційного складу.

Частина 2 ст. 19 Конституції України встановлює, що 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. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження в установлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України (ч. 2 ст. 6).

Пункт 3 ч. 1 ст. 85 Конституції України надає парламенту право приймати закони за процедурою, встановленою статтями 91, 93. Згідно із ст. 91 Основного Закону Верховна Рада приймає закони, постанови й інші акти більшістю від її конституційного складу, крім випадків, передбачених Конституцією. *Присутність і особиста участь народного депутата України у засіданнях Верховної Ради України й її органів, до складу яких його обрано, є не питанням вільного рішення (вибору) народного депутата України, а відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про статус народного депутата України» його обов'язком, на чому наголошується у рішенні Конституційного Суду України від 17.10.2002 р. № 17-рп/2002 у справі № 1-6/2002.*

Згідно з частинами 2, 3 ст. 84 Конституції України рішення Верховної Ради приймаються виключно на її пленарних засіданнях шляхом голосування, яке здійснюється народним депутатом України особисто. Цим положенням кореспондують норми ч. 1 і ч. 3 ст. 47 Регламенту Верховної Ради України, затвердженого Законом України від 10.02.2010 р. № 1861-VI, згідно з якими Верховна Рада приймає рішення виключно на її пленарних засіданнях після обговорення питань більшістю голосів народних депутатів від консти-

туційного складу Верховної Ради, крім випадків, передбачених Конституцією та цим Регламентом. Голосування здійснюється народними депутатами особисто за допомогою електронної системи в залі засідань Верховної Ради або у визначеному для таємного голосування місці біля зали для пленарних засідань.

Дотримання встановленої Конституцією України процедури розгляду й ухвалення законів є однією з умов легітимності законодавчого процесу. Рішенням від 07.07.1998 р. № 11-рп/98 у справі № 1-19/98 Конституційний Суд України ухвалив:

1. Положення ч. 2 ст. 84 Конституції України треба розуміти так, що рішення Верховної Ради України, зокрема закони, постанови, інші акти, а також рішення Верховної Ради України щодо прийняття (відхилення) постанови законопроекту, поправок до них приймаються лише на пленарному засіданні Верховної Ради України за умови особистої участі народних депутатів України в голосуванні та набрання встановленої Конституцією України, законом про регламент Верховної Ради України кількості голосів на їх підтримку.

2. Положення ч. 3 ст. 84 Конституції України щодо здійснення народним депутатом України голосування на засіданнях Верховної Ради України означає його безпосереднє волевиявлення незалежно від способу голосування, тобто народний депутат України не має права голосувати за інших народних депутатів України на засіданнях Верховної Ради України.

Відповідно ж до ч. 1 ст. 152 Основного Закону України закони й інші правові акти у разі, якщо була порушена встановлена Конституцією України процедура їх розгляду чи ухвалення, за рішенням Конституційного Суду України визнаються неконституційними повністю чи в окремі частини. І саме у зв'язку з порушенням конституційної процедури розгляду та прийняття рішенням Конституційного Суду України від 30.09.2010 р. № 20-рп/2010 у справі № 1-45/2010 було визнано неконституційною так звану Конституційну реформу (Закон України «Про внесення змін до Конституції України» від 08.12.2004 р. № 2222-IV). Європейським судом з прав людини голосування за відсутніх народних депутатів було визнано порушенням ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (див. Chamber judgment Oleksandr Volkov v. Ukraine 09.01.13).

Заслуговує на особливу увагу і той факт, що кожен із народних депутатів України перед вступом на посаду скріпив своїм підписом присягу, якою зобов'язався «додержуватися Конституції України та законів України, виконувати свої обов'язки в інтересах усіх співвітчизників». Це положення конкре-

тизовано у п. 4 ч. 1 ст. 24 Закону України «Про статус народного депутата України», згідно з яким особиста участь у голосуванні з питань, що розглядаються Верховною Радою України, є обов'язком народного депутата.

Відповідно до ст. 21 Конституції України громадяни є рівними перед законом. Кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції та законів України (ст. 68). Невиконання цього обов'язку тягне за собою юридичну, у тому числі кримінальну, відповідальність. Однак декларативність гарантування рівності всіх перед законом засвідчується кардинальною відмінністю у правових наслідках порушення порядку голосування різними категоріями осіб. Так, згідно із ст. 158¹ Кримінального кодексу (далі – КК) України голосування одним виборцем на виборчій дільниці більше ніж один раз, у тому числі за іншого виборця, може призвести до позбавлення його волі на строк до трьох років. А відповідно до ч. 8 ст. 158 КК України за умисне надання членом виборчої комісії громадянину можливості проголосувати за іншу особу чи проголосувати більше ніж один раз у ході голосування порушника може бути покарано позбавленням волі до шести років, із позбавленням права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю на строк до трьох років.

Так, згідно із статистичними даними МВС України, за результатами проведення президентських виборів 2004 р. лише у першому півріччі 2005 р. у провадженні органів досудового слідства перебувало 1314 кримінальних справ, порушених за ст. 158 КК України. Відповідно до даних Державної судової адміністрації 2005 р., із 148 осіб, притягнутих до кримінальної відповідальності за ст. 158 КК України, за видачу членом виборчої комісії виборчого бюлетеня особі для голосування з метою надання їй можливості проголосувати за іншу особу або проголосувати більше ніж один раз; видачу виборчого бюлетеня особі, не внесеної до списку виборців на виборчій дільниці; видачу заповненого виборчого бюлетеня; незаконну передачу іншій особі незаповненого виборчого бюлетеня засуджено 15 осіб [9, с. 15, 18]. Станом на 31.03.2010 р. до судів надійшло 7 кримінальних справ про злочини, передбачені статтями 158 і 158¹ КК України, з них розглянуто 5 справ з постановленням обвинувального вироку щодо цієї ж кількості осіб [10]. Тобто на порушення процедури голосування пересічними громадянами держава реагує відповідними покараннями [9; 11; 12].

У той самий час уникають справедливого покарання народні депутати України, які протягом декількох секунд лише одного сфальсифікованого голосування, вчиняють грабіж сотень тисяч голосів виборців, а також голо-

вуючий на пленарному засіданні Верховної Ради, невиконання яким обов'язків, визначених ст. 27 Регламенту, створює умови для систематичного порушення Конституції. Попри той факт, що через протидію таких «законодавців-невігласів» дотепер кримінальну відповідальність за вказані діяння не встановлено; криміналістика зобов'язана невідкладно розробити на давно назрілий запит суспільства ефективні засоби і методи запобігання порушенням Конституції та викриття порушників законотворчої процедури. Адже суспільство, обираючи шлях демократичного розвитку, все гостріше відчуває потребу в забезпеченні своєї безпеки не тільки від злочинності, а й від сваволі влади [13, с. 14].

Об'єктами криміналістики, з одного боку, є злочинність, з іншого – досудове слідство, судовий розгляд і профілактика злочинів [14, с. 42]. Одне із завдань сучасної криміналістичної науки – розроблення спеціальних захисних науково-технічних засобів і методів запобігання злочинності. І хоча порушення законотворчої процедури дотепер не криміналізовано, виконуючи свою профілактичну функцію, криміналістика вже сьогодні повинна запропонувати відповідні технічні засоби попередження таких порушень. Останні, у свою чергу, мають бути розроблені на підставі вивчення й узагальнення слідчої, оперативно-розшукової, експертної практики, міжнародного досвіду, новітніх розробок у галузі захисту матеріальних цінностей та інформаційних ресурсів, виявлення причин та умов, що сприяють вчиненню злочинів. Відмінність технічних засобів профілактики від інших криміналістичних засобів полягає в тому, що вони застосовуються до виникнення злочинного діяння. Використання таких засобів і методів носить превентивний характер, перешкоджає вчиненню злочину або допомагає його виявленню [15, с. 60–61].

На нашу думку, попередженню порушень законотворчої процедури найефективніше сприятиме використання здобутків криміналістичної біометрії – системи знань і технічних засобів із розпізнавання людей за індивідуальними біометричними параметрами з метою розкриття, розслідування та попередження злочинів. Завдання криміналістичної біометрії, спрямовані на розкриття та розслідування злочинів, поділяються на *ідентифікаційні* та *діагностичні*, а завдання, спрямовані на попередження злочинів, полягають у контролі доступу в різні приміщення і системи й є специфічними ідентифікаційними завданнями, оскільки ідентифікація здійснюється не експертом, а приладом. Слід зазначити, що ідентифікаційні та діагностичні завдання криміналістичної біометрії вирішуються особою, яка володіє спеціальними

знаннями в галузі фізіології й анатомії людини, трасології та дактилоскопії, габітоскопії, медицини, комп'ютерних технологій і біометрії. Завдання контролю доступу вирішуються спеціальними пристроями [16, с. 316–319].

Біометрія (Biometric) – галузь науки, що вивчає способи вимірювання різних параметрів людини з метою встановлення подібності/відмінностей між людьми та виділення однієї конкретної людини із множини інших [17, с. 18]; наука про ідентифікацію та верифікацію особи за фізіологічними або поведінковими відмінними характеристиками [18, с. 19]; прикладна галузь знань, що використовує при створенні різних автоматичних систем розмежування доступу унікальні ознаки людини (біометричні характеристики (Biometric Parameter)).

Біометричні параметри – це такі індивідуальні та унікальні характеристики, якими вимірюються, фізіологічні або поведінкові ознаки живої людини, які можна класифікувати на дві групи: ті, якими людина наділена від народження (папілярний візерунок пальця, геометрія руки, геометрія обличчя, термограма обличчя, сітківка й райдужна оболонка ока, ДНК, форма вух, запах, будова шкіри); ті, що засновані на аналізі динамічних характеристик людини, які відображають особливості її швидких підсвідомих рухів у процесі відтворення контрольного слова на клавіатурі, у почерку або у процесі вимови контрольного слова голосом користувача.

Сьогодні використовується широке коло технологій ідентифікації людини. Різноманітні системи аутентифікації можна розділити на три класи залежно від того, що саме особа зобов'язана пред'явити системі: 1) те, що вона знає; 2) те, чим вона володіє; 3) те, що є її частиною.

Перший клас використовує різноманітні шифри, що вводяться людиною: PIN-коди, криптографічні коди тощо.

Другий клас використовує шифри, що передаються за допомогою фізичних носіїв інформації: пластикові картки з магнітною стрічкою, електронні таблетки «touch memory», електронні token-пристрої, proximity-картки тощо.

Третій (біометричний) клас принципово відрізняється тим, що аутентифікації піддається власне особистість – її індивідуальні біометричні характеристики, які неможливо втратити, передати іншій людині і досить складно підробити. Ідентифікації людини на основі біометричних параметрів слугує біометрія. До числа основних біометричних характеристик, що використовуються на даний час, належать: форма кисті руки; риси обличчя; термограма обличчя (схема кровоносних судин обличчя); параметри голосу; форма та спосіб

підпису; візерунок сітківки і райдужної оболонки ока; папілярний візерунок пальця; фрагменти генетичного коду.

У біометрії розрізняють два аутентифікаційні методи: *верифікацію*, засновану на біометричному параметрі й унікальному ідентифікаторі, який виділяє конкретну особу (наприклад, ідентифікаційний номер). Цей метод базується на комбінації аутентифікаційних прийомів; *ідентифікацію*, яка, на відміну від верифікації, базується виключно на біометричних вимірюваннях. При цьому вимірювані параметри порівнюються з усіма записами в базі зареєстрованих користувачів, а не з одним із них, обраним на підставі певного ідентифікатора [18, с. 15–16].

Методи і технічні засоби ідентифікації та верифікації особи на основі біометричних характеристик людини отримали назву біометричних технологій. Ці технології впроваджуються на сучасному етапі в усі сфери життя людини, вони витребувані багатьма матеріальними науками, що потребують своєчасних і точних технологій ідентифікації людини.

Біометричні технології засновані на біометрії вимірювання унікальних характеристик окремо взятої людини. Це можуть бути як унікальні ознаки, наявні у людини від народження, так і характеристики, набуті з часом або ж ті, що здатні змінюватись із віком або під зовнішнім впливом, зумовленим зовнішніми факторами. Криміналістика і судова експертиза широко використовують нові біометричні технології ідентифікації людини, опрацювавши їх з урахуванням специфіки вирішуваних завдань. Основна мета біометричних технологій полягає у створенні такої системи реєстрації, яка б українською рідко відмовляла у доступі легітимним користувачам і повністю унеможливила несанкціоноване втручання у комп'ютерні сховища інформації [19, с. 56].

Вибір джерела біометричних характеристик людини є основним завданням при створенні конкретних біометричних технологій. Ідеальна біометрична характеристика людини має бути універсальною, унікальною, стабільною, відтворюваною. *Універсальність* відповідає наявності біометричної характеристики у кожної людини. *Унікальність* означає, що не може бути двох осіб, які мають ідентичні біометричні характеристики. *Стабільність* – це незалежність біометричних характеристик від проміжку часу. *Відтворюваність* – це можливість отримання біометричної характеристики від кожного індивіда.

Реальні біометричні характеристики людини не ідеальні, а це обмежує їх практичне застосування. В результаті експертної оцінки зазначених властивостей таких джерел біометричних характеристик, як зображення

та термограма обличчя, відбитки пальців, геометрія руки, зображення сітківки, підпис, голос, зображення губ, вух, динаміка почерку, хода, встановлено, що жодне з них окремо не задовольняє вимогам універсальності, унікальності, стабільності, відтворюваності. Тому, незважаючи на середні показники за витратами та точністю, сьогодні домінують біометричні технології на основі фото/відео зображення особи, а також папілярних візерунків пальців рук. Наприклад, технічною передумовою підписання Договору про режим безвізових подорожей громадян України до країн Європейського Союзу є впровадження в Україні так званих біометричних паспортів із мікрочіпом, що містить зображення відбитків пальців рук або сітківки ока власника паспорта. Понад 70 % усіх біометричних показників, що розпізнаються, розташовуються в області голови та шиї, що підтверджує можливість використання для встановлення особи у більшості випадків зображень обличчя, голови, її елементів [20, с. 348–349].

Дотепер прийняття законодавчих актів у сесійній залі українського парламенту відбувається за допомогою розробленої Інститутом проблем математичних машин і систем НАН України електронної системи голосування «Рада-3», яка не оснащена функцією ідентифікації її користувачів. Передбачалося, що «Рада-3», на модернізацію якої з Держбюджету ще декілька років тому витрачено 461 тис. грн, функціонуватиме за таким алгоритмом:

- активація системи відбуватиметься шляхом розміщення особистої картки для голосування відповідного народного депутата України в слот на робочому місці останнього;
- початок голосування шляхом натискання й утримання протягом 11 секунд, відведених на голосування, сенсорної клавіші, якою оснащено систему під час останньої модернізації;
- продовження голосування натисканням і утриманням протягом часу, відведеного на голосування, відповідної клавіші «за», «проти» або «утримався» після натискання сенсорної клавіші;
- завершення голосування утриманням одночасно сенсорної й однієї із трьох клавіш («за», «проти» або «утримався») протягом усього часу, відведеного для голосування.

Такий спосіб волевиявлення «одночасно двома руками», на думку окремих фахівців, покликаний забезпечити реалізацію принципу «один депутат – один голос» і практично унеможливує голосування за іншого депутата. Проте, за твердженням одних, на роботу цієї системи можна вплинути за допомогою різних шахрайських дій. А на думку інших, «запуск модернізованої системи голо-

сування «Рада-3» призведе до того, що крісла депутатів-бізнесменів, які звикли жити і працювати за кордоном, або просто не обтяжувати себе візитами до Ради, остаточно займуть їх спеціально навчені помічники» [2, с. 16–17]. З тих чи інших причин, введення в дію модернізованої електронної системи голосування саботується народними депутатами вже не перший рік. А тим часом у 2012 р. добіг кінця термін експлуатації діючої електронної системи голосування, і фахівці ПІММС НАН України вже тривалий час на заміну їй розробляють нові термінали для голосування четвертого покоління. Передбачається, що «Рада-4» буде принципово відрізнитися від своєї попередниці заміною механічних клавіш технологією «тачскрін», наперед встановленою сенсорною клавішею, вдосконаленими системами безпеки. Однак про дієві засоби ідентифікації користувачів цієї системи не йдеться як і раніше.

Слід зазначити, що, наприклад, представництвом корпорації «ІВМ» у Румунії постійному Бюро румунського Сенату презентована нова система електронного голосування, оснащена програмою, що здатна розпізнавати біометричні дані народних обранців. За її допомогою кожен депутат зможе голосувати лише після введення пароля і сканування системою біометричних ознак.

Забезпечення дотримання конституційної процедури законотворчості народними депутатами України з урахуванням міжнародного досвіду та рівня розвитку біометричних технологій вже сьогодні вимагає впровадження засобів криміналістичної профілактики за трьома основними напрямками:

- фізичний контроль доступу особи до сесійної зали парламенту;
- ідентифікація користувача електронної системи голосування;
- фіксація правопорушника на місці вчинення порушення.

Фізичний контроль доступу особи до сесійної зали парламенту. Для забезпечення цього профілактичного напрямку можуть бути корисними напрацювання провідних мультибіометричних компаній і започаткована у 70-х роках ХХ ст. технологія розумного (інтелектуального) будинку («Smart House»), однією з невід'ємних складових якої є система захисту від несанкціонованого проникнення, де в єдиний комплекс об'єднано відеокамери, фотоелементи, що реагують на рух, детектори об'єму, контактні сенсори на поверхнях тощо, за допомогою яких здійснюється автоматична ідентифікація з використанням чіпів радіочастотної ідентифікації RFID (Radio Frequency Identification), аналізаторів голосу, відбитків пальців рук чи райдужної оболонки ока. Так, створений ученими універ-

ситету Флориди (США) в рамках проекту «Gator-Tech» «Smart House» визначає місцезнаходження та положення фізичних осіб, які в ньому перебувають, а його «розумні двері» з використанням технології радіочастотної ідентифікації розпізнають осіб, доступ яким дозволено, та відчиняють перед ними двері без використання ключа [21, с. 31]. Функцію фізичного контролю доступу здатні підтримувати імплантовані в тіло людини чіпи радіочастотної ідентифікації RFID, що зазвичай дозволяють здійснювати: зберігання історії хвороби для екстрених випадків; вхід у приміщення, облаштовані системами безпеки; управління комп'ютерами й іншими пристроями за допомогою мозкових імпульсів; блокування больових сигналів при хронічних захворюваннях; зберігання паролів для комп'ютерних систем; взаємодію з GPS для пошуку осіб, які пропали безвісти, та стеження за злочинцями [22, с. 50–51].

Фонову ідентифікацію відвідувачів українського парламенту здатна здійснювати й упроваджена в діяльність Національним поліцейським відомством Японії комп'ютерна 3D-технологія, що автоматично розпізнає особу у натовпі, будує її об'ємну модель на основі двовимірного знімка й порівнює отримані дані з архівом. Для її функціонування достатньо звичайних камер спостереження та наявності в базі даних якісних фотознімків. Ця 3D-система дозволяє впізнати особу навіть при зміні її зовнішності шляхом використання перуки чи окулярів [23, с. 54].

Давню пропозицію щодо реєстрації народних депутатів шляхом їх ідентифікації в електронній системі за відбитком пальця перед відкриттям кожного пленарного засідання слід реалізовувати ще до надання парламентаріям фізичного доступу до сесійної зали. А контроль наявності конституційної більшості необхідно здійснювати безперервно протягом усієї сесії та кожного голосування. У разі відсутності кворуму, необхідного для законного відкриття чи проведення пленарного засідання, а також голосування при ухваленні кожного правового акта, це дозволить не тільки заощадити кошти платників податків на експлуатацію сесійної зали парламенту, на утримання якої щорічно з держбюджету витрачається близько 1 млрд грн, а й попередити прийняття законодавчих актів, які буде визнано неконституційними через порушення встановленої Конституцією процедури їх розгляду чи ухвалення.

Ідентифікація користувачів електронної системи голосування. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил забезпечення захисту інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних

системах» від 29.03.2006 р. № 373 *ідентифікація* – це процедура розпізнавання користувача в системі, як правило, за допомогою наперед визначеного імені (ідентифікатора) або іншої апріорної інформації про нього, яка сприймається системою. Для вирішення проблеми безпеки інформаційних систем у більшості випадків використовуються технології, що в тому чи іншому вигляді застосовують певні паролі (набори символів, карти з персональними ідентифікаційними кодами (PIN-карти) тощо). Існують «універсальні» системи ідентифікації, в яких користувачі для доступу на різні вузли використовують різні паролі, «зібрані» в одному місці. Однак символічні паролі легко забути, загубити, вкрасити або зламати, а управління ними вимагає значних витрат.

Підвищення рівня безпеки електронної системи голосування потребує впровадження біометричних технологій, найбільш поширеною серед яких є ідентифікація користувача за відбитками пальців рук на основі наукових положень дактилоскопії – розділу трасології, що вивчає властивості та будову папілярних візерунків із метою використання їх відбитків для ототожнення особи і розкриття злочинів [24, с. 65].

Стрімкий розвиток біометричних технологій пов'язаний із розширенням їх використання в персональних електронних секретарях, персональних комп'ютерах, мобільних телефонах тощо. Так, компанія «Sagem» запропонувала мобільний телефон із функціями ідентифікації користувача за відбитками пальців, а компанія «ASUS» облаштовує ноутбуки пристроями для зчитування цього ідентифікатора. У цьому напрямі компанія «Identix» у співпраці з «Motorola» розробила технологію розпізнавання відбитків пальців «Identifier», що знайшла застосування в апаратах і програмних продуктах низки виробників, в тому числі: «Unisys», «Compaq», «IBM», «Dell Computer» і «NEC». Компанія «Ethentica» за участі «Philips Electronics» пропонує сканери для зчитування відбитків пальців і відповідне програмне забезпечення. Розробку аналогічних продуктів здійснює «Digital Persona» за фінансової підтримки «Intel» та «Kensington Technology», а також «Veridicom» за підтримки «Lucent Technologies» і «AT&T». «AuthenTec» за сприяння «Harris Semiconductor» створила окрему мікросхему з сенсором, що реалізує функції захисту за відбитками пальців, під назвою «FingerLoc». Навіть USB-брелоки «SanDisk Cruzer Profile» об'ємом пам'яті лише 1 Гб оснащуються функцією біометричного доступу.

Компанія «Альтона» здійснює серійне виробництво біометричних імобілайзерів серії «Woodoo», основною особливістю яких

є ідентифікація за відбитками пальців володільця автомобіля. Таке технічне рішення забезпечує високу криптостійкість протиугінної системи та зручність в експлуатації, оскільки для відключення блокування двигуна вже немає потреби використовувати будь-які електронні ключі чи брелоки. Володільцю необхідно лише прикласти палець до скануючого модуля для порівняння папілярного візерунка зі збереженими у системі біометричними еталонами. Після розпізнання володільця система дозволяє запуск двигуна. Для розпізнавання відбитків пальців у біометричних імобілайзерах «Woodoo» використовується ємнісний сканер малого розміру, виконаний за передовою КМОП-технологією. Його зчитуюча поверхня надійно захищена зносостійким герметичним покриттям. На відміну від оптичного, який ніби «фотографує» палець, в ємнісному сканері напівпровідниковий пристрій реагує на кількість валків і боріздов папілярного візерунку пальця. Їх індивідуальне поєднання утворює свій унікальний електричний сигнал, який порівнюється із збереженим у пам'яті еталоном. Біометричний сканер додатково пов'язаний з електромеханічним замком, оскільки окремо взятий протиугінний пристрій малоєфективний, а декілька таких систем, об'єднаних в єдиний комплекс, значно підвищують захищеність транспортного засобу від викрадення.

Відомі й інші біометричні технології. Так, «IrisScan» пропонує спеціальні сканери, що дозволяють ідентифікувати користувача за райдужною оболонкою ока, що при помітно вищій вартості забезпечує й значно вищий рівень захисту інформації. Компанією «VeriVoice» створено технологію для ідентифікації особи за мовою «VeriVoice Security Lock», яка дозволяє ідентифікувати користувача не тільки при безпосередньому контакті, а й дистанційно, наприклад за телефонним дзвінком. Голосове розпізнавання підтримується операційною системою від «Apple». Компанія «Viisaga» розробила технологію ідентифікації користувачів за рисами обличчя. Фахівці компанії «Bioscrypt» розробили веб-камеру «3D DeskCam», яка для біометричного сканування використовує інфрачервоні сканери і здатна знімати тривимірне зображення обличчя користувача для комп'ютерної ідентифікації. Основними параметрами, що враховуються при скануванні, є висота лоба, форма очей і перенісся. Камера легко ідентифікує користувача, який поголив бороду або вуса, успішно пройшла тестування та змогла відрізнити обличчя близнюків. «Samsung Electronics» в універсальному смартфоні Galaxy S II (модель GT I9100) втілила систему безпеки «Face Recognition Unlock», яка «впізнає»

обличчя власника й автоматично розблоковує пристрій.

До невичерпного переліку унікальних розробок учені Національного університету м. Чжунсін (о. Тайвань) пропонують використовувати як комп'ютерний пароль ритми серця людини, адже шуми, темп скорочення, особливості роботи клапанів і міокарда є унікальними ідентифікуючими ознаками конкретної особи. А інженери Інституту передових промислових технологій (Японія) пропонують включити до переліку засобів ідентифікації особи, що вже традиційно використовуються в автопромисловості (електронні ключі, системи ідентифікації за відбитками пальців рук, рисами обличчя та голосом), автомобільне крісло, оснащене системою розпізнавання унікальної будови сидниці людини. До складу системи входять імплементовані у крісло водія 360 датчиків, що оцінюють рівень тиску, який на них чинить та чи інша ділянка сидниці і стегон, після чого формується тривимірне зображення, за яким автомобільна електроніка впізнає автовласника.

Фіксація правопорушника на місці вчинення порушення. Серед техніко-криміналістичних засобів, які використовуються для попередження злочинів, заслуговують на увагу ті, що ускладнюють або унеможливають вчинення злочинного діяння. Одним із основних напрямів розвитку технічних засобів профілактики є розроблення профілактичних приладів і пристроїв, зокрема, пристроїв охоронної сигналізації, електронних контролерів, фотоелементів, реле, інших компонентів охорони периметра, замикаючих і протиугінних пристроїв різних конструкцій, шифр-систем, приладів відеоспостереження, мобільних відеореєструючих пристроїв, хімічних засобів захисту тощо. Намагаючись дезактивувати такі засоби, злочинець під час взаємодії з ними залишає на місці події додаткові сліди, що збільшує обсяг доказової інформації.

До науково-технічних засобів запобігання злочинам належать також засоби фіксації правопорушника на місці вчинення злочину. Це, насамперед, охоронні системи відеоспостереження та різноманітні хімічні пастки (маркери) – спеціальні хімічні сполуки, що використовуються в профілактичній і оперативно-розшуковій діяльності для штучного слідоутворення. Потрапляючи на зловмисника, такі спецсполуки викликають появу яскраво забарвлених, добре видимих і важко змиваних слідів своєї дії, або створюють люмінесценцію в ультрафіолетових променях. Розрізняють *хімічні пастки активні* (поєднання спецсполуки із пристроями викиду) і *пасивні* (слідоутворення відбувається під час контактних взаємодій). В оперативно-розшу-

ковій діяльності використовуються хімічні пастки «Купіль», «Катапульта» й уніфікована багаторазова хімічна пастка «Керн». Арсенал подібних засобів постійно вдосконалюється та поповнюється [15, с. 60–61; 25, с. 61–62]. Наприклад, є відомим позитивний досвід використання у Великобританії та Австралії в якості активного маркера навіть ДНК-спрею «SelectaDNA», молекули якого містять унікальний ідентифікаційний код [26]. Для викриття осіб, які всупереч вимогам законодавства намагатимуться голосувати за відсутніх депутатів, паралельно з повною відеофіксацією факту порушення абсолютно доречним буде використання активних хімічних пасток. І якщо «плями на депутатській гідності» не утримують від систематичних грубих порушень Конституції, то зупинити парламентський безлад допоможуть заплямовані маркерами «Brioni».

Перелічені напрями криміналістичної профілактики порушень законотворчого процесу потребують невідкладної розробки і впровадження в діяльність парламенту сучасних біометричних технологій, заснованих на комплексному аналізі різних біометричних характеристик кожного чинного народного депутата України. З метою унеможливлення голосування одним депутатом за інших і порушення у такий спосіб процедури розгляду й ухвалення законів та інших правових актів модернізована парламентська електронна система голосування має бути оснащена засобами ідентифікації користувачів за широким спектром біометричних характеристик, що відповідають вимогам універсальності, унікальності, стабільності та відтворюваності. Функціонування системи для голосування має супроводжуватися повною відеофіксацією дій користувачів, а викриття і фіксація порушників законотворчого процесу має здійснюватися за допомогою активних хімічних пасток. Успішна апробація такої системи на рівні Верховної Ради України слугуватиме її подальшому широкомасштабному впровадженню в діяльність інших представницьких органів.

Список використаних джерел

1. Михельсон О. Кримінальна законотворчість // Український тиждень. – 2011. – № 6.
2. Денисенко В. Обейми руками // Кореспондент. – 2011. – 11 марта.
3. Коновалова В. О., Шенітко В. Ю. Юридична психологія. – Х., 2008. – 240 с.
4. Васильев В. Л. Юридическая психология. – СПб., 2008. – 656 с.
5. Орбан-Лембрик Л. Е., Кошинец В. В. Юридична психологія. – Чернівці, 2007. – 448 с.
6. Чуфаровский С. В. Юридическая психология. – М., 2000. – 336 с.

7. Шиханцов Г. Г. Юридическая психология. – М., 2002. – 352 с.
8. Шенітько В. Ю. Психологія судової діяльності. – Х., 2006. – 160 с.
9. Мельник М. І. Кримінальна відповідальність за злочини проти виборчих прав. – К., 2005. – 144 с.
10. Андрушко П. П. Злочини проти виборчих прав громадян та їх права брати участь у референдумі: кримінально-правова характеристика. – К., 2007. – 328 с.
11. Зінченко І. О. Кримінально-правова охорона виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина: Аналіз законодавства і судової практики. – Х., 2007. – 320 с.
12. Радченко О. І. Статус народного депутата України: проблеми теорії і правового регулювання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005.
13. Вольский А. Ф. Концептуальные основы технико-криминалистического обеспечения раскрытия и расследования преступлений: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1999.
14. Криминалистика / Под ред. Р. С. Белкина. – М., 2005. – 992 с.
15. Шенітько В. Ю. Криміналістика. – К., 2010. – 496 с.
16. Маюрова Е. А. К вопросу о рассмотрении биометрии в аспекте криминалистики // Современные тенденции развития криминалистики и судебной экспертизы в России и Украине: Материалы междунар. науч.-практ. конф. в рамках проекта «Российско-украинские криминалистические чтения на Слобожанщине, 25–26 марта 2011 г.: В 2 т. – Белгород, 2011. – Т. 1. – С. 316–319.
17. Тумоян Е. П. Разработка и исследование метода создания и использования хранилищ ключевой информации на основе распознавания биометрических образов. – Таганрог, 2003. – 158 с.
18. Болл Руд М., Коннел Джонатан Ч., Паканти Шарат и др. Руководство по биометрии. – М., 2007.
19. Моисеева Т. Ф. Биометрические технологии в аспекте экспертных исследований // Актуальные проблемы теории и практики уголовного судопроизводства и криминалистики: В 3 ч. – М., 2004. – Ч. 3.
20. Пичугин С. А. Современные проблемы криминалистического установления личности с использованием биометрических документов // Современные тенденции развития криминалистики и судебной экспертизы в России и Украине: материалы междунар. науч.-практ. конф. в рамках проекта «Российско-украинские криминалистические чтения на Слобожанщине, 25–26 марта 2011 г.: В 2 т. – Белгород, 2011. – Т. 1. – С. 348–349.
21. Ума палата // Контракты. – 2011. – № 6.
22. Рингис А. Тело 2.0 Футурологи обещают, что к 2045 году искусственная плоть станет реальностью // Фокус. – 2011. – № 52. – С. 50–51.
23. Корреспондент. – 2007. – № 18.
24. Шенітько В. Ю. Криміналістика: Енциклопедичний словник (українсько-російський і російсько-український) / За ред. В. Я. Тація. – Х., 2001. – 560 с.
25. Ищенко Е. П. Криминалистика. – М., 2011. – 512 с.
26. В «Макдоналдсе» используют маркерный ДНК-спрей для охраны [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://security.ua/news/industry/foreign/index.php?ELEMENT_ID_=8374.

Стаття надійшла до редакції 21.02.2013 р.

Based on provisions of the criminalistic prophylaxis and based on the analysis of typical violation of the order of consideration and approval of legal acts by the Parliament of Ukraine, the recommendations on introduction of the biometric technologies to prevent violation of the law making are conceived.

В статті аналізуються типові порушення процедури розгляду і прийняття правових актів парламентом України, сформульовані рекомендації впровадження біометричних технологій протидії порушень законотворчої процедури.



УДК 343.139

Андрій Молдован,

канд. юрид. наук,
доцент юридичного факультету
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного

ЗАСАДИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ В УКРАЇНІ ТА ФРН

Стаття присвячена дослідженню основних засад кримінального процесу ФРН, аналізу спеціальної наукової літератури з цієї теми.

Ключові слова: засади, кримінальний процес, обвинувачений.

У німецькій теорії немає єдиного підходу до визначення системи засад кримінального процесу. Так, в одних випадках система включає всі засади, що називаються загальними кримінально-процесуальними: офіційності; обвинувачення; законності; обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи; правового судового заслуховування; швидкості судочинства; безпосередності; усності; вільної оцінки доказів; тлумачення сумнівів на користь підсудного; гласності; презумпції невинуватості; припустимого оскарження судових рішень; обов'язковості рішень суду. В інших випадках приблизно ті самі засади класифікуються за окремими ознаками. Наприклад, засади порушення провадження у справі, до яких належать засади офіційності, обвинувачення та законності, або засади доказування – обов'язковість дослідження всіх обставин кримінальної справи, безпосередність, вільна оцінка доказів, тлумачення сумнівів на користь підсудного [1, с. 38].

Із усіх засад Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) ФРН прямо закріплює такі [2, с. 116]:

- офіційності – *Legalitätsgrundsatz* (ч. 1 § 152);
- обвинувачення – *Akkusationsprinzip* (§§ 151, 155, 264);
- законності – *Gesetzlichkeit* (ч. 2 § 152);
- обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи – *erstrecken alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind* (ч. 2 §§ 155, 244).

Засада офіційності (*Legalitätsgrundsatz*) полягає в тому, що кримінальне переслідування здійснюється відповідними державними органами незалежно від волі потерпілого (*ex officio*). Винятком із цієї засади є справи приватного обвинувачення, що порушуються за скаргою потерпілого. Дія засади офіційності також обмежена відносно деяких

державних злочинів. Для кримінального переслідування з цих справ обов'язково потрібен спеціальний дозвіл відповідного органу, який вирішує це на власний розсуд, виходячи із політичного значення справи (чи потрібно взагалі порушувати кримінальне переслідування чи краще від нього відмовитися). Так, кримінальне переслідування за образу федерального президента допускається тільки з його дозволу; образа конституційних органів (законодавчих органів, конституційних судів, їх членів) – з дозволу вказаних органів; розголошення державної таємниці – з дозволу федерального уряду [3, с. 39].

Засада обвинувачення (*Akkusationsprinzip*). Зміст цієї засади полягає в обмеженні вироку суду обвинуваченням, яке висунула прокуратура в досудовій стадії. Діє правило: немає обвинувача – немає судді. При цьому суд пов'язаний із діями й особами, вказаними в обвинувальному висновку (§ 200 КПК ФРН). Судовий розгляд кримінальної справи може бути розпочатий на основі порушення публічного обвинувачення. Тому розслідування і рішення в справі можуть стосуватися тільки дій та осіб, зазначених в обвинуваченні. Можливість додаткового обвинувачення відносно інших дій та осіб при дотриманні визначених вимог закону не суперечать цій засаді. Таким чином, при дотриманні засади обвинувачення КПК ФРН вимагає участі двох осіб: обвинувача та судді, який не може бути обвинувачем. У діючому кримінальному процесі ця засада означає, що судові слухання справи формально розпочинаються тільки актом пред'явлення обвинувачення [4, с. 40].

Засада законності (*Gesetzlichkeit*) передбачає, що прокуратура зобов'язана застосувати заходи відносно всіх переслідуваних у кримінальному порядку діянь, за наявності достатніх приводів і підстав. Однак, як визнається в німецькій процесуальній літературі, засада порушується внаслідок числен-

них винятків, і практично діє засада доцільності, а не законності.

КПК ФРН передбачає велике коло підстав, за яких прокуратура має право відмовитися від кримінального переслідування або закрити справу. Це не тільки справи про малозначні кримінально карані діяння та справи приватного обвинувачення. Восьмий закон «Про зміни в кримінальному праві» від 26.07.1968 р. увів засаду доцільності відносно державних злочинів (так звані справи про захист держави) і передбачив невизначені основи закриття справ цієї категорії. Так, Генеральний прокурор ФРН має право відмовитися від кримінального переслідування державних злочинів, якщо проведення судового процесу викликало б небезпеку серйозної шкоди Федеративній Республіці Німеччині, якщо переслідування суперечило б іншим вищим публічним інтересам.

Вступний закон до кримінального кодексу ФРН від 02.03.1974 р. надав право прокурору закривати кримінальні справи з проступків до порушення публічного обвинувачення, якщо обвинувачений у встановлений термін виконає покладені на нього обов'язки, наприклад внесе визначену грошову суму в доход загальнокорисної установи або державну казну. З цього приводу в процесуальній літературі ФРН зазначалося, що такі норми закону перетворюють кримінальне правосуддя на комерційну угоду. З іншого боку, визнається, що на практиці спонукання до виконання покладених обов'язків не виключає застосування методів, заборонених законом [5, с. 441].

Засада обов'язку дослідження всіх обставин кримінальної справи (erstrecken alle Tatsachen und Beweismittel, die für die Entscheidung von Bedeutung sind) означає, що суд за обов'язком служби зобов'язаний дослідити всі обставини справи і при цьому не пов'язаний із клопотаннями та показаннями учасників процесу. В кримінально-процесуальному законі ФРН прямо передбачено, що розслідування та розгляд справи поширюється на вказані в обвинуваченні діяння особи, що в межах цього обвинувачення суд має право і зобов'язаний здійснити самостійне дослідження фактичних обставин справи. Закон також передбачає, що суд із метою встановлення істини зобов'язаний за обов'язком служби досліджувати всі факти та докази, які мають значення для вирішення справи (ч. 2 § 244 КПК ФРН).

Інші засади, прямо не вказані в КПК ФРН, а лише виводяться з аналізу чинних норм кримінально-процесуального закону.

Засада безпосередності (Prinzip der Unmittelbarkeit) сформульована, виходячи з вимог § 250 КПК ФРН, який проголошує: якщо до-

казування факту засноване на сприйнятті особи, то ця особа повинна бути допитана в судовому засіданні. Допит не може бути замінений оголошенням протоколу раніше проведеного допиту або письмових пояснень цієї особи.

Засада усності (Mündlichkeit) означає, що тільки усно, як правило німецькою мовою, дослідження зібраного у справі доказу може бути покладено в основу вироку. Ця засада виводиться із двох передбачених законом положень – засади вільної оцінки доказів і предмета вироку. Про результати дослідження доказів вказує § 261 КПК ФРН; суд приймає рішення на власний розсуд, заснований на розгляді всіх обставин справи в їх сукупності. А предметом вироку, згідно з § 264 КПК ФРН, є кримінально каране діяння, встановлене в результаті розгляду справи. При визначенні засади тлумачення сумнівів на користь підсудного береться до уваги, по-перше, вимога вільної оцінки доказів у тому, що якщо для засудження підсудного необхідне переконання суду у винності, то сумнів у цьому повинен перешкоджати вирішенню питання про покарання; по-друге, презумпція невинуватості [4, с. 14].

Засада прискореного судочинства (Schnellgerichtsverfahren) кримінальної справи виникає з аналізу ряду норм КПК ФРН, наприклад негайної доставки затриманих компетентному судді на допит (§§ 115, 128 КПК ФРН), обмеження тримання під вартою обвинуваченого в порядку застосування слідчого арешту 6-ма місяцями (§ 121 КПК ФРН), обов'язкової явки обвинуваченого, свідків, експертів за викликом прокурора (§§ 228, 229 КПК ФРН) тощо.

Засада гласності судочинства (Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens) врегульована в Законі про судочинство ФРН 1877 р. Згідно з § 169 цього Закону розгляд справи в судовому засіданні, у тому числі проголошення вироку, провадиться гласно. Учасники процесу, а також кореспонденти газет, радіо, телебачення мають право вести записи про хід судового процесу, а фотографування – тільки з дозволу головуєчого. Радіо, телевізійні передачі, кінозйомка в залі суду з метою публічного висвітлення судового процесу не допускаються.

Гласність судового розгляду може бути виключена у передбачених законом випадках: якщо виникає небезпека державної безпеки, публічному порядку або моралі, якщо йдеться про розголошення відомостей про особисте життя підсудних або свідків, відомостей, які є комерційною, виробничою, винахідницькою, податковою таємницею, якщо неправомірне розголошення таємниці може сприяти покаранню в кримінальному порядку свідків і експертів, якщо допитуються особи, які не до-

сягли 16-річного віку. На основі § 48 Закону про суди в справах неповнолітніх усі справи цієї категорії розглядаються в закритих судових засіданнях (у тому числі проголошення вироку) [3, с. 43].

Засада допустимого оскарження судових рішень (Statthaftigkeit der Beschwerde des Gerichtsurteils) реалізується поданням скарги (Appell) на всі рішення, винесені судом першої інстанції або в апеляційному провадженні, на постанову головуючого, судді на досудовому розслідуванні та судді, який діє на підставі прохання або доручення (§§ 312–319 КПК ФРН).

Свідки, експерти й інші учасники процесу також мають право подавати скарги на ухвали та постанови, які їх стосуються.

Скарга на рішення про покладення обов'язків, про судові витрати та відшкодування витрат допускається лише у випадку, якщо ціна предмета скарги перевищує 200 DM. На інші рішення про судові витрати та відшкодування витрат скарга допускається, якщо ціна предмета скарги перевищує 100 DM.

На ухвали та постанови Верховного Суду ФРН подання скарги не допускається. Це правило застосовується також щодо ухвал і постанов вищого земельного суду, по яким він виступає як суд першої інстанції. Винятком є лише скарги які, стосуються [3, с. 44]:

- ув'язнення, тимчасового поміщення в психіатричну лікарню, наркологічного диспансеру, поміщення в спеціальний заклад для дослідження та спостереження, обшуку, виймки;

- відмови в порушенні судової справи;
- призначення судового розгляду за сутності підсудного;

- ознайомлення з матеріалами справи;

Скасування умовного засудження, відмови у звільненні від покарання (§ 304 КПК ФРН).

Засада обов'язковості судових рішень (Notwendigkeit des Gerichtsurteils) полягає в тому, що судові рішення ухвалюються судами

іменем народу землі й є обов'язковими для виконання на території держави. З цього випливає, що вирок, ухвала та постанова суду, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх державних і громадських підприємств, установ і організацій, службових осіб, громадян і підлягають виконанню на всій території Німеччини (§ 36 КПК ФРН).

За чинним КПК ФРН вже на початку справи можуть з'ясуватися питання, які стосуються особи підсудного (автобіографічні дані, відомості про фізичний і психічний стан, колишні судимості тощо).

Оскільки на сучасному етапі німецьке кримінально-процесуальне законодавство велику увагу приділяє питанням ресоціалізації злочинців, прогнозування подальшого розвитку особи підсудного, виникає необхідність дослідження великого обсягу інформації про особу підсудного. Але передчасне оголошення несприятливих для підсудного відомостей про особу може викликати несприятливе враження про винуватість обвинуваченого. Тому з метою охорони особистих прав підсудного недопустимо розголошення в суді відомостей про його інтимне життя.

Вторгнення в особисту сферу підсудного й оголошення відомостей, які характеризують його особу, будуть допускатися лише в другій частині судового розгляду (після визнання підсудного винуватим) [3, с. 45].

Список використаних джерел

1. Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А. Уголовный процесс западных государств. – М., 2002. – 439 с.
2. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ / Пер. с нем. Б. А. Филимонова. – М., 1994. – 204 с.
3. Молдован А. В. Кримінальний процес: Україна, ФРН, Франція, Англія, США. – К., 2010. – 398 с.
4. Шевцова О. Прокурор у кримінальному процесі ФРН та України (порівняльно-правове дослідження). – К., 2013. – 117 с.
5. Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. – М., 2001. – 240 с.

Стаття надійшла до редакції 01.03.2013 р.

To research the basic principles of criminal procedure FRG. The analysis of special scientific literature on this topic.

Статья посвящена исследованию основных принципов уголовного процесса ФРГ, анализу специальной научной литературы по этой теме.



УДК 343.131

Руслан Кацавець,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
юридичного факультету
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного

СУДОВІ ПРОМОВИ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ УКРАЇНИ: сутність і проблеми

У статті розглядаються сутність і проблеми судових промов у кримінальному судочинстві України.

Ключові слова: ораторське мистецтво, судові оратори, судова промова, судова аудиторія, засоби правового впливу.

Промова складається з трьох елементів: оратора, предмета, про який він веде мову, та особи, до якої він звертається. А. Дейл Карнегі зазначав, що добре підготовлена промова – це на $\frac{9}{10}$ виголошена промова [1, с. 90].

Проблеми риторики судової промови були предметом дослідження в різні періоди. Будь-який судовий процес – це форма мовленнєвого спілкування, а засіб ораторської комунікації – переконання суддів, учасників процесу у правильності висунутих суб'єктами дебатів тез і обґрунтованості висунутих ними рішень. Змістом судових промов завжди є певні думки, ідеї, доводи, міркування, які потрібно донести до аудиторії судового процесу. Вони неминуче пов'язуються з особистим ставленням людей до результатів дослідження, етичними мотиваціями, емоційним сприйняттям інформації, психологічним станом, переконаністю чи непереконаністю у правильності зроблених висновків.

Актуальність теми зумовлена дефіцитом ораторського мистецтва юристів, недостатнім рівнем розроблення проблем правової, етичної, логічної та мовної культури учасників судових дебатів. В умовах демократичного суспільства все більше виникає потреба у людях особистісного типу, які мають самостійно мислити, переконувати живим словом. Саме такими мають бути юристи. Адже вони виступають як державні обвинувачі, захисники, представники, які виголошують публічні промови у судових процесах. Тому їм слід володіти навичками публічного мовлення, що є необхідною професійною якістю. Високий рейтинг сучасних судових ораторів визначається знанням справи, загальною культурою, інтелектом; володінням літературною мовою; вмінням чітко, ясно, правильно та логічно викла-

дати думки. Правові, етичні, логічні та мовні проблеми судової промови порушуються із плином часу – життєвою та професійною необхідністю. Саме тому судова риторика набуває особливої актуальності, адже це складова частина культури судового процесу.

Мета цієї статті – виявити проблеми професійної етики обвинувачів і захисників у судовому процесі шляхом вивчення обвинувальних і захисних промов у писемно-усному аспекті, обґрунтувати та внести пропозиції, спрямовані на вдосконалення чинного кримінально-процесуального законодавства, підвищення ефективності застосування інституту судової промови, посилення гарантій здійснення правосуддя та прав особи у кримінальному процесі.

У своєму дослідженні ми спиралися на наукові праці відомих російських та українських учених, судових ораторів минулого: Ф. Прокоповича, М. Ломоносова, М. Сперанського, А. Коні, П. Сергєйча, С. Андрієвського, які продовжили та розвинули аристотелівський напрям у риториці, а також сучасних учених, ораторів: В. Гончаренка, Я. Зейкана, Є. Нора, В. Долежана, В. Молдована, В. Попелюшка, М. Шумила, Н. Мироненко, А. Музики, П. Шумського; російських і білоруських учених: М. Алексєєва, Н. Івакіної, Я. Кисельова, Є. Ножина та ін.

Проблема дослідження судових промов державного обвинувача й адвоката-захисника завжди була предметом дослідження вчених, юристів-практиків. Однак дослідження судових промов обвинувача та захисника у кримінальному судочинстві України через призму ораторських здібностей відповідно до сучасних вимог в юриспруденції України

не проводились. Аналіз зазначених аспектів свідчить, що серед них вирізняється та потребує вирішення питання підвищення риторичної культури суспільства, у тому числі ораторських здібностей судових ораторів, зокрема, шляхом виховання живим словом, спрямованим на професійну орієнтацію. Безумовно, це – могутній державотворчий фактор. Ми підтримуємо думку відомої поетеси нашої сучасності Л. Костенко про те, що мовне й мовленнєве безкультур'я багатьох представників владних структур та інформаційного простору в країні стають «зоною біди», з якої треба виходити, аби не стати «людьми великої динаміки, але вузького інтелекту» [2, с. 227]. Вважаємо, що питання культури мислення, мови та мовлення як фактор державотворчий – досить актуальне і вимагає вирішення на державному рівні. З цією метою можна розглядати проблему риторики у суспільстві під кутом впливу її на ораторське мистецтво сучасних риторів через призму понять: думка–мова–мовленнєвість на базі античних постулатів із орієнтацією на сучасний рівень риторичних вимог, які актуалізуються на суспільно-політичних засадах у поєднанні із загальнолюдськими, що створить гармонію особистості та суспільства, істини, краси [3, с. 56].

У правовій сфері усталилися певні словесні форми та професійні фразеологізми, що вживаються в юридичній мові. Проведене нами дослідження судових промов обвинувачів і захисників у судовому процесі виявило серйозні недоліки, зокрема спрощеність композиції обвинувальної та захисної промови, що пояснюється відсутністю науково обґрунтованих рекомендацій, розроблених на основі узагальнення практики застосування норм, які регулюють зміст і структуру судової промови, а також сучасних досягнень кримінально-процесуальної науки та судової риторики.

Найкращі виступи прості, зрозумілі, наповнені глибинним змістом. Виступ у суді – один із найскладніших і найвідповідальніших моментів участі прокурора, захисника й інших учасників процесу. Щоб упевнено обстоювати права людини та захищати інтереси суспільства, слово правника має бути справедливим, переконливим. Саме вміння кваліфіковано переконати у винуватості чи невинуватості підсудного – професійний обов'язок правника. Отже, вплив судового оратора на слухачів залежить від глибоких правових знань, професійних навичок, уміння публічно говорити. Завдання судових риторів – підготувати та вголосити промову так, щоб вона була переконливою й обґрунтованою, зрозумілою, доступною як для професійних учасників процесу, так і для слухачів, які

знаходяться у залі судового засідання з різних мотивів і спонукань. Якщо хочеш переконати, прагни, перш за все, сподобатися, прагни, щоб голос твій звучав гармонійно, щоб основні пункти у твоїй промові й її висновки звучали сильно та голосно [4, с. 42].

Ораторське мистецтво – це засіб спілкування людей і вираження думок, почуттів, волевиявлень. В юридичній сфері воно підкоряється здійсненню функцій права через мистецьке розкриття всього досвіду, характеру, намірів оратора. Ораторське мистецтво – це трибуна для юриста, засіб правового впливу та культури.

Ораторське мистецтво як складова професійних якостей юриста є ефективним засобом емоційного впливу. Мовно-виразні й інтонаційні засоби промови допомагають оратору краще передати думку, акцентувати увагу на деталях проблеми. Оратор повинен володіти дотепністю діалектика, думками філософа, пам'яттю законодавця [5, с. 76].

Спілкування з судовою аудиторією – одне з важливих завдань судового ратора. Тут мають гармонійно поєднуватися засоби переконуючої комунікації. Це високий професіоналізм, етичні засади, красномовство ратора, його майстерність публічно говорити. «Оратор користується народною прихильністю лише тоді, коли завчасно продумує, що буде говорити: лише цим доводить він свою відданість народу, а той, хто не турбується, як буде сприйнята його промова, діє... як людина, яка більше спирається на силу, ніж на переконання» [6, с. 90]. Судова аудиторія – це певна кількість людей у залі судового засідання, які беруть участь при розгляді справи або виявляють інтерес до неї. Умовно її можна розділити на чотири групи: професійні учасники процесу; представники громадськості; учасники процесу, заінтересовані у вирішенні справи; публіка, яка прийшла з різних мотивів і спонукань. Практика свідчить, що у залі судового засідання на особливу увагу, терпіння, такт, почуття міри заслуговує четверта група – публіка. Адже вона, як правило, не є однорідною за своїм складом. Одні приходять до суду підтримати рідних, близьких, знайомих; інші – послухати, як вирішуються справи про правопорушення тощо. Якби всі люди були однаковими та перебували завжди у тому самому настрої, ораторові досить було б знати самого себе, щоб уміти впливати на інших. Але за наявності великого розмаїття людських характерів потрібен важкий труд для вивчення значної кількості людей. Безумовно, кожен оратор має багато спільних точок зору із своїми слухачами, але вважати, що всі люди в усьому схильні вчиняти так, як ми неправильно (хоча й природно) [1, с. 167]. Отже, судовий ритор має добре знати ауди-

торію, її мотиви, інтереси, переконання. Оскільки склад слухачів неоднорідний, то можуть виникати труднощі в установленні контакту з аудиторією. Щоб досягти взаєморозуміння, слід враховувати емоційний стан, рівень уваги, готовність вступити в контакт, заінтересованість слухачів, їх вік і професійне спрямування.

На підставі наукових знань і власних практичних переконань оратор завойовує увагу аудиторії не категоричністю своїх суджень, а такою побудовою виступу, яка привела б слухачів до його висновку. Потрібно бути переконливим, а не категоричним. Перебільшене нав'язування своєї думки викликає негативне відношення. Слід виявляти витримку та довір'я до розуміння суддів. Судова промова має будуватися з урахуванням індивідуальних особливостей суддівського сприйняття, яке формується у ході процесу, за яким оратор має уважно стежити.

Уміння виступати публічно та схилати до своєї думки слухачів не приходить саме собою. Цьому треба наполегливо вчитися: відшліфувати прийоми риторського мистецтва; добре вивчати мову, збагачувати лексику; володіти тонкощами ораторського мистецтва, щоб вплив ритму на слух аудиторії володарював над нею. Промова, яка не творить у вас ніякого відчуття, яка служить тільки для звеселення вашого розуму (хоч би якою гарною вона здавалася), не може називатися красномовною [5, с. 87]. Красномовство має бути чесним і високomorальним, щоб проникало в людську душу. В цьому сила істини риторика.

Талановита промова втілює єдність раціонального й емоційного способів пізнання. Історія ораторського мистецтва свідчить, що раціональне й емоційне є важливими категоріями красномовства, оратороведення. Вони відображають одну з основних особливостей абсолютної більшості публічних промов. Раціональне й емоційне у різних промовах можуть перебувати в різному поєднанні. Тут оратор сам уже обирає потрібне співвідношення цих категорій, з урахуванням змісту виступу та специфіки аудиторії [7, с. 109, 120]. Основним в ораторському мистецтві є певна ідея, яку оратор намагається донести до слухача, до його свідомості. Це досягається переважно логічними засобами: судженнями та доказами. Емоції не допоможуть судовому оратору, якщо він не аргументуватиме свою промову доказами, фактами, якщо не впливати-

ме силою своєї логіки, не обґрунтовуватиме свої переконання.

Важливу роль у структурі судової промови відіграють етичні засади. Дотримання етичних норм сприяє повнішому, результативнішому виконанню учасниками судового процесу судових обов'язків. Етичні засади вимагають від судового оратора індивідуального підходу до кожної справи, що розглядається, врахування особливостей учасників, які беруть участь у справі [7, с. 245].

Судові оратори мають прагнути до того, щоб їх виступи в суді впливали на суддів і судову аудиторію, на результат судового процесу. Отже, *судова промова є важливим засобом у розумінні ораторами своїх процесуальних функцій, оскільки в ній концентруються висновки у справі, позиція оратора*. «Промова повинна розцвітати й розгортатися тільки на основі повного знання предмета... Саме промова солідна, пишна, яка відповідає і поняттям, і думкам слухачів становить невід'ємне надбання оратора» [8, с. 304].

Висновки

Актуальність теми, що розглядається, в умовах, коли Україна прагне інтегруватись у сім'ю європейських народів, – неперевершена. Адже це ще один крок на шляху до розвитку національних тенденцій риторичної культури, набуття й удосконалення знань і навичок ораторського мистецтва у професійній діяльності юристів, що є абсолютно необхідним у процесі формування правової держави, де кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань.

Список використаних джерел

1. Молдован В. В., Кацавець Р. С. Правознавство: цікаве і мудре. – К., 2012. – 360 с.
2. Костенко Л. Культура мислення як фактор державотворчий. – К., 2000. – 332 с.
3. Кацавець Р. Культура мови у професійному спілкуванні юристів. – К., 2012. – 130 с.
4. Шведов И. Искусство убеждать. – К., 1986. – 112 с.
5. Цицерон М. Т. Избранные сочинения. – М., 1975. – 325 с.
6. Кацавець Р. С. Мова у професії юриста. – К., 2009. – 430 с.
7. Молдован В. В. Судова риторика. – К., 2010. – 460 с.
8. Маляренко В. Т. Конституційні засади кримінального судочинства. – К., 1999. – 318 с.

Стаття надійшла до редакції 21.03.2013 р.

The article discusses the nature and problems of judicial speeches in the criminal justice duction of Ukraine.

В статье рассматриваются сущность и проблемы судебных речей в уголовном судопроизводстве Украины.



УДК 343.1

Тимур Лоскутов,*канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри кримінального процесу
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

ПРЕДМЕТ І МЕХАНІЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Стаття присвячена дослідженню зв'язку між предметом і механізмом кримінального процесуального регулювання.

Ключові слова: предмет кримінального процесуального регулювання, механізм кримінального процесуального регулювання, права та законні інтереси людини.

Серед основних загальних ознак правової держави П. Рабінович виокремлює такі: закріплення в конституційному й інших законах основних прав людини, юридична захищеність особи, тобто наявність розвинутих та ефективних процедурно-юридичних засобів (механізмів) для вільного здійснення, охорони і захисту основних прав людини [1, с. 31–32]. Це стосується і кримінального процесуального законодавства, нормами якого не лише закріплюються основні процесуальні права людини, а й встановлюється механізм їх реалізації. Тому актуальним є дослідження предмета та механізму правового регулювання у кримінальному процесі, перш за все з огляду на те, що з 20.11.2012 р. набрав чинності новий Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України, в якому кардинально змінено ставлення держави до регламентації прав людини.

У правовій теорії питання предмета та механізму юридичного регулювання досліджувалися такими вченими, як С. Алексєєв, В. Горшенев, М. Долгополова, Д. Керімов, В. Коган, В. Кудрявцев, В. Лазарєв, М. Лукашев, О. Малько, М. Матузов, Ю. Оборотов, В. Протасов, П. Рабінович, О. Скакун, В. Сорокін, В. Субочев, Ю. Тихоміров, Е. Чернова, М. Шаргородський, Л. Явич та ін.

Проблеми предмета та механізму правового регулювання у кримінальному процесі досліджували Л. Алексєєва, В. Бож'єв, В. Вандишев, Л. Головка, Ю. Грошевий, В. Даєв, О. Девятова, О. Дербеньов, О. Дроздов, А. Дубинський, П. Елькінд, В. Зеленецький, Л. Зусь, О. Капліна, О. Ларін, Л. Лобойко, П. Лупинська, Л. Малахова, В. Маляренко, С. Мілицин, Г. Нафікова, В. Нор, І. Петрухін, М. Погорєцький, М. Строгович, Ю. Францифоров, Р. Якупов та ін. Проте у своїх роботах дослідники торкалися тільки окремих проблем предмета та механізму кримінального проце-

суального регулювання. Поза увагою залишалися питання взаємозв'язку предмета та механізму.

Метою цієї статті є визначення зв'язку між предметом і механізмом правового регулювання у кримінальному процесі.

Категорії правового регулювання утворюють основні пункти філософського (загальносоціологічного) рівня спеціально-юридичного аналізу. Вони не лише виражають важливі специфічні закономірності права – закономірності його функціонування, а й охоплюють у своїй сукупності всі сторони правової дійсності, всі елементи правової надбудови. Адже у правовому регулюванні, в його механізмі реально розгортаються, розкриваються елементи правової системи [2, с. 289].

Правове регулювання оперує багатьма юридичними категоріями, основними серед яких є: предмет правового регулювання, метод правового регулювання, засіб правового регулювання, тип правового регулювання, режим правового регулювання, механізм правового регулювання та сфера правового регулювання. Їх взаємозв'язок і взаємозумовленість уможливило розкриття особливостей юридичного регулювання у кожній галузі права, у тому числі у кримінальному процесуальному праві.

У правовій теорії механізм правового регулювання визначається як процес переведення нормативності права в упорядкованість суспільних відносин, здійснюваний за допомогою системи правових засобів і форм з метою задоволення публічних і приватних інтересів, забезпечення правопорядку («належне» у праві стає «сущим») [3, с. 679]. Механізм правового регулювання охоплює комплекс правових засобів і форм, серед яких спеціальними засобами на мікрорівні є дозволи,

зобов'язання, заборони, заохочення, рекомендації, покарання; на макрорівні – норми права, правовідносини, суб'єктивне право, акти реалізації прав і обов'язків тощо. Загальними правовими засобами є правосвідомість, права культура, законність, правопорядок, а формами – використання, виконання, додержання, застосування [3, с. 679]. Така універсальна система загального механізму правового регулювання конкретизується у механізмах правового регулювання окремих галузей права.

Певною специфікою характеризуються процесуальні галузі права, засоби та форми юридичних механізмів яких за необхідності забезпечують реалізацію норм матеріальних галузей права. Цим зумовлено включення механізму процесуального регулювання як відносно самостійної частини у систему загального механізму правового регулювання.

Механізм процесуального регулювання – це структурний елемент загального механізму правового регулювання, що вступає в дію на деяких його етапах у разі виникнення перешкод для нормальної реалізації правових норм і спрямований на впорядкування правовими засобами охоронної діяльності вповноважених органів у сфері юрисдикційного правозастосування [3, с. 718]. Різновидом механізму процесуального регулювання є механізм кримінального процесуального регулювання, відмежування якого зумовлено предметом правового регулювання у кримінальному процесі.

Як предмет кримінального процесуального регулювання є частиною загальноправового предмета правового регулювання, так і механізм кримінального процесуального регулювання є частиною загального механізму правового регулювання. Тому система юридичних засобів і форм механізму кримінального процесуального регулювання відрізнятиметься від системи загального механізму правового регулювання.

Кримінально-правовий конфлікт, що виникає після вчинення злочину (кримінального правопорушення), ускладнює встановлення та реалізацію кримінально-правових відносин. Неспроможними залишаються загальні юридичні засоби (норми кримінального права, кримінальні правовідносини, акти безпосередньої реалізації кримінальних прав) та правові форми (використання, виконання, дотримання). Це зумовлює необхідність застосування додаткових спеціальних юридичних засобів і форм, які охоплюються категорією «механізм кримінального процесуального регулювання». Такими юридичними засобами є акти застосування норм права, а юридичною формою – правозастосування.

Акти правозастосування відіграють важливу роль у механізмі кримінального проце-

суального регулювання, оскільки уможливають встановлення та реалізацію кримінально-правових відносин за відсутності безпосередніх правореалізаційних актів сторін кримінально-правового конфлікту. У межах кримінального процесу органи судочинства ухвалюють правозастосовні акти, якими забезпечується реалізація правового статусу особи у державі. Зазначений ефект досягається шляхом застосування кримінального процесуального примусу, що є невід'ємною складовою актів правозастосування у кримінальному провадженні.

У теорії права правозастосовні акти за значенням у юридичному процесі класифікуються на основні та допоміжні [3, с. 570]. Останніми є акти, що підготовлюють видання основних або ж спрямовані на їх здійснення [4, с. 168]. Основними є акти, що містять підсумкову оцінку всіх обставин справи про порушення законності та владне веління державного органу по суті даної справи [4, с. 168].

Зазначена класифікація актів правозастосування є релевантною механізму кримінального процесуального регулювання. У змісті останнього основними правозастосовними є акти, якими остаточно констатується наявність або відсутності кримінально-правових відносин. У зв'язку з цим особа визнається винною або невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення та притягається до кримінальної відповідальності чи звільняється від неї. Такими актами є обвинувальний або виправдувальний вирок суду, ухвала суду про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, ухвала суду про звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Допоміжними правозастосовними є акти, які «допомагають» у констатації наявності або відсутності кримінально-правових відносин. Прикладами допоміжних правозастосовних актів у кримінальному провадженні є такі процесуальні рішення слідчого, прокурора, слідчого судді, суду, як затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, застосування заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі запобіжних заходів, повідомлення про підозру, складання обвинувального акта тощо.

На особливу увагу заслуговують допоміжні акти правозастосування у механізмі кримінального процесуального регулювання. Призначенням останніх є підготовка до ухвалення кінцевих кримінальних процесуальних рішень суду щодо вирішення кримінально-правового конфлікту. Попри те, що під час такої підготовки законно обмежуються права та законні інтереси людини, без видання допоміжних правозастосовних актів важко уявити розв'язання кримінально-правового спору.

Разом із тим винесення слідчим, прокурором, слідчим суддею, судом допоміжних правозастосовних актів часто призводить до незаконного обмеження прав і законних інтересів людини під час кримінального провадження. Яскравим підтвердженням цього є велика кількість рішень Європейського суду з прав людини проти України та міркувань Комітету з прав людини ООН¹ у справах проти України.

Наслідком незаконного обмеження прав і законних інтересів людини під час кримінального провадження є неузгодженість між предметом і механізмом кримінального процесуального регулювання. Останній спрямований на впорядкування шляхом унормування кримінальних процесуальних відносин та кримінальної процесуальної діяльності, які традиційно визнаються предметом правового регулювання у кримінальному процесі [5, с. 12; 6, с. 212; 7, с. 44–45].

Ми не заперечуємо проти названих елементів предмета кримінального процесуального регулювання, але вважаємо, що вони є другорядними по відношенню до прав і законних інтересів людини, оскільки останні зумовлюють реалізацію кримінальних процесуальних відносин і здійснення кримінальної процесуальної діяльності. За відсутності правового регулювання прав і законних інтересів людини неможливим є юридичне регулювання відносин та діяльності у сфері кримінального судочинства. Цей факт дозволяє назвати «права та законні інтереси людини» основним елементом предмета кримінального процесуального регулювання. Саме тому механізм кримінального процесуального регулювання має бути зорієнтований, перш за все, на врегулювання прав і законних інтересів людини, що не виключає унормування та впорядкування кримінальних процесуальних відносин і кримінальної процесуальної діяльності як другорядних елементів предмета кримінального процесуального регулювання.

Ми повністю погоджуємося з О. Девятовою, на думку якої, вирішення проблем щодо ефективності функціонування механізму кримінального процесуального регулювання в цілому пов'язане з застосуванням інструмен-

тального підходу та розвитком теорії процесуально-правових засобів. Вважаємо, що предметом наукових досліджень мають стати не лише правові засоби, а й проблема соціальної цінності права у системі «людина–суспільство–право–держава» [8, с. 4].

Дослідження механізму кримінального процесуального регулювання у системі «людина–суспільство–право–держава» є можливим через визнання прав і законних інтересів людини основним елементом предмета правового регулювання у кримінальному процесі. Після такого визнання було б неправильним механізм кримінального процесуального регулювання, зокрема такі його спеціальні юридичні засоби, як допоміжні акти правозастосування, розглядати без урахування прав і законних інтересів людини. Разом із тим ми розуміємо непрактичність такого висновку, оскільки кримінальне процесуальне законодавство не може бути виписане під усі життєві ситуації з урахуванням прав і законних інтересів людини.

Не абсолютно визначені кримінальні процесуальні норми зумовлюють надання органам кримінального судочинства досить широкі меж розсуду при винесенні допоміжних правозастосовних актів. Для прикладу можна навести нормативне положення, сформульоване у п. 2 ч. 3 ст. 132 КПК України, відповідно до якого однією з умов застосування слідчим суддею заходу забезпечення кримінального провадження є виправдання потребами досудового розслідування такого ступеня втручання у права та свободи особи, про який ідеться в клопотанні слідчого, прокурора; або кримінальну процесуальну норму п. 3 ч. 1 ст. 276 КПК, яка уповноважує слідчого, прокурора повідомити особі про підозру у випадку наявності достатніх доказів для підозри такої особи у вчиненні кримінального правопорушення.

Зазначені норми уповноважують органи кримінального судочинства виносити допоміжні правозастосовні акти (ухвалу про застосування заходу забезпечення кримінального провадження, повідомлення про підозру) з урахуванням власної оцінки матеріалів кримінального провадження, що ґрунтується на уявленнях про право та почуттях. Останні у теорії права іменують правосвідомістю [4, с. 173] та включають до елементів механізму правового регулювання у випадках, коли реалізація суб'єктивних прав і обов'язків здійснюється за допомогою актів застосування права [4, с. 175].

Залежно від рівня правосвідомості слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд виносять акти правозастосування під час кримінального провадження. Якщо у правозастосовника низький рівень правосвідомості, то йому бу-

¹Комітет з прав людини ООН уповноважений розглядати порушення міжнародних зобов'язань держав – учасниць Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. Україна визнала юрисдикцію вказаного Комітету шляхом приєднання у 1990 р. до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, підтвердженням чого є Постанова Верховної Ради Української РСР від 25.12.1990 р. «Про приєднання Української Радянської Соціалістичної Республіки до Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права».

де важко винести процесуальне рішення з урахуванням прав і законних інтересів усіх учасників кримінального провадження. Хоча прийняте рішення формально може відповідати закону. І, навпаки, високий рівень правосвідомості правозастосовника сприятиме винесенню правомірних кримінальних процесуальних рішень, зміст яких відповідатиме правам і законним інтересам усіх учасників кримінального провадження. Це не виключає, що такі рішення не будуть відповідати закону. Тому поза увагою не можна залишати нормативний фундамент механізму кримінального процесуального регулювання, зміст якого має бути приведений у відповідність із вимогами міжнародних та європейських стандартів кримінального судочинства. Кримінальні процесуальні норми мають постійно вдосконалюватися з урахуванням практики Європейського суду з прав людини та Комітету з прав людини ООН. Отже, узгодженість механізму кримінального процесуального регулювання з основним елементом предмета правового регулювання (права та законні інтереси) визначають не лише кримінальні процесуальні норми й акти правозастосування органів кримінального судочинства, а й рівень правосвідомості останніх (органи не мають правосвідомості. Її повинні мати працівники цих органів).

Висновки

Незаконне обмеження прав і законних інтересів людини у кримінальному процесі іно-

ді свідчить про неузгодженість предмета та механізму кримінального процесуального регулювання.

Реалізація прав і законних інтересів людини у кримінальному процесі залежить від таких елементів механізму кримінального процесуального регулювання, як кримінальні процесуальні норми, акти кримінального процесуального правозастосування, правосвідомість співробітників органів кримінального судочинства.

Список використаних джерел

1. Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави. – К., 2001. – 176 с.
2. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1981. – Т. 1. – 360 с.
3. Скакун О. Ф. Теория держави і права. – Х., 2009. – 752 с.
4. Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966. – 188 с.
5. Милицин С. Д. Предмет регулирования советского уголовно-процессуального права. – Свердловск, 1991. – 112 с.
6. Панов М. І. Деякі аспекти співвідношення і взаємозв'язку кримінального та кримінально-процесуального права // Реформування судових і правоохоронних органів України: проблеми та перспективи: Матеріали наук.-практ. конф., 14 травня 2010 р. – Х., 2010. – С. 211–214.
7. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса: В 2 т. – М., 1968. – Т. 1. – 470 с.
8. Девятова О. В. Решения Европейского суда по правам человека в механизме уголовно-процессуального регулирования / Под ред. Л. Г. Татьяниной. – М., 2010. – 200 с.

Стаття надійшла до редакції 22.02.2013 р.

Article is devoted to communication research between a subject and the mechanism of criminal procedural regulation.

Статья посвящена исследованию связи между предметом и механизмом уголовного процессуального регулирования.



УДК 343.125

Сергій Завада,здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОСОБИ, ЯКА МОЖЕ БУТИ ВІДСТОРОНЕНА ВІД ПОСАДИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті на основі аналізу наукових точок зору та чинного кримінального процесуального законодавства розглядаються окремі дискусійні питання, пов'язані з правовим статусом особи, стосовно якої може бути застосовано відсторонення від посади.

Ключові слова: відсторонення від посади, підозрюваний, обвинувачений, службова особа, правоохоронний орган.

Останні зміни в законодавстві України свідчать про тенденцію до радикального перегляду основних положень теорії кримінального процесу й їх гармонізацію з вимогами Ради Європи. З набранням чинності новим Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України вдосконалено порядок застосування заходів процесуального примусу, в тому числі відсторонення підозрюваного, обвинуваченого від посади.

Відсторонення від посади посідає особливе місце серед заходів кримінально-процесуального примусу, оскільки обмежує конституційне право кожного на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (ч. 1 ст. 43 Конституції України). А якщо йдеться про відсторонення від посади державного службовця, то тим самим обмежується право громадян на рівний доступ до державної служби (ч. 2 ст. 38 Конституції України).

Таким чином, у першому випадку обмежуються трудові права людини та громадянина, у другому – політичні права громадян.

Питання, пов'язані із застосуванням згаданого заходу, завжди привертало увагу науковців. Цій проблемі, певною мірою (зокрема, у процесі дослідження деяких питань державного примусу при вивченні інших проблем науки кримінального процесу) присвячені праці таких учених-юристів, як Ю. Алєнін, В. Батюк, В. Гончаренко, А. Дубинський, Ю. Дьомін, Ю. Грошевий, В. Зеленецький, М. Погорецький, Є. Лук'янчиков, В. Маляренко, М. Михеєнко, О. Михайленко, В. Нор, Л. Удалова, С. Стахівський, М. Шумило й ін. Однак їх дослідження здійснювалися ще під час дії Кримінально-процесуального кодексу

України 1960 р., який втратив чинність. Сьогодні кримінально-процесуальне законодавство зазнало значних і, на нашу думку, прогресивних змін, що певною мірою відповідає європейським стандартам кримінального судочинства. Разом із тим окремі питання, зокрема ті, що стосуються правового статусу осіб, до яких застосовуються заходи процесуального примусу, потребують подальшого вивчення. А деякі з них – якнайшвидшого законодавчого вирішення та закріплення у новому кримінальному процесуальному законодавстві.

Метою цієї статті є дослідження теоретичних положень, що розкривають особливості правового статусу особи, до якої може бути застосовано відсторонення від посади, внесення пропозицій із подальшого вдосконалення кримінального процесуального законодавства України та практики його застосування.

На відміну від КПК 1960 р. чинний КПК передбачає можливість відсторонення від посади не лише обвинуваченого, а й підозрюваного. Так, ч. 1 ст. 154 КПК України передбачає, що відсторонення від посади може бути здійснено щодо особи, яка підозрюється або обвинувачується у вчиненні злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину – щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу. Таким чином, щоб у кримінальному провадженні відсторонити особу від посади, вона обов'язково повинна перебувати у статусі *підозрюваного* або *обвинуваченого*.

Слід зазначити, що під час дії КПК України 1960 р. підозрюваним вважалася особа, затримана за підозрою у вчиненні злочину, або

особа, до якої застосовано запобіжний захід до винесення постанови про притягнення як обвинуваченого. У КПК України 2012 р. підхід до визначення процесуального статусу підозрюваного дещо змінився. За змістом ч. 1 ст. 42 КПК підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279, повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, або особа, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Процедура повідомлення про підозру передбачає складання прокурором або слідчим за погодженням із прокурором письмового повідомлення про підозру із зазначенням особи підозрюваного, змісту підозри, обставин вчинення кримінального правопорушення та його кваліфікації за КПК України (ст. 277); вручення повідомлення цій особі з роз'ясненням його суті та процесуальних прав підозрюваного.

За загальним правилом, затримання особи, яке згідно з ч. 2 ст. 176 КПК України є тимчасовим запобіжним заходом, застосовується за клопотанням слідчого, погодженим із прокурором, або за клопотанням прокурора ухвалою слідчого судді. Проте закон передбачає затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, і без ухвали слідчого судді – уповноваженою службовою особою в одному з двох випадків: якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі або на місці події вказують на те, що ця особа щойно вчинила злочин (ч. 1 ст. 208 КПК).

Фізична особа перебуває у статусі підозрюваного з моменту повідомлення їй про підозру або затримання її за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення до моменту передачі обвинувального акта щодо неї до суду.

Щодо поняття «обвинувачений», то новий кримінальний процесуальний закон пов'язує його не із складанням постанови про притягнення як обвинуваченого, як це передбачало ч. 1 ст. 43 КПК 1960 р., а з наявністю обвинувального акта, складеного слідчим і затвердженого прокурором або складеного самим прокурором. Статусу обвинуваченого особа набуває після того, як обвинувальний акт прокурором передано до суду з відповідною його реєстрацією в суді. Набуття особою статусу обвинуваченого лише після передання обвинувального акта до суду пояснюється тим, що на даному етапі кримінального провадження остаточно формулюється обвинувачення, яке в подальшому підтримується дер-

жавним обвинувачем у суді. Тому логічною є позиція законодавця щодо визнання за особою статусу обвинуваченого тільки після формалізації обвинувачення у відповідному процесуальному рішенні слідчого, затвердженому прокурором, – обвинувальному акті.

Для вирішення питання про відсторонення від посади має важливе значення *ступінь тяжкості злочину*, в учиненні якого підозрюється або обвинувачується особа. Можливість застосування цього заходу виникає виключно у разі вчинення особою злочину середньої тяжкості, тяжкого чи особливо тяжкого злочину, і незалежно від тяжкості злочину – щодо особи, яка є службовою особою правоохоронного органу.

Частина 1 ст. 12 Кримінального кодексу (далі – КК) України встановлює, що залежно від ступеня тяжкості злочини поділяються на злочини невеликої тяжкості, середньої тяжкості, тяжкі та особливо тяжкі. Із змісту цієї норми можна зробити висновок, що законодавець за основу такої класифікації бере матеріальний критерій, що характеризує внутрішню соціальну сутність злочинів – ступінь їх тяжкості, небезпечності для суспільних відносин, які охороняються кримінальним законом.

Нарівні з матеріальним критерієм класифікації, законодавець у ст. 12 КК України передбачає її формальний критерій – певний вид і розмір покарання, типовий, такий, що найбільш повно характеризує тяжкість конкретної групи (категорії) злочинів. Так, для злочинів невеликої тяжкості закон передбачає як граничний критерій покарання у виді позбавлення волі на строк не більше двох років або інше, більш м'яке покарання; для злочинів середньої тяжкості – покарання у виді позбавлення волі на строк не більше п'яти років; для тяжких злочинів – покарання у виді позбавлення волі на строк не більше десяти років, а для особливо тяжких – покарання у виді позбавлення волі понад десять років або довічного позбавлення волі.

Наступним критерієм визначення суб'єкта, до якого можливе застосування відсторонення від посади, є *статус особи за місцем її роботи*. У частинах 1, 3 ст. 154 КПК України йдеться про можливість відсторонення від посади осіб, які перебувають у статусі службової особи правоохоронного органу. Із змісту ч. 1 ст. 154 КПК випливає, що до службових осіб правоохоронних органів відсторонення від посади застосовується незалежно від тяжкості злочину (мабуть у зв'язку з тим, що ці особи, в силу свого службового становища, потенційно мають більше можливостей для

негативного впливу на хід досудового розслідування та судового розгляду).

Згідно з п. 1 примітки до ст. 364 КК України, службовими особами є особи, які постійно чи тимчасово здійснюють функції представників влади, а також обіймають постійно чи тимчасово на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, або виконують такі обов'язки за спеціальним повноваженням.

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про хабарництво» від 26.04.2002 р. № 5 визначено, що до представників влади належать, зокрема, працівники державних органів та їх апарату, наділені правом у межах своєї компетенції ставити вимоги, а також приймати рішення, обов'язкові для виконання юридичними та фізичними особами незалежно від їх відомчої належності чи підлеглості.

Представники влади здійснюють повноваження, які мають не галузевий, а загальний публічний характер і реалізуються не в конкретних установах, де працюють ці особи, а у межах всієї держави чи її адміністративно-територіальних одиниць. Характер владних повноважень і межі поширення визначаються компетенцією органу, від імені якого виступає службова особа.

Представники влади у виконавчих органах держави є найбільш широким колом службових осіб. Представниками влади цієї гілки є Прем'єр-міністр України, Перший віце-прем'єр-міністр, віце-прем'єр-міністри, міністри Кабінету Міністрів України, голови обласних, у м. Київ і м. Севастополь державних адміністрацій та їх заступники тощо. До цієї групи службових осіб входять також працівники тих владних структур, правоохоронних і контролюючих органів, які здійснюють нагляд за виконанням законів, підтриманням громадського порядку, ведуть боротьбу із злочинністю, забезпечують державну, санітарно-епідеміологічну, пожежну й іншу безпеку, здійснюють природоохоронну діяльність тощо. З цього випливає, що представниками влади виступають працівники майже всіх правоохоронних органів – прокурори та слідчі прокуратури, всі без винятку працівники міліції, оперативний склад Служби безпеки України, посадові особи органів державної податкової служби, працівники податкової міліції, особовий склад Державної кримінально-виконавчої служби, державні виконавці органів Державної виконавчої служби, інспектори державних інспекцій (пожежна, санітарно-епіде-

міологічна), природоохоронних служб, державної контрольно-ревізійної служби тощо. Представниками влади в судових органах слід вважати суддів Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції: місцевих, апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України.

Визначаючи сутність поняття «організаційно-розпорядчі обов'язки», Пленум Верховного Суду України в постанові «Про судову практику у справах про хабарництво» роз'яснив, що це обов'язки по здійсненню керівництва галуззю промисловості, трудовим колективом, ділянкою роботи, виробничою діяльністю окремих працівників на підприємствах, в установах чи організаціях незалежно від форм власності. Такі функції виконують, зокрема, керівники міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, державних, колективних чи приватних підприємств, установ і організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів (начальники цехів, завідувачі відділами, лабораторіями, кафедрами), їх заступники, особи, які керують ділянками робіт (майстри, виконробы, бригадири та ін.).

Адміністративно-господарські обов'язки – це обов'язки з управління або розпорядження державним, колективним чи приватним майном (установлення порядку його зберігання, переробки, реалізації, забезпечення контролю за цими операціями тощо). Такі повноваження в тому чи іншому обсязі є у начальників планово-господарських, постачальних, фінансових відділів і служб, завідуючих складами, магазинами, майстернями, ательє, їх заступників, керівників відділів підприємств, відомчих ревізорів і контролерів та ін.

Слід зазначити, що особа може бути одночасно представником влади і при цьому здійснювати організаційно-розпорядчі (начальник слідчого відділу) чи адміністративно-господарські (старшина господарської служби УМВС) обов'язки. У згаданій постанові Пленуму Верховного Суду України від 26.04.2002 р. № 5 роз'яснено, що особа є службовою не тільки тоді, коли вона здійснює відповідні функції чи виконує обов'язки постійно, а й тоді, коли вона робить це тимчасово або за спеціальним повноваженням, за умови, що зазначені функції чи обов'язки покладені на неї правомочним органом або правомочною службовою особою.

Оскільки закон передбачає можливість відсторонення від посади, службової особи виключно правоохоронного органу, то вважаємо за необхідне з'ясувати поняття «правоохоронний орган». Відповідно до ч. 3 ст. 17 Консти-

туції України забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організації і порядок діяльності яких визначаються законом. Термін «правоохоронні органи» використовується не лише у Конституції України, а й у багатьох інших законах України. Так, у ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» від 23.12.1993 р. визначено, що правоохоронні органи – це органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, митні органи, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи й установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державної контрольно-ревізійної служби, органи рибохорони, органи державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції. Але така дефініція не допомогла чітко визначитися з тим, які ж саме органи держави вважаються правоохоронними. Недоліками даного поняття науковці визнають те, що замість визначення терміна за допомогою характеристики його ознак, законодавець вдався до переліку правоохоронних органів. Крім того, цей перелік не є вичерпним, адже у нормі, що аналізується, передбачено, що правоохоронними органами є також «інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції». У тексті цього Закону (ст. 12) законодавець використав фразу: «працівника суду або іншого правоохоронного органу», що також викликає певні запитання. Адже таке законодавче формулювання дозволяє поставити знак тотожності між цими органами, що на сьогодні є спірним питанням. Більш того, назва Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» свідчить, що в цьому нормативно-правовому документі законодавець не відносить суд до правоохоронних органів.

У Законі України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р. законодавець, даючи тлумачення основних термінів, вказує, що правоохоронні органи – це органи державної влади, на які Конституцією та законами України покладено здійснення правоохоронних функцій. Іншими словами, основною ознакою, за якою той чи інший орган слід відносити до правоохоронного, згідно з цим Законом, є здійснення ним правоохоронної функції, але О. Скакун вважає, що будь-які органи держави тією чи іншою мірою здійснюють правоохоронну діяльність

[1, с. 508]. Тому таке визначення також не внесло чіткості в дане питання.

Аналіз наведених джерел права дозволяє стверджувати: незважаючи на те, що законодавець оперує терміном «правоохоронні органи», законодавчі акти не дають чіткої відповіді на запитання, які саме органи держави вважаються правоохоронними. Така законодавча невизначеність не лише негативно впливає на діяльність цих органів, а й може створювати труднощі при з'ясуванні належності тієї чи іншої особи до числа службових, яка є працівником правоохоронного органу, що може ускладнити вирішення питання про відсторонення її від посади у кримінальному провадженні.

Аналіз наукової літератури свідчить, що на теоретично-методологічному рівні питання визначення терміна «правоохоронні органи» є дискусійним і недостатньо розробленим. Серед науковців, які пропонують визначення правоохоронних органів, одностайність можна побачити лише в тому, що основним критерієм віднесення того чи іншого органу до правоохоронного є здійснення ними правоохоронної функції [2, с. 15; 3, с. 18; 4, с. 239; 5].

Традиційно до системи правоохоронних функцій відносять: діяльність із забезпечення охорони учасників кримінального судочинства; діяльність органів прокуратури; діяльність із виявлення, запобігання та розслідування злочинів; діяльність із захисту державної (національної) безпеки, державного кордону й охорони правопорядку [2, с. 22]. Останнім часом науковці розширюють цей перелік, стверджуючи, що до основних правоохоронних функцій належать: конституційний контроль, правосуддя, організаційне забезпечення діяльності судів, прокурорський нагляд, попередження, виявлення та розслідування правопорушень і надання юридичної допомоги [6, с. 17–20].

Викладене дозволяє стверджувати, що основною ознакою, яка відокремлює правоохоронні органи від інших органів, є реалізація органом правоохоронних функцій із метою охорони законності та правопорядку в суспільстві; така діяльність здійснюється із дотриманням встановлених законом правил і процедур.

Вважаємо, що до правоохоронних органів слід відносити ті державні органи, які в установленому законом порядку здійснюють правоохоронну функцію держави, спрямовану на охорону законності та забезпечення правопорядку в суспільстві. З метою уникнення суперечностей щодо віднесення того чи іншого органу до правоохоронного, недопущення

неоднозначного розуміння правоохоронних органів та правоохоронної діяльності, ми підтримуємо ідею, запропоновану Р. Білоконем, щодо законодавчого врегулювання цього питання у новоствореному законі «Про правоохоронні органи» [7, с. 6].

Висновки

Для вирішення питання про відсторонення особи від посади необхідно обов'язково з'ясувати процесуальний статус особи в кримінальному процесі, а також статус особи за місцем її роботи. Цей захід процесуального примусу може бути застосовано виключно до особи, яка перебуває на посаді та якій у статусі підозрюваного або обвинуваченого, інкримінується злочин середньої тяжкості, тяжкий чи особливо тяжкий злочин.

Якщо підозрюваний або обвинувачений є службовою особою правоохоронних органів, відсторонення від посади застосовується незалежно від тяжкості вчиненого злочину. Це пов'язано з тим, що така особа, в силу свого службового становища потенційно має більше можливостей для негативного впливу на хід кримінального провадження.

Службовими особами правоохоронних органів слід вважати працівників суду, органів прокуратури, внутрішніх справ, податкової міліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України,

державної виконавчої служби, митних органів, органів охорони державного кордону, державної податкової служби, виконання покарань, слідчих ізоляторів, державної контрольно-ревізійної служби, санітарно-епідеміологічної інспекції, рибоохорони, державної лісової охорони, які здійснюють функції представників влади, а також постійно чи тимчасово обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків.

Список використаних джерел

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. – Х., 2001. – 656 с.
2. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України / О. С. Захаров, В. С. Ковальський, В. С. Лукомський та ін. – К., 2009. – 352 с.
3. Суд, правоохоронні та правозахисні органи України / В. С. Ковальський, В. Т. Білоус, С. Е. Демський та ін. – К., 2002. – 320 с.
4. Юридический энциклопедический словарь. – М., 1996. – 377 с.
5. Сухонос В. В. Взаємодія прокуратури з правоохоронними органами в умовах розбудови Україною правової, незалежної, демократичної держави [Електронний ресурс] // Правовий вісник української академії банківської справи. – К., 2008. – № 1. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pvuabs/texts/2008_1/contents.htm.
6. Юзікова Н. С. Судові та правоохоронні органи України. – К., 2006. – 320 с.
7. Білоконь Р. М. Прокурорський нагляд за діяльністю правоохоронних органів України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 16 с.

Стаття надійшла до редакції 15.02.2013 р.

In the article on the basis of analysis of scientific points of view and current criminal judicial legislation the separate debatable questions, related to legal status of personality in regard to that a dismissal can be applied, are examined.

В статье на основе анализа научных точек зрения и действующего уголовного процессуального законодательства рассматриваются отдельные дискуссионные вопросы, связанные с правовым статусом личности, в отношении которой может быть применено отстранение от должности.



УДК 343.155

Дмитро Валігура,*здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ГЕНЕЗА ІНСТИТУТУ ОСКАРЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті досліджується історія становлення та розвитку правового інституту оскарження дій, рішень і бездіяльності державних органів та посадових осіб у сфері кримінального судочинства.

Ключові слова: історичні аспекти оскарження, дії (бездіяльність) і рішення органів досудового розслідування та прокурора.

Україна проголосила людину, її права та свободи найвищою соціальною цінністю і поклала на себе обов'язок щодо визнання, дотримання та захисту прав і свобод людини та громадянина, визначивши тим самим пріоритети правового регулювання. Зазначені права та свободи відповідно до ст. 3 Конституції України визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є основним обов'язком держави. Відповідно невід'ємною складовою відносин особи та держави в усіх сферах має бути можливість захисту прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина від неправомірних дій і рішень, а також бездіяльності органів державної влади.

Безумовною гарантією такого захисту є те, що громадянин може оскаржити рішення, дії чи бездіяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, посадових осіб, якщо він вважає, що цим актом порушені його права. Така можливість є змістом права особи на оскарження.

Закріплюючи ті чи інші права для суб'єктів відносин, закон встановлює певні засоби, за допомогою яких ці права забезпечуються, захищаються. Одним із безумовних досягнень у галузі прав і свобод людини є інститут судового оскарження, закріплений у ст. 55 Конституції України, відповідно до якої кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб.

Своє відображення конституційний інститут судового оскарження має й у Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) України. Вперше на законодавчому рівні забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності визнано засадою (принципом) кримінального провадження (п. 17 ч. 1 ст. 7, ст. 24 КПК).

Забезпеченню реалізації права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності органів, які ведуть кримінальне провадження, слугує, насамперед, стадійна побудова провадження. Оскарження можливе як на окремій його стадії, у якій і вирішується скарга, так і на наступній. На стадії досудового розслідування, де найбільш істотно зачіпаються права, свободи й інтереси осіб, оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування та прокурора можливе з використанням двох порядків – відомчого та судового.

Судовий порядок оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності слідчого чи прокурора на стадії досудового розслідування реалізується шляхом подання відповідних скарг до слідчого судді, основне призначення якого – здійснювати контроль за дотриманням прав, свобод та інтересів учасників кримінального провадження й інших осіб [1, с. 90]. Правовому регулюванню інституту оскарження, зокрема в досудовому кримінальному провадженні, присвячена окрема глава 26 «Оскарження рішень, дій чи бездіяльності під час досудового розслідування» КПК України.

Дослідження інституту оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, як і будь-якого іншого процесуального інституту, має ґрунтуватися на вивченні його історико-правових аспектів, що дозволяє провести всебічний аналіз правового інституту, виявити його сутність, об'єктивні закономірності виникнення та розвитку.

Проблеми, що стосуються механізму захисту прав, свобод і законних інтересів суб'єктів кримінального процесу, у тому числі оскарження дій, рішень і бездіяльності органів досудового розслідування, прокурора, суду, були предметом дослідження таких науковців, як С. Вікторський, І. Фойницький, М. Строгович, В. Будніков, А. Дубинський, І. Зарева, О. Капліна, О. Костюченко, В. Летучих, П. Лупинська, В. Маляренко, О. Ми-

хайленко, М. Михеєнко, Г. Федотова, Л. Черчукіна та ін.

Результати проведених досліджень, безумовно відіграли важливу роль у становленні та розвитку інституту оскарження, однак не всі проблемні питання правозастосування у цій сфері можна вважати вирішеними. Їх актуальність особливо загострилася після прийняття та введення у дію нового КПК, який поставив перед дослідниками, а також практиками, низку дискусійних питань щодо предмета скарги, ефективності оскарження прокурору тощо.

Метою цієї статті є дослідження історії становлення та розвитку правового інституту оскарження дій, рішень і бездіяльності державних органів і посадових осіб у сфері кримінального судочинства.

Аналіз історико-правових джерел, досліджень інших авторів дозволяє виділити шість етапів становлення та розвитку інституту оскарження, кожен із яких зумовлений особливостями провадження на тому чи іншому етапі розвитку кримінального судочинства.

Перший етап становлення і розвитку інституту оскарження можливо (911–1497 рр.) пов'язаний із формуванням на Русі слідчих судових органів, зокрема з виникненням права на оскарження прийнятих рішень, де найвищою інстанцією виступає князь. На початку цього етапу спеціально створених органів здійснення правосуддя не було. І адміністративна, і судова влада були зосереджені в одному органі, законність рішень якого не піддавалася сумнівам. Унаслідок цього суд князя був практично єдиною судовою інстанцією, а прийняте ним рішення вважалось остаточною і оскарженню не підлягало. Разом із тим у цей період відбувається формування вертикалі судової влади та, відповідно, зародження інституту оскарження. Кожен суддя мав помічника, писаря, дії та рішення яких могли бути оскаржені князем.

Другий етап розвитку інституту оскарження може бути пов'язаний із виданням у 1497 р. «Законів великого князя Іоанна Васильовича» (Судебника). Його джерелами стали і Руська правда, і Псковська судна грамота, і звичаєве право [2, с. 176–180]. Цим актом були врегульовані нові відносини, у тому числі щодо оскарження та перегляду прийнятих рішень. Справа, що була вирішена по суті, могла бути переглянута в апеляційній інстанції. До Великого князя справа направлялась у випадках зловживання суддями, відмови розглядати справу або в апеляційному порядку оскарження рішення боярського суду [3, с. 44].

Прийняте у 1649 р. Соборне Уложеніє передбачало більш чіткий порядок оскарження дій і бездіяльності посадових осіб на стадії розгляду справи. Тільки після про-

ходження всіх інстанцій особі дозволялося звертатися до государя із скаргою на відмову у правосудді. У зверненні в обов'язковому порядку необхідно було вказувати всі пройдені установи, дії та рішення яких оскаржуються [3, с. 125–126].

У 1711 р. центральною судово-військово-фінансовою установою став Правлячий Сенат. З часом при ньому був створений допоміжний орган, що існував і раніше – «розправна палата», який приймав до розгляду справи у випадках, якщо особа вказувала на порушення законності під час її розгляду та вирішення. Також існувала можливість оскарження бездіяльності посадових осіб при вирішенні справи. Так, при надходженні скарги на тягання палата направляла до відповідної установи указ про негайне вирішення справи.

У 1722 р. запроваджена посада генерал-рекетмейстера при Сенаті, який мав право приймати скарги на колеції та канцелярії, перевіряти їх діяльність і доповідати Сенату про допущену ними тягання [4, с. 690–693].

Реформа 1775 р. започаткувала спробу відмежування попереднього розслідування від судового розгляду справ. Попереднє розслідування частини справ здійснювалося нижнім земським судом і управами благочинія. В апеляційних судах вводився окремий розгляд цивільних і кримінальних справ. Значною мірою процес втратив усний характер і став переважно письмовим. Набула поширення формальна система доказів, значення та доказова сила яких наперед визначалися законом.

У подальшому (1833–1864 рр.) у законодавстві не існувало спеціальних норм, які регламентували б загальний процес оскарження. Право оскарження дій поліції передбачалося для громадянина у разі його затримання чи арешту на строк більше трьох днів без оголошення причини або якщо він не був допитаний. Такі дії особа могла оскаржити до совісного суду. Разом із тим це право не поширювалося на державні злочини, вбивства, підпал, грабїж, крадіжку та шахрайство. У таких випадках поліція могла затримати й арештувати будь-яку особу без пояснень і тримати її під вартою протягом необмеженого строку.

Таким чином, на другому етапі розвитку інституту оскарження розвивається система органів державного управління, виділяються органи судочинства, встановлюється ієрархія органів правосуддя, формується інститут оскарження дій (бездіяльності), рішень посадових осіб у випадках порушення законів до вищестоящих органів. Також був створений контрольно-ревізійний апарат, призначений для контролю за правильністю та своєчасністю здійснення правосуддя. З'явилися і певні вимоги до скажників. Так, обов'язковою

умовою звернення до вищої інстанції було проходження нижчої інстанції; у скарзі обов'язково мали вказуватись усі пройдені інстанції, а також які права і ким порушені.

Третій етап становлення та розвитку інституту оскарження бере свій початок від 1864 р. – з моменту прийняття Статуту кримінального судочинства. У цей період відбувається перехід від розшукової до змішаної форми кримінального процесу, розмежування обвинувальної діяльності від судової, перегляд ролі прокурора у судовому процесі та введення суду присяжних, що поставило питання про необхідність розширення правових можливостей учасників кримінального процесу щодо захисту прав і законних інтересів. Однією з таких можливостей стало оскарження процесуальних дій, рішень і бездіяльності посадових осіб. Безпосередньо оскарженню у Статуті кримінального судочинства була присвячена глава 12, що містила норми, які регламентували порядок подання скарг, а також порядок їх розгляду. Форма скарги, як і порядок її подання, Статутом не регулювалися. Разом із тим Статут передбачав доволі широкий предмет оскарження – будь-які дії, що порушували права учасників процесу. Скарги подавалися прокурору та в окружний суд, рішення останнього могли бути оскаржені до судової палати. Запроваджена Статутом кримінального судочинства модель інституту оскарження проіснувала практично без змін до 1917 р.

Можна стверджувати, що саме на цьому етапі відбулося формування оскарження процесуальних дій і рішень як самостійного кримінально-процесуального інституту, що набув специфічних притаманних йому ознак. Було виділено коло суб'єктів подання скарг, сформульовані їх права й обов'язки, визначений алгоритм дій щодо подання та розгляду скарг.

Четвертий етап становлення і розвитку інституту оскарження можна пов'язати з новим періодом розвитку в історії нашої держави, що зумовив істотні зміни не тільки у праві, а й у системі державної влади загалом. Початком цього етапу є революція 1917 р. Протягом радянського періоду кардинальних змін зазнали як пріоритети розвитку права, так і правосвідомість громадян. Найвищою цінністю були проголошені «інтереси соціалістичної революції», на догоду яким були поставлені права, свободи й інтереси окремих груп громадян. Незважаючи на те, що до цього часу інститут оскарження дій, рішень і бездіяльності посадових осіб як у досудовому, так і судовому провадженні, вже набув свого розвитку, право на оскарження актів влади серед багатьох інших прав радянських громадян на практиці стало доволі обмеженим. Взагалі права громадян деякими вченими того періоду розглядалися як вияв анархізму та буржуазного індивідуалізму.

Що стосується безпосередньо кримінального процесуального законодавства, то формуванням інституту оскарження на цьому етапі слід вважати КПК 1923 р., з прийняттям якого зазнало змін усе законодавство щодо кримінального судочинства. Цим нормативно-правовим актом допускалася можливість оскарження учасниками процесу й іншими громадянами фактично будь-яких рішень і дій слідчого. Скарги могли подаватись як прокурору, так і до суду того району, де працював слідчий. Чіткого розмежування повноважень прокурора та суду у питанні розгляду скарг не було, однак згодом зміни, що відбулися, посилили роль прокуратури у цьому питанні і вона стала фактично першою інстанцією в оскарженні дій і рішень посадових осіб, що здійснювали попереднє розслідування. За судом було залишено право розгляду повторної скарги.

У 1958 р. прийняті Основи кримінального судочинства Союзу РСР і Союзних республік. Процесуальний статус окремих учасників кримінального процесу, зокрема підозрюваного, обвинуваченого, захисника, потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, передбачав право на оскарження дій і рішень особи, яка провадила дізнання, слідчого, прокурора, суду.

Прийняття у 1960 р. КПК УРСР мало двоїстий вплив на розвиток інституту оскарження. З одного боку, цей Кодекс закріпив право оскарження дій і рішень суду, прокурора, слідчого, органу дізнання всіма заінтересованими учасниками процесу; встановив строки оскарження окремих рішень; більш чітко регламентував обов'язки відповідних посадових осіб щодо прийняття та розгляду скарг; з іншого – єдиним суб'єктом розгляду та вирішення скарг у досудовому провадженні визнавався прокурор. У разі незгоди з рішенням прокурора щодо скарги, скаргу на його рішення слід було подавати не до суду, як раніше, а до вищестоящего прокурора. При цьому відсутність права громадян на судове оскарження дій і рішень органів державної влади та посадових осіб у літературі пояснювалася визнанням достатності засобів прокурорського нагляду за законністю під час досудового розслідування.

У Конституції СРСР 1977 р. було закріплено право на оскарження дій і рішень посадових осіб. Однак це право не було забезпечено належним механізмом його реалізації, оскільки відповідна конституційна норма відсилала до закону, який на той час не був прийнятий. Лише у 1989 р. закон, який встановлював порядок оскарження до суду неправомірних дій органів державного управління та посадових осіб, був прийнятий. Однак у сфері кримінального судочинства його дія була обмежена спеціальними нормами КПК про оскарження дій і рішень органів розслідування

прокурору, а дій і рішень прокурора – вищестоящому прокурору. Таким чином, застосувати судовий порядок оскарження у досудовому кримінальному провадженні було неможливо.

П'ятий етап розвитку інституту оскарження характеризується прийняттям системи норм, спрямованих на поширення сфери дії судового контролю та закріплення права громадян на судове оскарження дій (бездіяльності), рішень органів і посадових осіб, що здійснюють кримінальне провадження. Постановою Верховної Ради України від 28.04.1992 р. була схвалена Концепція судово-правової реформи в Україні, серед основних принципів якої було визначено створення такого судочинства, яке максимально гарантувало б право на судовий захист, встановлення судового контролю за законністю й обґрунтованістю процесуальних рішень слідчих органів, які обмежують права громадян.

Прийнята 28.06.1996 р. Конституція України, гарантувала кожному судовий захист прав і свобод, закріпивши у ст. 55 можливість судового оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Зважаючи на положення ст. 8 Конституції України про її найвищу юридичну силу, пряму дію її норм і гарантованість звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод, інститут оскарження мав отримати максимальні можливості своєї реалізації.

Поступово можливість судового оскарження дій і рішень посадових осіб закріплювалась у нормах КПК. Глава 22 КПК (1960 р.), що мала назву «Оскарження дій слідчого і прокурора» містила у собі норми щодо порядку подання скарг на дії і рішення слідчого, прокурора, їх вирішення, а також порядку оскарження окремих процесуальних рішень (постанови про відмову у порушенні кримінальної справи, постанови про закриття кримінальної справи, постанови про порушення кримінальної справи). Окремо закріплювалося право на оскарження дій і рішень органів дізнання, у тому числі до суду (ст. 110). При цьому, окремі питання інституту оскарження, зокрема його застосування у досудовому провадженні, ставали предметом розгляду Конституційного Суду України (рішення Конституційного Суду України від 30.01.2003 р. № 3-рп/2003).

Шостий етап розвитку інституту оскарження слід пов'язати з прийняттям і набут-

тям чинності новим КПК (2012 р.). Глава 26 цього Кодексу об'єднала норми, що регламентують оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів досудового розслідування чи прокурора під час досудового розслідування, оскарження ухвал слідчого судді під час досудового розслідування, а також оскарження слідчих рішень, дій чи бездіяльності прокурора. Слід зазначити, що регламентація інституту оскарження, на нашу думку, отримала неоднозначне закріплення. З одного боку, закон закріпив одну з найважливіших гарантій захисту громадянами своїх прав і свобод – можливість оскарження, зокрема і судового, тих рішень, дій чи бездіяльності, які порушують їх права, свободи та законні інтереси; з іншого – чітке обмеження кола рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора, що можуть бути оскаржені, а також формування переліку осіб, які мають право їх оскаржити, є обмеженням конституційного права кожної особи на судовий захист своїх прав. У необхідних випадках тут можна керуватися нормами Конституції України, які є нормами прямої дії [1, с. 646].

Висновки

Дослідження історичних аспектів становлення інституту оскарження у кримінальному процесі свідчить, що він пройшов певні етапи у своєму розвитку. Разом із тим аналіз нормативного регулювання інституту оскарження, зокрема під час досудового розслідування, у чинному КПК, а також практики його застосування, дозволяє стверджувати про незавершеність законодавчого впровадження відповідних процесуальних питань, про необхідність їх подальшого вдосконалення.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.
2. Юшков С. В. История государства и права СССР. – М., 1950. – Ч. 1. – 672 с.
3. Хрестоматия по истории государства и права: Дооктябрьский период // Под ред. Ю. П. Титова, О. И. Чистякова. – М., 1990. – 479 с.
4. Чельцов-Бебутов М. А. Курс советского уголовно-процессуального права. – М., 1957. – Т. 1. – 839 с.

Стаття надійшла до редакції 04.03.2013 р.

The history of formation and development of legal institute of the appeal of actions, decisions and a divergence of government bodies and officials in the sphere of criminal legal proceedings is investigated.

В статті досліджується історія становлення і розвитку правового інституту обжалування дій, рішень і бездіяльності державних органів і посадових осіб у сфері кримінального судопроизводства.



УДК 343.2:347.78

Олена Яра,*канд. юрид. наук, доцент,**декан юридичного факультету**Національного університету біоресурсів і природокористування України*

НАСЛІДКИ ЯК ОЗНАКА ОБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджуються доктринальні підходи об'єктивної сторони злочинів, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності.

Ключові слова: об'єктивна сторона злочину, небезпечні наслідки, право інтелектуальної власності, суб'єкти, об'єкти, матеріальна (істотна) шкода.

На сучасному етапі розвитку економіки України особливої значущості набувають проблеми боротьби із злочинами, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності. Їх небезпека полягає, насамперед, у тому, що порушення прав на конкретні об'єкти права інтелектуальної власності стосуються особистих майнових і немайнових прав суб'єктів права інтелектуальної власності.

Суспільно небезпечні наслідки як ознака складів злочинів, пов'язаних із порушенням прав інтелектуальної власності, представлені, передусім, у вигляді матеріальної (істотної) шкоди суб'єктам права інтелектуальної власності.

Дослідження проблем суспільно небезпечних наслідків злочину присвячені праці таких учених, як П. Андрушко, П. Берзін, В. Кудрявцев, Н. Кузнецова, А. Музика, Г. Тімейко, Є. Шевченко, В. Харченко та ін. Проте різні доктринальні концепції щодо розуміння поняття та змісту наслідків злочинів, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, зумовлюють актуальність цієї статті.

Настання суспільно шкідливих наслідків, зазначав О. Міхлін, відбувається саме в об'єкті злочинного посягання [1, с. 11].

Вирішуючи питання про поняття «злочинні наслідки» й їх значення для кримінальної відповідальності, необхідно встановити точне значення відповідних термінів і забезпечити максимально повне та точне мовне вираження правових приписів. В одних випадках достатньо застосування простих способів тлумачення для пояснення змісту тих чи інших змін в об'єктивній дійсності (граматичного, семантичного, логічного тощо), а в інших – виникає необхідність використання

різних прийомів і правил у ході тлумачення змісту конкретних суспільно небезпечних наслідків [2, с. 134–135].

Механізм порушення об'єкта та заподіяння йому шкоди може бути різним: в одних випадках негативному, руйнівному впливу піддається суб'єкт суспільних відносин, в інших – благо, що охороняється правом і в зв'язку з яким існують ці відносини, або розривається соціальний зв'язок між суб'єктами відносин. В усіх цих випадках об'єкту кримінально-правової охорони завдається шкода, що є наслідком злочину [3, с. 130–131].

Є. Благов вважає, що наслідки злочину можуть виступати у двох формах: як шкода об'єкта й як шкода предмета злочину. Об'єкту злочину, на його думку, шкода може бути заподіяна тільки соціальна, а предмету – і матеріальна, і фізична, і моральна [4, с. 67]. На думку В. Кудрявцева, у злочинах, які вчиняються шляхом впливу на матеріальні предмети, злочинні наслідки можуть включати і третій – матеріальний елемент. Так, при злочинному пошкодженні або знищенні майна порушуються не лише економічні відносини власності й опосередковані ними правові відносини; шкідливих змін зазнає також і предмет злочину – матеріальна річ [5, с. 143, 149–150]. Таким чином, небезпечна шкода може завдаватися не лише суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом, а й предмету злочину.

У кримінально-правовій літературі зміст об'єктивної сторони складу злочину розкрито достатньо повно, що дозволяє обмежитися висвітленням відповідних питань, які мають суттєве значення для кваліфікації злочинів при порушенні прав суб'єктів права інтелектуальної власності.

Фактично при вчиненні злочину щодо об'єктів права інтелектуальної власності досить часто порушуються одночасно як майнові та немайнові права автора (творця) об'єкта права інтелектуальної власності, так і майнові права суб'єкта права інтелектуальної власності на такий об'єкт, який йому належить і який він використовує. Ми виходимо із того, що будь-який протиправний вплив вільного волевиявлення особи на охоронювані кримінальним законом об'єкти права інтелектуальної власності (блага) є дуже складним процесом, що містить не лише суспільно небезпечну дію або бездіяльність, а й їх наслідки.

Основні склади злочинів, що передбачають посягання на окремі об'єкти права інтелектуальної власності (статті 176, 177, 203¹, 229, 231, 232, 232¹ Кримінального кодексу (далі – КК) України), сформовані законодавцем як матеріальні, тобто обов'язковими ознаками їх об'єктивної сторони є злочинні наслідки у вигляді матеріальної та істотної шкоди (статті 231, 232), або якщо такі дії спричинили тяжкі наслідки (ст. 232¹) суб'єкту господарської діяльності. Іншими словами, законодавець, залежно від об'єкта посягань користується різними прийомами опису злочинних наслідків. У цих складах злочину містяться вказівки на конкретні наслідки. Настання матеріальної шкоди є необхідною ознакою основного складу закінченого злочину та має важливе значення для конструювання об'єктивної сторони складу злочину.

У теорії радянського кримінального права не було єдності думок щодо поняття та природи злочинних наслідків. За КК України 1960 р. законодавець у цілому виділяв поняття «наслідки» вельми неоднозначно, кореспондуючи їх як «велика шкода» (ст. 81⁸); «особливо велика шкода» (ст. 89); «великий розмір», «особливо великий розмір» (ст. 136); «велика матеріальна шкода» (148⁶); «матеріальна шкода» (148⁸).

Свого часу Я. Браїнін наголошував на необхідності розмежування понять «наслідки злочину» та «злочинний результат». Під першим він розумів будь-які зміни, що спричиняє злочин у зовнішньому, навколишньому світі. Злочинним результатом, на його думку, є наслідки, які мають значення для наявності складу злочину, тобто безпосередньо зазначені в законі як обов'язкова ознака складу конкретного злочину або прямо впливають із конкретного суспільно небезпечного діяння; без цих наслідків злочин не може вважатися закінченим, а їх настання як би визначає склад цього конкретного злочину [6, с. 195–196].

Т. Церетелі та В. Макашвілі розрізняли «наслідки в широкому сенсі слова» і наслідки у «вузькому сенсі слова». Нанесення шкоди суспільним відносинам зазначала Т. Це-

ретелі, є наслідком у широкому сенсі слова. Наслідки у вузькому сенсі слова – це конкретний наслідок, передбачений складом злочину [7, с. 22]. В. Макашвілі до наслідків у вузькому сенсі слова відносить шкоду, заподіяну предмету замаху [8, с. 158]. Звідси робиться висновок, що наслідки у вузькому сенсі слова наявні тільки в матеріальних складах злочинів, а наслідки в широкому сенсі слова властиві всім без винятку злочинам [9, с. 78]. Й. Реннеберг пропонував розрізняти шкоду, нанесену об'єкту, як загальне, притаманне всім злочинним наслідкам, і шкоду, що впливає з характеру замаху на предмет злочину [10, с. 35]. Критикуючи ці погляди, Н. Кузнєцова вказувала, що автори не враховують співвідношення загального та спеціального об'єктів, оскільки, посягаючи на будь-який конкретний об'єкт, злочинець одночасно наносить шкоду взагалі суспільним відносинам, охоронюваним кримінальним законом [11, с. 38]. Але в подальшому Н. Кузнєцова дійшла висновку про поділ наслідків на «наслідки взагалі» та «наслідки – елемент складу». Проте такий підхід на думку Г. Тімейка, навряд чи можна було визнати правильним. За його твердженням, «наслідків взагалі» не існує, вони завжди конкретні й є шкодою, заподіяною безпосередньому об'єкту замаху. Заподіяння шкоди суспільному об'єкту можливе лише через заподіяння шкоди безпосередньому об'єкту. Далі науковець дійшов висновку, що розмежування наслідків на наслідки в «широкому» та «вузькому» сенсі слова, «наслідки взагалі» і «наслідки – елемент складу», «наслідки – шкода об'єкту» і «наслідки – шкода предмету», теоретично не обгрунтовані. Крім того, таке розмежування наслідків недоцільне, оскільки при встановленні складу злочину та кваліфікації діяння органи слідства і суд повинні враховувати лише наслідки, які є ознаками об'єктивної сторони злочину [9, с. 78–79].

Кримінальний закон у статтях 176, 177, 203¹ та 229 КК України, на відміну від статей 231 та 232 КК України, де потерпілими при вчиненні злочинів є суб'єкт господарської діяльності чи фізична особа – суб'єкт підприємницької діяльності, не визначає коло потерпілих, а також критерії визначення розміру завданої шкоди, склад збитків, зазнаних суб'єктом права інтелектуальної власності, які утворюють завдану йому матеріальну шкоду. Потерпілим у результаті вчинення злочинів, передбачених статтями 176, 177, 229 КК, є суб'єкт (група суб'єктів) майнових прав інтелектуальної власності на певний об'єкт права інтелектуальної власності. Склад злочину, передбачений ст. 231 КК, є формально-матеріальним – вчинення дій, спрямованих на отримання відомостей, що становлять комер-

ційну таємницю, з метою розголошення чи іншого використання цих відомостей (комерційне шпигунство), є злочином із формальним складом, а незаконне використання відомостей, що становлять комерційну таємницю, є злочином, якщо такими діями спричинено істотну шкоду суб'єкту господарської діяльності.

На думку П. Берзіна, суспільно небезпечні наслідки умисного порушення права на ці об'єкти права інтелектуальної власності за своїм характером є матеріальною шкодою, що складається із реальних збитків у формі неотримання належного, які не слід ототожнювати з упущеною вигодою, та упущеною вигодою [12].

Разом із тим підхід законодавця до однієї з ознак об'єктивної сторони злочину у вигляді завдання матеріальної шкоди не є беззаперечним. Розмір завдання матеріальної шкоди за порушення прав суб'єктів права інтелектуальної власності є кількісною характеристикою завданих збитків, заподіяних суб'єкту прав інтелектуальної власності злочинним посяганням. Він показує ступінь змін, викликаних виключно в об'єкті посягання, і не залежить від інших елементів складу злочину. Тому одиниця виміру конкретної матеріальної шкоди може бути загальною для всіх об'єктів права інтелектуальної власності, щодо яких здійснюються злочинні посягання.

Значення небезпечних наслідків, тобто завдання матеріальної шкоди злочинним діянням, їх характер і розмір визначають матеріальну ознаку злочинів при порушенні суб'єктивних прав власників об'єктів права інтелектуальної власності. Тому небезпечний наслідок у сфері порушення прав інтелектуальної власності виступає:

- однією з найважливіших підстав криміналізації злочинного діяння;
- ознакою, на підставі якої провадиться відмежування злочину від адміністративних правопорушень;
- обставиною, що враховується судом при призначенні покарання в межах санкції відповідної статті КК України.

Злочинні наслідки характеризуються такими специфічними ознаками:

- злочинні наслідки – це шкода, що завдається майновим і немайновим правам суб'єктів права інтелектуальної власності, охоронюваним кримінальним законом;
- злочинні наслідки – це завдання матеріальної шкоди. Ця ознака дозволяє стверджувати, що злочинними є наслідки у вигляді завдання матеріальної шкоди у значному розмірі чи істотної шкоди;
- злочинні наслідки – це шкода, передбачена нормами кримінального закону. Зазначена ознака розкриває кримінально-право-

вий характер наслідків, охоронюваних кримінальним законом, що дозволяє відмежувати наслідок злочину від шкоди, завданої іншим об'єктам, охоронюваним іншими нормами права.

Таким чином, суспільно небезпечні наслідки у складах злочинів у сфері, що посягають на окремі об'єкти інтелектуальної власності, – це завдана матеріальна шкода суб'єктам права інтелектуальної власності, які володіють об'єктами права інтелектуальної власності, охоронюваними кримінальним законом, вказаними у кримінально-правій нормі як ознака об'єктивної сторони складу злочину.

Питання про суспільно небезпечні наслідки як обов'язкову ознаку об'єктивної сторони злочинів, що посягають на об'єкти права інтелектуальної власності, вирішується відповідно до норми кримінального закону. Проблемними при кваліфікації зазначених злочинів є питання, пов'язані з похідними від визначення: «матеріальна шкода у значному розмірі»; «матеріальна шкода у великому розмірі»; «матеріальна шкода в особливо великому розмірі» (статті 176, 177 та 229 КК України), «значні розміри» або «великі розміри» (ст. 203¹ КК України), на відміну від статей 231, 232 КК України, в яких вживається визначення «істотна шкода». Законодавець, прописуючи зазначені терміни у кримінальному законі, не розкриває їх змісту, тобто визначення терміна «істотна шкода» є оціночним і визначається у кожному випадку індивідуально з урахуванням окремих обставин справи. Іншими словами, норми диспозиції статей 231 і 232 КК України конкретно не визначають порушення, передбачене нормами цих статей, за такого підходу законодавця ці норми втрачають визначальний сенс, оскільки звернені виключно до осіб, які мають уявлення про інші нормативно-правові акти, що регулюють ці відносини.

Оскільки предметом юридичних складів злочинів, передбачених статтями 176, 177, 203¹, 229, 231, 232 КК України, є окремі об'єкти права інтелектуальної власності, при визначенні матеріальної шкоди необхідно враховувати сукупну шкоду, заподіяну суб'єкту права інтелектуальної власності, або, наприклад, суму доходу, отриманого в результаті незаконного використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Не слід забувати, що відповідно до ч. 1 ст. 12 КК України, злочини, які посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, поділяються на злочини невеликої тяжкості: (ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 177, ч. 1 ст. 229, статті 203¹, 231, 232; середньої тяжкості (ч. 2 ст. 176, ч. 2 ст. 177, ч. 3 ст. 229); тяжкі злочини (ч. 3 ст. 176, ч. 3 ст. 177); ступінь тяжкості злочину застосовується й як оціночна озна-

ка, що має враховуватися судом при призначенні покарання, тобто критерієм необхідно визнати тяжкість покарання, що відображає ступінь суспільної небезпеки злочинів, які посягають на об'єкти права інтелектуальної власності. Йдеться про злочини невеликої тяжкості, які відповідно до політики гуманізації кримінального законодавства можуть бути визнані законодавцем такими, що не мають значного ступеня суспільної небезпеки (п. 7 ч. 1 ст. 3 КПК України).

Таким чином, злочини невеликої тяжкості (ч. 1 ст. 176, ч. 1 ст. 177, ч. 1 ст. 229, статті 203¹, 231, 232 КК України) підпадають під кримінальні проступки та мають стати різновидами кримінального правопорушення. Проте запровадження інституту кримінальних проступків, у тому числі за злочини, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, об'єктивно зумовлює внесення відповідних змін до законів України, а саме – до КК України, є виправданим, адже гуманізація основного кримінального закону є обов'язковою умовою реалізації прагнення України до євроінтеграції. Тому наукове забезпечення вирішення проблеми класифікації злочинів при їх розслідуванні та здійсненні правосуддя по кримінальних справам потребує подальшого наукового дослідження.

Стаття надійшла до редакції 27.01.2013 р.

In this doctrinal approaches of objective aspect of crimes encroaching on objects of intellectual property right are researched.

В статье исследуются доктринальные подходы объективной стороны преступлений, которые посягают на право интеллектуальной собственности.

Список використаних джерел

1. Михлин А. С. Последствия преступления. – М., 1969. – 104 с.
2. Подорожна Т. Законодавчі дефініції як різновид тлумачення: теоретико-правовий аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 11. – С. 132–137.
3. Кримінальне право України: Загальна частина / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. М. Кривченко та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2007. – 496 с.
4. Благоев Е. В. Механизм причинения вреда объекту преступления // Совершенствование уголовного законодательства и его практического применения. – Красноярск, 1989. – С. 63–69.
5. Кудрявцев В. Н. Объективная сторона преступления. – М., 1960. – 260 с.
6. Брагини Я. М. Уголовный закон и его применение. – М., 1967. – 239 с.
7. Церетели Т. В. Причинная связь в уголовном праве. – Тбилиси, 1957. – 274 с.
8. Макашвили В. Г. Уголовная ответственность за неосторожность. – М., 1957. – 209 с.
9. Тимейко Г. В. Общее учение об объективной стороне преступления. – М., 1977. – 216 с.
10. Реннеберг Й. Объективная сторона преступления. – М., 1957. – 88 с.
11. Кузнецова Н. Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. – М., 1958. – 218 с.
12. Берзін П. С. Проблеми систематизації наслідків у специфічних конструкціях складів злочинів // Держава і право. – 2009. – Вип. 44. – С. 470–476.



УДК 343.2

Світлана Хилук,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права та кримінології
Львівського національного університету ім. Івана Франка*

ПРАВИЛО NULLUM CRIMEN SINE LEGE В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

*Стаття присвячена дослідженню змісту правила *nullum crimen sine lege* як складової принципу законності в розумінні Європейського Суду з прав людини, яке відображене у справах із застосування ст. 7 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини.*

Ключові слова: *nullum crimen sine lege*, принцип законності, рішення Європейського Суду з прав людини, джерело кримінального права.

Правило *nullum crimen sine lege* (немає злочину без вказівки на це в законі) традиційно розглядають як одну із складових принципу законності у кримінальному праві. Окремі положення цього правила були сформульовані та почали застосовуватися ще за часів Стародавнього Риму [1]. Змістове наповнення правила *nullum crimen sine lege* не лише змінювалося в різні історичні епохи, а й неоднаково трактується в різних правових системах, зокрема континентальній і англо-американській. Це виявляється у різних підходах до визначення поняття «аналогія» у кримінальному праві та допустимості її застосування, правил тлумачення кримінально-правових норм тощо [2, с. 35]. Навіть у фундаментальному (філософському) розумінні *nullum crimen sine lege* як складової принципу законності немає одностайності. Так, Дж. Флетчер зазначає, що є позитивне та негативне розуміння законності у кримінальному праві. Квінтесенцією позитивного підходу є обов'язок держави шляхом встановлення кримінально-правових норм та їх застосування притягти всіх винних до кримінальної відповідальності для захисту інших громадян. Відповідно до негативного розуміння все зводиться до гарантування захисту індивіда від свавілля держави [3, с. 207–208].

Кримінально-правова наука, практика та законодавство України на сучасному етапі оперують правилом *nullum crimen sine lege* у традиційному для держави континентальної правової системи значенні. Проте ми повинні брати до уваги, що, починаючи з 1945 р., правило *nullum crimen sine lege* як складова принципу законності відображено більш як у десяти міжнародних правових актах про права людини, у тому числі у ст. 7 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини Ради Європи (1950 р.) (далі – Конвенція).

Європейський Суд з прав людини (далі – ЄСПЛ), застосовуючи вказану норму у розгляді більш як 200 справ, дав власне розуміння правила *nullum crimen sine lege*, яке становить безсумнівну цінність для кримінального права України з огляду на високий авторитет цієї наддержавної інстанції та положення ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.2006 р. (яким практика ЄСПЛ визнана джерелом права в Україні). І Конвенція, і практика її застосування ЄСПЛ за своєю правовою природою є породженням англо-американської правової системи, тому особливого значення набуває питання узгодження в рамках нашої правової системи традиційного розуміння правила *nullum crimen sine lege* як складової принципу законності з позицією ЄСПЛ з цього питання. Закономірно, що першим кроком для вирішення такого завдання є визначення шляхом аналізу рішень ЄСПЛ із застосування ст. 7 Конвенції того, як тлумачить ЄСПЛ правило *nullum crimen sine lege*, що й є **метою цієї статті**.

Латинську максиму *nullum crimen sine lege* ввів в юридичний обіг Л. Фейєрбах. Процес формування цієї основоположної засади кримінального права почався ще у стародавні часи, зокрема відповідні згадки є у працях Цицерона [1]. Вагомий внесок у становлення принципу законності й окремих його складових зробили мислителі епохи Просвітництва. Зокрема, Ч. Беккарія на основі теорії суспільного договору обґрунтував, що злочини та покарання за них може визначати законодавець як представник усього суспільства, застосовувати відповідні норми повинен суд, але він не може довільно тлумачити закон [4, с. 91–93]. Це було значним досягненням правової думки на той час.

На сучасному етапі зміст правила «немає злочину без вказівки на це в законі» в рамках принципу законності у кримінальному праві досліджували А. Кибальник, С. Келліна, В. Кудрявцев, Н. Кузнецова, Е. Чередниченко, Дж. Холл та ін. [2; 5–8], проте питання гармонізації відповідних положень із практикою ЄСПЛ у цих роботах не розглядалося. На необхідність враховувати практику ЄСПЛ у визначенні правила *nullum crimen sine lege* вказував В. Гацелюк, проте у своєму дослідженні безпосередньо такого аналізу не здійснював [9, с. 153]. Частково практику ЄСПЛ із застосування ст. 7 Конвенції вивчав Ю. Хім'як, але лише в контексті визначення правил конструювання, тлумачення та застосування оціночних понять у кримінальному праві [10, с. 10–11; 11, с. 65–70]. П. Волосюк, досліджуючи рішення ЄСПЛ як джерело кримінального права Росії, зосередив увагу на питаннях зворотної дії кримінального закону, але лише побіжно згадав про заборону аналогії та поширювального тлумачення у кримінальному праві [12, с. 94–99]. Разом із тим ЄСПЛ розглядає правило *nullum crimen sine lege* значно ширше – як одну з основоположних засад прав людини, вияв верховенства права.

ЄСПЛ неодноразово зазначав, що гарантії, передбачені ст. 7 Конвенції, є вагомою складовою верховенства права та мають важливе значення в системі захисту, який забезпечує Конвенція. Це підтверджується також заборобою обмежувати дію правила *nullum crimen sine lege* навіть в умовах воєнного чи надзвичайного стану [13, § 50; 14, § 41]. Метою формулювання та застосування відповідного правила є забезпечення ефективного захисту особи від свавільного кримінального переслідування, засудження та покарання [15, § 148]. Аналіз рішень свідчить, що, на думку ЄСПЛ, правило *nullum crimen sine lege* передбачає, що тільки право може визначати, що є злочином; що забороняється поширювальне тлумачення кримінально-правових норм, якщо це погіршує становище особи, у тому числі із застосуванням аналогії [16, § 93; 17, § 52; 18, § 114].

Правова позиція ЄСПЛ, згідно з якою лише право може визначати склад злочину та встановлювати за нього покарання, відрізняється від класичного підходу до трактування правила *nullum crimen sine lege*, який бере початок з праць Ч. Беккарії. Як послідовний прихильник ідеї поділу державної влади на три гілки, цей учений вбачав цінність правила *nullum crimen sine lege* в обмеженні суду рамками закону [4, с. 91]. Проте сьогодні, як зазначає Б. Шаак, ідея поділу влади витісняється з функціонального призначення правила *nullum crimen sine lege* першочерговим завданням захистити особу, яка піддається кримінальним переслідуванням [19, с. 173]. Це ви-

являється, зокрема й у тому, що правом, яке визначає злочинність діяння, на думку ЄСПЛ, є не лише нормативно-правовий акт вищої юридичної сили, прийнятий законодавчим органом, а й писане та неписане право, у тому числі судовою практикою. Найбільш розгорнуту характеристику поняття «право» («law») в контексті ст. 7 Конвенції ЄСПЛ дає в § 43 рішення у справі Хунтамакі проти Фінляндії (Huntamäki v Finland), в якому зазначається, що цим терміном позначається як писане право, так і судовою практика, а саме те, що ЄСПЛ у розумінні терміна «право» надає перевагу його змістовному значенню, а не формальному. Тому правом вважаються у тому числі й підзаконні нормативно-правові акти та неписане право. Право – це чинні нормативні приписи в інтерпретації компетентних судів [14, § 43]. Більше того у рішенні S. W. проти Сполученого Королівства (S. W. v the United Kingdom) зазначається, що судовою практика як джерело права сприяє прогресивному розвитку кримінального права [20, § 35–36]. На прикладі цього рішення та рішення C. R. проти Сполученого Королівства (C. R. v the United Kingdom) можна простежити, що, на думку ЄСПЛ, визначення окремих ознак складу злочину безпосередньо в судовій практиці узгоджується із ст. 7 Конвенції. Обидва заявники були притягнуті до кримінальної відповідальності за зґвалтування своїх дружин. У цей час у Великій Британії відповідно до Закону про статеві злочини в редакції від 1976 р. зґвалтуванням визнавалися незаконні статеві зносини з жінкою, яка на той момент не давала згоди на них. А з 1736 р. діяв так званий подружній імунітет: чоловік не міг бути притягнутий до кримінальної відповідальності за зґвалтування своєї дружини, оскільки, вступаючи у шлюб, вона дала згоду на статеві зносини. На момент вчинення зґвалтування заявниками питання про скасування подружнього імунітету розглядалося парламентом, але остаточного рішення прийнято не було. Разом із тим суди Сполученого Королівства стосовно заявників у вироках констатували, що подружній імунітет більше не існує. ЄСПЛ підтвердив відсутність порушення ст. 7 Конвенції у названих випадках, зазначивши, що завдяки судовому тлумаченню у кримінальному праві намітилася очевидна тенденція визнавати такі дії зґвалтуванням, це відповідає суті вказаного злочину, узгоджується не лише з цивілізованою концепцією шлюбу, а й, перш за все, основоположними цілями Конвенції, суттю якої є повага до людської гідності та свободи [21, § 43–44; 22, § 42].

Крім внутрішнього державного права, ознаки складу злочину можуть бути визначені, на думку ЄСПЛ, у міжнародних актах. Такий висновок випливає з ряду рішень. Так, у справі Кьолк, Кислий проти Естонії (Kolk, Kyslyiy

v Estonia) ЄСПЛ встановив: незважаючи на те, що дії з депортації цивільного населення були законними з точки зору радянського права, яке діяло на момент вчинення відповідних дій, вони є злочином проти людяності відповідно до чинних на той час міжнародних актів, які визнав Радянський Союз як член ООН [23].

Законодавство тоталітарних держав, їх судова практика не є правом у розумінні ст. 7 Конвенції [24, § 90]. Ця позиція ЄСПЛ дає підстави для таких висновків: *по-перше*, грубе порушення прав людини, за умови що внутрішнє законодавство тоталітарної держави не визнає таку поведінку кримінально-карною, може бути визнане злочином, якщо вчинені діяння визнаються злочином на міжнародному рівні; *по-друге*, притягнення особи до кримінальної відповідальності за діяння, яке може визнати злочинним лише тоталітарна держава, але об'єктивно воно не становить суспільної небезпеки, наприклад ст. 62 КК УРСР «Антирадянська агітація і пропаганда», суперечить ст. 7 Конвенції; *по-третє*, можна вести мову про ієрархію джерел кримінального права, якщо одна й та сама поведінка визнається злочинною та законною на підставі різних правових положень, то перевагу повинні мати ті, що гарантують вищий рівень захисту прав, передбачених Конвенцією. Проілюструвати правильність останнього висновку можна на прикладі справи К.-Н. В. проти Німеччини (К.-Н. В. v Germany). Заявник служив прикордонником у НДР та під час проходження служби, діючи відповідно до наказів командирів і відомчих інструкцій, убив беззбройну людину, яка намагалася потрапити на територію ФРН. Він був засуджений за вбивство після повалення тоталітарного радянського режиму у Східній Німеччині. ЄСПЛ констатував, що наказ захищати кордон за будь-яку ціну суперечить Конституції НДР і міжнародним зобов'язанням поважати людське життя та визнавати право на свободу пересування, отже, попри відповідальність держави, винні особи повинні нести особисту відповідальність за вчинені дії [24, § 67, 103].

Слід зазначити, щоб виступати джерелом кримінального права названі положення повинні чітко визначати злочин, бути доступними, а їх тлумачення та застосування – передбачуваними. Д. Скаліа вважає ці три критерії тісно взаємопов'язаними (наприклад, передбачуваність права залежить від його якості та доступності) [25, с. 190].

У справі Кантоні проти Франції (Cantoni v France), Коккінасіс проти Греції (Kokkinasis v Greece) ЄСПЛ зазначає, що у праві повинно бути чітко визначено, що є злочином. Ця вимога є витриманою, якщо особа з формулювань правових положень, при потребі з допомогою судового тлума-

чення, може зрозуміти які дії чи бездіяльність є кримінально-караними [26, § 29; 17, § 52].

У вітчизняній кримінально-правовій науці в контексті чіткості формулювання кримінального закону постає ряд дискусійних питань, зокрема, щодо допустимості використання оціночних понять, відкритих переліків тощо [9, с. 155]. ЄСПЛ вважає, що одним із стандартів правового регулювання є використання узагальнених категорій на противагу виключним перелікам. Крім того, слід уникати надмірної жорсткості, йти в ногу із змінюваними обставинами [26, § 31; 17, § 40]. Наявні сумніви щодо тлумачення обсягу поняття не роблять відповідні положення такими, що суперечать ст. 7 Конвенції, якщо вони є зрозумілими у більшості випадків [26, § 52]. Як застосовуються наведені положення на практиці свідчать такі приклади.

Заявник у справі Кантоні проти Франції, один із менеджерів супермаркету, був засуджений за незаконний продаж фармацевтичної продукції. Він скаржився на порушення ст. 7 Конвенції з огляду на те, що у Франції предмет цього злочину визначений у Кодексі про здоров'я населення за допомогою загальної вказівки на призначення та можливі шляхи використання продукції, яка в цій країні визнається медичною, при цьому вичерпний перелік товарів медичного призначення, які належить продавати лише через мережу аптек відсутній [26]. Проте, ЄСПЛ констатував, що визначення предмета злочину в такий спосіб не суперечить ст. 7 Конвенції. У справі Коккінасіс проти Греції (Kokkinasis v Greece), Ларіссіс та інші проти Греції (Larissis and others v Greece) заявники скаржилися на порушення ст. 7 Конвенції, оскільки у кримінальному законі Греції ознаки складу злочину прозелітизм¹ сформульовані за допомогою загальних понять, а тому складно визначити, які конкретно діяння є кримінально-караними порушеннями. У своєму рішенні ЄСПЛ зазначив, що таке формулювання ознак злочину узгоджується із ст. 7 Конвенції, оскільки дійсно вказане положення закону є дещо туманним, його тлумачення та застосування залежить від практики. У даному випадку законодавче формулювання доповнювалося усталеною судовою практикою, що в сукупності давало можливість заявнику регулювати свою поведінку [17, § 40, 52]. Проте у справі Лівік проти Естонії (Liivik v Estonia) ЄСПЛ визнав, що законодавчі положення про визнання наслідком зловживання владою та

¹Відповідно до законодавства Греції прозелітизм – це пряма чи опосередкована спроба вплинути на релігійні погляди особи, яка дотримується інших релігійних поглядів, з метою поставити під сумнів ці переконання шляхом надання чи обіцянки винагороди, моральної підтримки, матеріальної допомоги, обману, зловживання довірою, використання недосвідченості, крайньої бідності, низького інтелекту чи наївності іншої особи.

службовим становищем істотної шкоди є неясними, оскільки формулювання широке, з нечіткими критеріями, а тому віднесення до наслідків вказаного злочину моральної шкоди державі та створення загрози заподіяння майнової шкоди суперечить ст. 7 Конвенції, бо не є передбачуваним [27, § 101].

Як видно з наведених прикладів, саме собою формулювання правових положень не завжди дає можливість вирішити питання про дотримання вимог правила *nullum crimen sine lege* в розумінні ст. 7 Конвенції, тому слід досліджувати питання, чи відповідає тлумачення та застосування конкретних правових положень вимогам доступності та передбачуваності?

ЄСПЛ визнає, що писане право доступне всім, а тому аксіомою є теза, що незнання права не звільняє від відповідальності [24, § 73]. Заслугує на увагу прецедент щодо визначення змісту такої ознаки, як доступність правових положень, сформульований Великою Палатою ЄСПЛ у справі Кононов проти Латвії (*Kononov v Latvia*). Заявник був засуджений у Латвії після відновлення цієї державою незалежності за вчинені ним у 1944 р. у складі загону радянських партизан воєнні злочини. Правовою підставою засудження Кононова, на думку ЄСПЛ, є положення міжнародного права, в якому сформульовані закони та звичаї війни за станом на 1939 р. Той факт, що на момент вчинення вказаних порушень радянський Кримінальний кодекс 1926 р. не містив посилань на визнані міжнародною спільнотою закони та звичаї війни, що в СРСР і Латвійській РСР ці міжнародні акти не були офіційно опубліковані, не має вирішального значення. Тому наявність відповідних міжнародних законів і звичаїв війни є достатньою підставою для притягнення Кононова до кримінальної відповідальності, а тому його засудження узгоджується з гарантіями, передбаченими ст. 7 Конвенції [28, § 237].

У рішенні у справі Кантоні проти Франції (*Cantoni v France*) ЄСПЛ наголошує, що вирішення питання про дотримання критерію передбачуваності залежить від змісту відповідних правових положень, сфери їх застосування та статусу особи, якій ці норми адресовані [26, § 52]. Зазначений критерій дотриманий, якщо особа може передбачити, яка її поведінка потенційно може бути кримінально-каранною на підставі змісту актів законодавства, за потреби з допомогою наявного судового тлумачення [17, § 52] чи консультації професійного юриста [15, § 150], а також коли можливі варіанти тлумачення відповідної норми описані й обґрунтовані в науковій літературі [20, § 36]. Показовим прикладом є справа Йоргіч проти Німеччини (*Jorgic v Germany*).

Заявник був засуджений за акти геноциду, вчинені на території колишньої Югославії, хоч його

дії були спрямовані не на фізичне чи біологічне знищення певної етнічної групи, а на знищення її як соціальної одиниці. ЄСПЛ констатував, що на момент вчинення відповідних дій у 1992 р. багато судових органів тлумачило поняття «геноцид» вузько (як дії, що спрямовані на фізичне чи біологічне знищення певної етнічної групи. – С. Х.), проте деякі автори вже дали ширше тлумачення цього поняття, яке й було взято за основу у вирішенні справи Йоргіча судами Німеччини. У рішенні наведено перелік наукової літератури, де обґрунтовано відповідне розуміння ознак складу злочину геноциду. Тому, на думку ЄСПЛ, є всі підстави вважати, що заявник міг передбачити, у випадку необхідності за допомогою юриста, що його поведінка оцінюватиметься як геноцид, отже, немає порушення ст. 7 Конвенції [20, § 36, 113]. ЄСПЛ наголошує, що поступова інтерпретація судами, у тому числі змісту ознак складу злочину, від справи до справи з урахуванням суті порушення узгоджується з вимогами ст. 7 Конвенції. Тому коли суд уперше використовує певний варіант тлумачення кримінально-правової норми це, саме собою, не свідчить про його непередбачуваність [14, § 51].

Заборона поширювального тлумачення по суті гарантує забезпечення передбачуваності кримінального закону. З аналізу практики ЄСПЛ випливає, що поширювальним є той варіант тлумачення, який не могла передбачити особа, яка вчинила злочин (навіть за допомогою наявного судового тлумачення, консультації професійного юриста), й який, крім того, не узгоджується з суттю порушення.

Таким чином, аналіз практики ЄСПЛ щодо застосування ст. 7 Конвенції в частині забезпечення дотримання правила *nullum crimen sine lege* дає можливість зробити такі **висновки**:

ЄСПЛ розглядає правило *nullum crimen sine lege* як одну з основоположних засад прав людини, вияв верховенства права, яка покликана захистити людину від свавільного кримінального переслідування з боку держави;

на думку ЄСПЛ, правило *nullum crimen sine lege* передбачає: тільки право може визначати, що є злочином; заборону поширювального тлумачення кримінально-правових норм, якщо це погіршує становище особи, у тому числі із застосуванням аналогії;

положення ст. 7 Конвенції дозволяють визнати джерелом кримінального права міжнародно-правові акти, закони, підзаконні нормативно-правові акти, судову практику за умови, що відповідні правові положення чітко визначають ознаки складу злочину та є доступними, а їх тлумачення та застосування передбачуваним. Передбачуваність означає, що особа може передбачити, яка її поведінка потенційно може бути кримінально-каранною на підставі змісту відповідних актів законодавства, за потреби з допомогою наявного судового тлумачення чи з консультації професій-

ного юриста, а також коли можливі варіанти тлумачення відповідної норми описані й обґрунтовані в науковій літературі. Якщо застосований у конкретному випадку варіант тлумачення кримінально-правової норми не відповідає вимогам критерію передбачуваності, то має місце поширювальне тлумачення, використання якого заборонене ст. 7 Конвенції;

викладений у рішеннях ЄСПЛ підхід до розуміння правила *nullum crimen sine lege* підтверджує, що використання бланкетних диспозицій, оціночних понять, відкритих переліків у тексті кримінального закону узгоджується з вимогами Конвенції;

законодавство тоталітарних держав та практика його застосування в частині, що суперечить визнанням міжнародною спільнотою правам людини, не може бути підставою для притягнення до кримінальної відповідальності, а також усунути караність діянь, які визнаються злочинами цивілізованими народами, оскільки не є правом у розумінні ст. 7 Конвенції.

Список використаних джерел

1. Claus Kreß Nulla poena nullum crimen sine lege // Max Plank Encyclopedia of Public International Law [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.uni-koeln.de/jur-fak/kress/NullumCrimen24082010.pdf>.
2. Hall Jerom. General principles of Criminal law: second edition. – New York: Indianapolis, 1960. – 642 p.
3. Fletcher George P. Concepts Of Criminal Law. – New York: Oxford University Press, 1998. – 214 p.
4. Беккарія Ч. О преступлениях и наказаниях. – М., 2004. – 6. – 184 с.
5. Келина С. Г., Кудрявцев В. Н. Принципы советского уголовного права. – М., 1988. – 175 с.
6. Кибальник А. Г. Современное международное уголовное право. – СПб., 2003. – 252 с.
7. Курс уголовного права: Т. 1 / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. – М., 2002. – 535 с.
8. Чердениченко Е. Е. Принципы уголовного законодательства: понятие, система, проблемы законодательной регламентации. – М., 2007. – 192 с.
9. Гацелюк В. О. Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції). – Луганськ, 2006. – 280 с.
10. Хім'як Ю. Б. Гармонізація кримінального права України з практикою Європейського Суду з прав людини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 21 с.
11. Хім'як Ю. Б. Оціночні кримінально-правові поняття та вимога визначеності закону у рішеннях Європейського суду з прав людини // Вісник Національної академії прокуратури України. – 2011. – № 2. – С. 65–70.
12. Волосюк П. В. Решения Европейского Суда по правам человека как источник уголовного права России: дис. ... канд. юрид. наук. – Ставрополь, 2005. – 172 с.
13. ECtHR, Streletz, Kessler and Krens v. Germany. – 22 March 2001. – Applications nos. 34044/96, 35532/97 and 44801/98.
14. ECtHR, Huntamaki v Finland. – 6 March 2012. – Application no. 54468/09.
15. ECtHR, Alimucaj v Albania. – 7 February 2012. – Application no. 20134/05.
16. ECtHR, Protopapa v. Turkey. – 24 February 2009. – Application no. 16084/90.
17. ECtHR, Kokkinasis v Greece. – 25 May 1993.
18. ECtHR, Kononov v. Latvia. – 24 July 2008. – Application no. 36376/04.
19. Beth Van Schaak. Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals // The Georgetown Law Journal. – 2008. – Vol. 97: 119. – 119–192 p.
20. ECtHR, Jorgic v. Germany. – 12 July 2007. – Application no. 74613/01.
21. ECtHR, S. W. v. United Kingdom. – 22 November 1995. – Application no. 20166/92.
22. ECtHR, C. R. v. the United Kingdom. – 22 November 1995. – Application no. 20190/92.
23. ECtHR, Kolk, Kislyiy v Estonia. – Application no. 23052/04? Application no. 24018/04.
24. ECtHR, K.-H. W. v Germany. – Application no. 37201/97. – 22 March 2001.
25. Скалиа Д. Несколько соображений о гарантиях, присущих принципу верховенства закона, применительно к санкциям, пресечению военных преступлений и наказанию за них // Международный журнал Красного Креста. – 2008. – Т. 90, № 870. – С. 187–206.
26. ECtHR, Cantoni v France. – 11 November 1996. – Application no. 17862/91.
27. ECtHR, Liivik v. Estonia. – 25 June 2009. – Application no. 12157/05.
28. ECtHR (Grand Chamber), Kononov v. Latvia. – 17 May 2010. – Application no. 36376/04.

Стаття надійшла до редакції 22.02.2013 р.

The article is devoted to the research of the nullum crimen sine lege as a part of the legality principle in the practice of the European Court of Human rights on the basis of the positions, set forth in the judgments on application of art. 7 of the Convention on Human rights and Fundamental Freedoms Protection.

Стаття посвящена исследованию содержания правила nullum crimen sine lege как составляющей принципа законности в интерпретации Европейского Суда по правам человека на основании решений по применению ст. 7 Конвенции о защите прав и основных свобод человека.



УДК 343.237+343.35

Анелія Смирнова,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
ПВНЗ «Буковинський університет»*

ГЕНЕЗА КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА УХИЛЕННЯ ВІД СПЛАТИ ПОДАТКІВ, ЗБОРІВ (обов'язкових платежів)

У статті досліджуються кримінально-правова кваліфікація та вдосконалення законодавчих умов підвищення ефективності застосування законодавства про кримінальну відповідальність співучасників в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) із метою захисту економічної безпеки держави.

Ключові слова: кримінально-правова кваліфікація, співучасть у злочині, кримінальна відповідальність, економічна безпека держави.

Основні положення кримінально-правової кваліфікації, розроблені наукою кримінального права, не знайшли на сьогодні відображення у законодавстві про кримінальну відповідальність України. Тому теоретичні незгодженості та дискусійні питання щодо основних правил і принципів кримінально-правової кваліфікації, їх дотримання у правозастосуванні викликають низку проблемних питань як щодо загальних правил кримінально-правової кваліфікації, так і окремих теоретичних правил кваліфікації співучасті у злочині.

Серед учених-криміналістів, які присвятили свої дослідження проблем кримінально-правової кваліфікації, слід згадати С. Тарарухіна, А. Рарога, Н. Пікурова, В. Навроцького, О. Маріна, Т. Марітчака, Р. Галіакбаров. Складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)» досліджували О. Дудоров, Ю. Сухов, В. Молодик, С. Лук'яненко, М. Вересов, Л. Брич. Інститут співучасті у кримінальному праві вивчали О. Кваша, Г. Жаровська, А. Мельников, Н. Гурторова, Т. Мельничук.

Проблема кримінально-правової кваліфікації співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) була предметом дослідження науковців як у частині загальних положень кримінально-правової кваліфікації, складу злочину «ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів)», так і інституту співучасті у кримінальному праві України, однак, комплексно вона не вивчалася.

До не вирішених питань кримінально-правової кваліфікації ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) у науці кримінального права та на практиці

застосування ст. 212 Кримінального кодексу (далі – КК) України належать, зокрема: проблеми кваліфікації ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) у разі його вчинення групою осіб без попередньої змови, а також дій осіб, які спільно вчинили ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), діючи з непрямым умислом; визнання кваліфікуючої ознаки «вчинення за попередньою змовою групою осіб» у діях інших, крім співвиконавців, співучасників ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів); незгодженості теоретичних положень кримінально-правової кваліфікації ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) організованою групою; питання щодо допустимості застосування спеціального виду звільнення від кримінальної відповідальності співучасників ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів); проблемні питання призначення покарання співучасникам ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), виходячи із зміни закону про кримінальну відповідальність і введення у КК України поняття «незначна роль» виконавця (співвиконавця), підбурювача або пособника та низка інших питань, що мають важливе значення для пошуку шляхів як удосконалення закону про кримінальну відповідальність, так і можливого врахування правозастосовувачами у правозастосовчій практиці кримінально-правової кваліфікації співучасті в ухиленні від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів).

Як свідчить аналіз, у законодавстві деяких зарубіжних країн, наприклад США, існує близько сорока складів податкових злочинів. Як правило, для призначення кримінальних

покарань використовуються такі статті: спроба чи ухилення від сплати податків [1, ст. 7201], навмисна зневага обов'язками по збору податку, веденню правильного обліку по сплаті податку [1, ст. 7202], навмисна зневага обов'язками з реєстрації доходів чи повідомлення інформації про сплату податків [1, ст. 7203], співучасть і підбурювання в підготовці чи в наданні помилкової та неправдивої інформації про доходи [1, ст. 7203].

В Україні процес криміналізації окремих складів податкових злочинів тільки починається. Відомо, що потреба в конкретному правовому регулюванні суспільних відносин, у тому числі у встановленні правових заборон чи дозволів, викликана тим, що в реальній дійсності немає твердої детермінації вчинків: існує велике «поле можливостей», що являє собою набір усіляких варіантів людського поведіння [2, с. 105]. Підставами криміналізації є соціально-економічні й політичні процеси, розвиток яких породжує об'єктивну необхідність кримінально-правової охорони тих чи інших суспільних відносин [3, с. 4].

За сучасних умов негативною та небезпечною соціально-економічною тенденцією слід визнати формування тіньової економіки, існування якої офіційно визнано кримінологічною наукою. Україна, Росія, інші країни СНД, здійснюючи перехід до ринкової системи господарювання, породили феномен незаконної діяльності, пов'язаної з переведенням у готівку безготівкових коштів підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності. Він припускає надання фізичною особою чи підприємством, формально зареєстрованим як суб'єкт господарювання, можливість за визначену винагороду (3–5 %) від суми угоди перевести із свого розрахункового рахунку шляхом надання кредитно-фінансовій установі свідомо помилкових зведень (актів закупівлі сільгосппродукції, товарів і послуг у населення) безготівкові кошти в готівкові з наступною їх передачею власнику. При цьому від імені офіційно зареєстрованого, але працюючого лише «на папері», підприємства видаються офіційні бухгалтерські документи (у тому числі податкові накладні), що свідчать про нібито укладені реальні угоди, які потім використовуються для пред'явлення вимог до бюджету про реальне відшкодування податку на додаткову вартість, сплаченого лише «на папері». Незаконне переведення в готівку безготівкових коштів є засобом фінансового забезпечення «тіньового» сектора економіки, одним із шляхів ухилення від сплати податків шляхом здійснення безтоварних господарських операцій, попередньої оплати за отримання неіснуючої продукції тощо.

Тіньова економіка використовує в господарському обороті переважно готівкові кош-

ти. Насамперед, це зумовлено тим, що розрахунок готівкою без складання бухгалтерських документів вигідний і стороні, яка реалізує продукцію, і стороні, що її набуває, оскільки в цьому випадку угода приховується від обліку і не може бути задокументована з метою оподаткування. Готівкові кошти використовуються як засоби підкupu посадових осіб, легко конвертуються в іноземну валюту тощо.

Н. Полянський ще у 1929 р. зазначав, що погроза карного закону проти платників податків, що ухиляються від обкладання чи від сплати податків, є необхідною умовою вилучення у населення податкових засобів для фіска [4]. Розраховувати тільки на «самоплив» податків, винятково на добру волю платників не доводиться. Однак якщо погроза кримінального закону існує, те чи інше визначення умов його застосування та санкції, що передбачаються ним, може вплинути на число недоїмкових платників податків; більше того, визначення складів податкових злочинів і призначуваних заходів соціального захисту не можуть не бути поставлені у відомі більш-менш вузькі рамки. Інакше законодавець ризикував би переобтяжити кримінальні суди податковими справами, порушити відповідність між типовою соціальною характеристикою особистості несправних платників податків і застосовуваними до них заходами соціального захисту. На думку В. Кудрявцева, останнім засобом впливу на правопорушника є залучення його до юридичної відповідальності: призначення дисциплінарного, адміністративного, матеріального стягнення чи кримінального покарання останнім (оскільки правопорушення вже вчинилося; оскільки більш м'які засоби виявилися неспроможними (чи не застосовувалися); оскільки інших, більш суворих заходів держава у своєму «правовому арсеналі» не має). Застосування державного примусу є заходом вимушеним, хоча в ряді випадків корисним і необхідним [2, с. 63].

З огляду на складну економічну ситуацію в державі все важливішого значення набувають кримінально-правові засоби охорони економічної безпеки держави, одним із яких є наявність кримінальної відповідальності за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), створення законодавчих умов щодо підвищення ефективності застосування закону про кримінальну відповідальність для досягнення поставлених завдань у сфері належного захисту економічної безпеки держави.

Слід зазначити, що ст. 212 КК України забезпечує кримінально-правовий захист порядку справляння податків, зборів (обов'язкових платежів) у державі та нарівні з регу-

лятивними нормами інших галузей права є основою для гарантування накопичення державою грошових коштів, які формують державний або місцевий бюджет і використовуються для виконання визначених цілей та завдань. Разом із тим на сьогодні відбулося переосмислення у законодавчому визначенні виду необхідного та достатнього покарання за вчинення цього злочину у законодавстві про кримінальну відповідальність України.

Із введенням у дію Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо гуманізації відповідальності за правопорушення у сфері господарської діяльності» від 15.11.2011 р. № 4025-XVII змінилися санкції ст. 212 КК України, що на сьогодні визначають основним покаранням за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) штраф. Відповідно до положень ст. 53 КК України штраф – це грошове стягнення, що накладається судом у випадках і розмірі, встановлених в Особливій частині КК України.

Згідно із ст. 212 КК України умисне ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), що входять до системи оподаткування, введених у встановленому законом порядку, вчинене службовою особою підприємства, установи, організації, незалежно від форми власності або особою, яка займається підприємницькою діяльністю без створення юридичної особи чи будь-якою іншою особою, яка зобов'язана їх сплачувати, якщо ці діяння призвели до фактичного ненадходження до бюджету чи державних цільових фондів коштів у значних розмірах, «карається штрафом від однієї тисячі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Ті самі діяння, вчинені за попередньою змовою групою осіб, або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів у великих розмірах, «караються штрафом від двох тисяч до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років».

Діяння, передбачені частинами 1 або 2 цієї статті, вчинені особою, раніше судимою за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), або якщо вони призвели до фактичного ненадходження до бюджетів чи державних цільових фондів коштів в особливо великих розмірах, «караються штрафом від п'ятнадцяти тисяч до двадцяти п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років з конфіскацією майна».

Законодавець, втілюючи у життя зазначені зміни до закону про кримінальну відповідальність, фактично відмовився від застосування до осіб, які визнані винними у злочинах, передбачених диспозицією ст. 212 КК України, видів покарання, що обмежують особу як члена суспільства, застосувачи при цьому фінансовий метод при призначенні покарання. При цьому, згідно з ч. 5 ст. 53 КК України у разі «несплати штрафу в розмірі не більше трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді громадських робіт із розрахунку одна година громадських робіт за один установлений законодавством неоподатковуваний мінімум доходів громадян або виправних робіт із розрахунку один місяць виправних робіт за двадцять установлених законодавством неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, але на строк не більше двох років».

У разі несплати штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, призначеного як основне покарання, та відсутності підстав для розстрочки його виплати суд замінює несплачену суму штрафу покаранням у виді позбавлення волі із розрахунку один день позбавлення волі за вісім неоподатковуваних мінімумів доходів громадян у таких межах:

1) від одного до п'яти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення злочину середньої тяжкості;

2) від п'яти до десяти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення тяжкого злочину;

3) від десяти до дванадцяти років позбавлення волі – у випадку призначення штрафу за вчинення особливо тяжкого злочину.

Якщо під час розрахунку строку позбавлення волі цей строк становить більше встановлених цією частиною статті меж, суд замінює покарання у виді штрафу покаранням у виді позбавлення волі на максимальний строк, передбачений для злочину відповідної тяжкості цією частиною статті».

Таким чином, у разі неможливості сплати штрафу як визначеного виду покарання у ст. 212 КК України суд застосовує в перерахунку, виходячи з розміру штрафу, заміну цього виду покарання на інші види, що не мають грошового виміру.

На нашу думку, застосування відповідних законодавчих нововведень є спробою законодавця гуманізувати кримінальну відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів) і шляхом конструювання кримінально-правових санкцій такого виду забезпечити, насамперед, стягнення додаткових сум грошових коштів для їх мо-

білізації у бюджетах на центральному та місцевому рівнях. Хоча такий крок законодавця можна розцінювати й як певний компроміс із правопорушниками, оскільки складається ситуація, коли винна особа має змогу понести кримінальну відповідальність шляхом сплати відповідної суми коштів і за тяжкий злочин (наприклад, ч. 3 ст. 212 КК України), що за ступенем суспільної небезпечності відповідає призначенню такого виду покарання, як позбавлення волі на певний строк.

Висновки

Розглянуті зміни матимуть наслідком позитивного характеру відчутне збільшення грошових надходжень від застосування ст. 212 та інших норм чинного КК України, що зазнали подібних змін, а основним негативним наслідком таких нововведень, на нашу думку, є встановлення штрафу як єдиного основного покарання у ст. 212 КК України, що може розглядатися як компроміс між державою та правопорушником, оскільки за наявності грошових коштів винна особа сплачує їх і

навіть чи таке покарання може бути необхідним і достатнім для її виправлення. Разом із тим винна особа, позбавлена матеріальних ресурсів, буде відбувати інший вид покарання, виходячи з положень ч. 5 ст. 53 КК України. Якщо ж вести мову про призначення покарання співучасникам ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), досягнення законодавчо визначеної мети покарання у такому випадку виглядає досить проблематичним і не сприяє виправленню засуджених такими кримінально-правовими засобами.

Список використаних джерел

1. *International revenue code* Minn, 1977. – 526 p.
2. *Кудрявцев В. Н.* Закон, Учинок, Відповідальність. – М., 1986. – 194 с.
3. *Вересов В. М.* Кримінальна відповідальність за ухилення від сплати податків, зборів, інших обов'язкових платежів (на матеріалах Автономної Республіки Крим): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999. – 18 с.
4. *Полянский Н.* Налоговые преступления по УК Азербайджанской ССР. – Баку, 1929. – 124 с.

Стаття надійшла до редакції 20.02.2013 р.

The article examines the criminal-legal qualification and improvement of the legal environment in order to make criminal responsibility of the partners (associates) more effective, especially those who try to avoid paying taxes with the aim to protect the economic security of the state.

В статье исследуются уголовно-правовая квалификация и совершенствование законодательных условий повышения эффективности применения законодательства об уголовной ответственности соучастников в уклонении от уплаты налогов, сборов (обязательных платежей) с целью защиты экономической безопасности государства.



УДК 342.9+346.92

Євгеній Петров,

канд. юрид. наук, доцент

АНТИМОНОПОЛЬНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЯК АДМІНІСТРАТИВНИЙ МЕХАНІЗМ УЧАСТІ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ В АДМІНІСТРАТИВНО-ГОСПОДАРСЬКИХ ВІДНОСИНАХ

У статті аналізуються зміст, призначення, а також основні недоліки теоретичного та правового забезпечення функціонування інституту антимонопольного регулювання, доводиться необхідність включення зазначеного інституту до системи адміністративно-господарського права.

Ключові слова: антимонопольне регулювання, конкуренція, господарське право, адміністративне право, суб'єкти публічної адміністрації.

Питання антимонопольного регулювання доволі часто привертають увагу вітчизняних учених-правознавців і це не дивно з огляду на те значення, яке має зазначена проблематика для належного функціонування економіки будь-якої країни. Над зазначеною тематикою у різні часи працювали та продовжують працювати О. Безух, О. Грановський, Н. Корчак, М. Лайкова, Г. Лозова, О. Плетньова та ін., проте аналіз робіт згаданих авторів свідчить, що вони розглядають антимонопольне регулювання крізь призму господарських правовідносин. Зазначений підхід, на нашу думку, є невиправданим, оскільки у штучному порядку змінює правову природу названого інституту.

Метою цієї статті є доведення публічно-правової природи інституту антимонопольного регулювання, що передбачає вирішення низки взаємопов'язаних завдань: встановлення призначення антимонопольного регулювання; уточнення термінології, яка вживається у даній сфері; з'ясування кола суб'єктів, відповідальних за реалізацію антимонопольної політики в Україні; вироблення пропозицій, спрямованих на уточнення як теоретичної, так і нормативної бази інституту антимонопольного регулювання.

Публічна адміністрація виконує велику кількість завдань, які є продовженням функцій держави. З огляду на це, в її розпорядженні має бути достатній перелік інструментів, за допомогою яких вона, власне, і здійснюватиме реалізацію покладених на неї обов'язків. Інструменти або механізми діяльності

публічної адміністрації не можуть бути виключно примусовими або заснованими лише на переконанні, оскільки це неодмінно призведе до блокування її діяльності. За сучасних умов розвитку держави та права, формування в Україні громадянського суспільства доволі складно відповісти на питання: яких інструментів діяльності (примусових чи непримусових) у суб'єктів публічної адміністрації має бути більше? Зрозуміло, що вони повинні існувати в усій своїй різноманітності, за умови, що їх застосування базуватиметься на принципі верховенства права, а також на інших принципах належного врядування (належне законодавство, законність, прозорість прийняття рішень, доступ до інформації тощо) [1, с. 276].

Ведучи мову про прямі (адміністративні) механізми участі публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах, зазначимо, що ця назва є похідною від вироблених у сучасній науці адміністративного права підходів до групування адміністративних актів, які, як зазначає Р. Мельник [2, с. 244], є основним інструментом діяльності публічної адміністрації. Так, на нашу думку, заслуговує на увагу та підтримку пропозиція В. Тимощука щодо поділу адміністративних актів на втручальні та заявні. *Втручальні акти*, або примусові, приймаються за ініціативою суб'єкта публічної адміністрації переважно в односторонньому порядку та тягнуть за собою покладення на приватних осіб додаткових обов'язків або обмежень. *Заявні адміністративні акти* приймаються за ініціативою приватної особи та спрямовуються в основному на реалізацію їх прав або створення умов для реалізації прав останніх [3, с. 77].

Зазначений підхід, зрозуміло, може бути поширений також на сферу адміністративно-господарських відносин, оскільки вони є різновидом адміністративних правовідносин, в яких також беруть участь суб'єкти публічної адміністрації. Отже, суб'єкти публічної адміністрації, які здійснюють публічне управління сферою господарювання, для виконання покладених на них обов'язків видають втручальні адміністративні акти, що є центральним елементом прямих (адміністративних) механізмів участі публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах. Зазначені механізми, як й інші форми діяльності публічної адміністрації, мають також базуватися на принципі верховенства права й інших, тісно пов'язаних із ним принципах. З іншого боку, практика їх застосування має орієнтуватися не лише на правомірність останніх, а й на їх економічну доцільність та ефективність, оскільки для економіки ці категорії є надзвичайно важливими. На цьому, до речі, наголошується у Законі України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарювання» від 11.09.2003 р. № 1160-IV, у ст. 1 якого зазначається, що державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності спрямовується на недопущення прийняття економічно недоцільних і неефективних регуляторних актів, зменшення втручання держави у діяльність суб'єктів господарювання й усунення перешкод для розвитку господарської діяльності. Разом із тим слід наголосити на тому, що ми підтримуємо авторів, які вважають подібне формулювання не надто вдалим.

Використання негативної побудови речення «недопущення прийняття економічно недоцільних та неефективних регуляторних актів», а не позитивної побудови речення «забезпечення прийняття економічно доцільних та ефективних регуляторних актів» [4] може свідчити про те, що держава залишає за собою дещо більші межі для регулювання сфери господарювання, ніж насправді потрібно. На нашу думку, подібний підхід до організації державної регуляторної політики пояснює той факт, що, наприклад, українське податкове законодавство є одним із найбільш складних і «небезпечних» для суб'єктів господарювання, оскільки приховує у собі сотні підстав для покарання останніх представниками податкових органів.

За ступенем складності адміністрування податків Україна у щорічному рейтингу Всесвітнього банку міцно закріпилася у трійці найвідсталіших економік світу. Експерти банку підраховували, що український бізнес у тій

або іншій формі сплачує 135 різних податків, а у країнах Європейського Союзу кількість податків не перевищує десяти [5]. Все це негативним чином позначається на рівні економічного розвитку нашої країни. У зв'язку з цим надзвичайно актуальною є точка зору С. Братуся, який 80 років тому зазначав, що там, де точиться вода регулювання, загасає вогонь автономії [6]. Викладене свідчить, що українське адміністративно-господарське законодавство є, на жаль, таким, що не повною мірою відповідає як очікуванням суб'єктів господарювання, так і реальним потребам національної економіки, у зв'язку з чим воно має бути піддано ґрунтовному реформуванню.

Аналіз чинних нормативних актів, що регулюють форми та порядок участі суб'єктів публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах, огляд практики їх діяльності, а також вивчення наукової літератури дозволяє дійти висновку про можливість зарахування до переліку прямих (адміністративних) механізмів участі публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах інститут антимонопольного регулювання.

Антимонопольне регулювання є невід'ємним елементом забезпечення економічної безпеки держави, у зв'язку з чим нині воно здійснюється в усіх розвинутих країнах світу. Зазначений інститут бере свої витoki у США, де він функціонує з кінця XIX ст. Дещо пізніше, у середині XX ст., він запроваджений у країнах Західної Європи [7].

Оскільки даний інститут, з одного боку, розвивається вже протягом багатьох років, а з іншого – формується під впливом соціально-економічних і політичних особливостей кожної з країн, у межах якої він функціонує, стає зрозумілою наявність різних варіантів його назви. Так, на сьогодні у науковій літературі, а також нормативних актах вживаються такі дефініції, як «конкурентне регулювання (законодавство)», «антитрестове регулювання (законодавство)», «антимонопольне регулювання (законодавство)». Аналіз зазначених понять дозволяє погодитися з думкою вчених, які вважають, що всі перелічені категорії є синонімічними, за тією лише відмінністю, що кожна з них формувалася у різні історичні періоди [8]. У межах нашої країни поширення набув термін «антимонопольне регулювання», який тлумачиться вітчизняними авторами по-різному. Так, К. Тот'єв під антимонопольним регулюванням розуміє цілісну державну діяльність, що реалізується на підставі та у межах визначених чинним законодавством і спрямовується на вста-

новлення та реалізацію правил ведення економічної діяльності на товарних ринках із метою захисту добросовісної конкуренції, забезпечення ефективності ринкових відносин [9, с. 19]. У свою чергу, Л. Бадалов розуміє зазначену категорію як комплекс здійснюваних державою економічних, адміністративних і законодавчих заходів щодо забезпечення умов ефективного функціонування конкурентного ринку та недопущення його надмірної монополізації [10, с. 4].

Тлумачення згаданого поняття можна й на офіційному рівні, зокрема у Державній програмі демонополізації економіки та розвитку конкуренції, затвердженій Постановою Верховної Ради України від 21.12.1993 р. № 3757-ХІІ, де під антимонопольним регулюванням розуміється процес обмеження монопольної діяльності, що передбачає безпосереднє державне регулювання на конкретних монополізованих ринках, або діяльності конкретних монопольних утворень шляхом централізованого встановлення кількісних та якісних показників.

Аналіз наведених визначень, на нашу думку, дозволяє зробити висновок про їх недосконалість, яка пов'язана з тим, що вони не повною мірою відображають явище, яке описується. Їх основний недолік полягає у тому, що єдиним суб'єктом антимонопольного регулювання визнається держава. Подібний підхід, на сьогодні вже дещо застарів, оскільки нині доволі активно відбувається процес делегування державою частини своїх повноважень іншим, тобто недержавним суб'єктам. І якщо у сфері антимонопольного регулювання такий процес ще не розпочався, то це не означає, що для нього у даній сфері немає місця. У цьому плані ми підтримуємо думку тих науковців, які наголошують на необхідності зміни правового статусу Антимонопольного комітету України, пов'язаної з деконцентрацією покладених на нього функцій. Справа у тому, що нині у переважній більшості розвинутих країн антимонопольне регулювання здійснюється мінімум двома органами, повноваження між якими чітко розмежовані з метою недопущення дублювання діяльності та посилення взаємного контролю між ними [7]. Вважаємо, що саме за такою схемою могло б здійснюватися і реформування Антимонопольного комітету України, який міг би функціонувати паралельно з недержавною інституцією, покликаною виконувати, скажімо, спостережні функції, а Антимонопольний комітет України реалізовував би виконавчі та каральні повноваження. Необхідність такого кроку доволі чітко впливає хоча б з того фак-

ту, що Антимонопольний комітет України є складовим елементом системи центральних органів виконавчої влади, покликаним одночасно здійснювати контроль за діяльністю інших органів, що входять до цієї системи, у сфері дотримання ними антимонопольного законодавства. Зазначений підхід, на нашу думку, не дозволяє забезпечити повну об'єктивність і неупередженість функціонування Антимонопольного комітету України щонайменше у даній площині.

Ще яскравіше зазначена проблема проявляється у сфері функціонування національних комісій із регулювання природних монополій, які також відносяться до об'єктів нагляду Антимонопольного комітету України. Зазначені інспекції, як випливає із Закону України «Про природні монополії» від 20.04.2000 р. № 1682-ІІІ, очолює Президент України, який одночасно з цим призначає та звільняє за згодою Верховної Ради України Голову Антимонопольного комітету України. Ми вважаємо, що подібна схема керівництва діяльністю названих органів не гарантує їх незалежного функціонування, без якого навряд чи можна сподіватися на реалізацію в Україні ефективної антимонопольної політики.

Викладене свідчить, що антимонопольне регулювання слід було б розуміти як правотворчу та правозастосовну діяльність суб'єктів публічної адміністрації, у тому числі суб'єктів делегованих повноважень, спрямовану на формування в Україні конкурентного середовища, розвиток і захист чесної конкуренції, боротьбу з порушеннями антимонопольного законодавства.

Нині правова база інституту антимонопольного регулювання складається з великої кількості нормативних актів, яких, за інформацією Г. Лозової, за станом на 2000 р. налічувалося близько 600 [7]. Зрозуміло, що на сьогодні ця цифра вже значно збільшилася. Основними правовими актами у даній сфері є: закони України «Про антимонопольний комітет України», «Про захист економічної конкуренції», «Про захист від недобросовісної конкуренції», укази Президента України «Про Національний план дій на 2012 рік щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010–2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава», «Про заходи щодо забезпечення ефективності реалізації Програми економічних реформ на 2010–2014 роки «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» тощо.

Чільне місце серед правових актів, які закладають правову базу функціонування су-

б'єктів антимонопольного регулювання, займають також міжнародні правові акти, зокрема міждержавні угоди про узгодження антимонопольної політики. Як приклад можна назвати Договір між Кабінетом Міністрів України й Урядом Республіки Вірменія про співробітництво в галузі конкурентної політики, Договір між Урядом Російської Федерації та Кабінетом Міністрів України про співробітництво у сфері розвитку конкуренції тощо.

Доволі активно збільшується зазначений сегмент правових актів також під дією євроінтеграційної політики України, яка відповідно до Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» взяла на себе зобов'язання узгодити вітчизняні правила конкуренції з відповідним законодавством Європейського Союзу [11].

Слід згадати також про нормативні акти, що видаються Антимонопольним комітетом України. Зазначених актів налічується доволі багато і саме вони справляють найбільш негативний вплив на ефективність функціонування даного інституту. Йдеться про те, що всупереч положенням ч. 2 ст. 19 Конституції України діяльність Антимонопольного комітету України у значній кількості випадків визначається не законами, а його «власними» правовими актами. Так, Антимонопольний комітет України власним розпорядженням затвердив Положення про порядок подання заяв до Антимонопольного комітету України про попереднє отримання дозволу на концентрацію суб'єктів господарювання (Положення про концентрацію) (розпорядження Антимонопольного комітету України від 19.02.2002 р. № 33-р), тобто у даному випадку Антимонопольний комітет України самостійно конкретизував положення законів України «Про захист економічної конкуренції», «Про Антимонопольний комітет України», «Про оренду державного та комунального майна», «Про промислово-фінансові групи в Україні». Такі правові акти, на жаль, не завжди узгоджуються з принципами ринкової економіки, оскільки часто в органів виконавчої влади превалюють відомчі інтереси, а не потреби суб'єктів господарювання.

У зв'язку з викладеним необхідно підтримати висловлену у літературі пропозицію щодо кодифікації антимонопольного законодавства України, спрямовану на розроблення Антимонопольного кодексу України [7]. Позитивним є той факт, що над зазначеною проблемою працюють не лише науковці, а й представники влади. Йдеться про роботу над Конкурентним процесуальним кодексом Укра-

їни, концепція якого схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 18.03.2002 р. № 145-р. На думку розробників зазначеного кодексу завдання його має полягати у визначенні порядку провадження у заявах і справах про надання дозволу на узгоджені дії та концентрацію, порушення вимог конкурентного законодавства.

Слід зазначити, що потреби у створенні декількох кодексів немає. Більш логічною і послідовною, на нашу думку, є розроблення одного кодексу, який міг би містити у собі як матеріальні, так і процедурні аспекти інституту антимонопольного регулювання.

Розвиваючи думку про розбудову кодифікованого антимонопольного законодавства, необхідно в обов'язковому порядку визначитися з його правовою природою, оскільки саме вона є одним із тих чинників, що впливатиме на формування структури та змісту цього кодексу.

У переважній більшості випадків сучасні автори розглядають інститут антимонопольного регулювання, відповідно, і його правову базу крізь призму господарського права. Як наслідок, відносини, що виникають між державою та суб'єктами господарювання з приводу застосування до останніх антимонопольних заходів, називаються організаційно-господарськими. Спори ж, які виникають у межах таких відносин, належить розглядати у порядку господарського судочинства [12]. Така позиція пояснюється, зокрема, тим, що нібито господарське законодавство відносить державний контроль за господарською діяльністю до сфери господарських, а не публічних, відносин, що, як наслідок, виключає можливість розгляду таких спорів за правилами Кодексу адміністративного судочинства України.

З подібною постановкою питання погодитися не можна, оскільки повністю ігнорується та не враховується концепція публічно-правових відносин, яка знайшла доволі ґрунтовне розроблення у науковій літературі [13]. Аналіз правовідносин, які виникають між Антимонопольним комітетом України та суб'єктами господарювання (за їх суб'єктним складом, метою виникнення, предметом тощо), крізь призму згаданої концепції свідчить, що ці відносини є підвидом публічно-правових відносин, а тому спори, які виникають у даній сфері, можуть і повинні розглядатися за правилами адміністративного судочинства. Цей висновок настільки очевидний, що небажання його прийняти може пояснюватися лише неготовністю певних вітчизняних авторів відмовитися від так званої неорядянської концепції господарського права.

Висновки

Інститут антимонопольного регулювання – це публічно-правове утворення, один із адміністративних (примусових) механізмів участі публічної адміністрації в адміністративно-господарських відносинах. Зважаючи на викладене, а також з огляду на існування великої кількості правових актів, що закладають підґрунтя для реалізації суб'єктами публічної адміністрації антимонопольної політики, інститут антимонопольного регулювання, на нашу думку, вже набув ознак, які дозволяють віднести його до окремої підгалузі права, що має міститись у системі Особливої частини адміністративно-господарського права України.

Список використаних джерел

1. *Державне управління: Європейські стандарти, досвід та адміністративне право* / В. Б. Авер'янов, В. А. Дерезь, А. М. Школик та ін.; За ред. В. Б. Авер'янова. – К., 2007. – 288 с.
2. *Мельник Р. С.* Система адміністративного права України: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – 415 с.
3. *Тимошук В. П.* Адміністративні акти: процедура прийняття та припинення дії. – К., 2010. – 296 с.

Стаття надійшла до редакції 22.11.2012 р.

The article analyzes the content, purpose, and major deficiencies of the theoretical and legal support of the Institute of antitrust regulation. The necessity of the inclusion of this institution in the system of administrative law.

В статті аналізуються содержание, назначение, а также основные недостатки теоретического и правового обеспечения функционирования института антимонопольного регулирования, доказывається необходимость включения данного института в систему административно-хозяйственного права.

4. *Погрібняк М.* Уточнення сутності поняття «державна регуляторна політика у сфері господарської діяльності» // Юридический вестник. – 2006. – № 3. – С. 106–111.

5. *Бироваш М.* Обложили данью // Корреспондент. – 2012. – № 21. – С. 26–29.

6. *Братусь С.* К проблеме хозяйственно-административного права // Советское государство и революция права. – 1930. – № 11–12. – С. 146–167.

7. *Лозова Г.* Деякі аспекти конкурентної політики в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 10. – С. 105–107.

8. *Саниахметова Н.* Конкурентное законодательство в государствах с развитой рыночной экономикой // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 4. – С. 5–7.

9. *Тотьев К. Ю.* Конкуренция и монополия: Правовые аспекты регулирования. – М., 1996. – 264 с.

10. *Бадалов Л. М.* Антимонопольное регулирование национальной экономики. – М., 1999. – 100 с.

11. *Лук'янець В. С.* Шляхи адаптації антимонопольного законодавства України до конкурентного права ЄС // Часопис Академії адвокатури України. – 2011. – № 13. – С. 1–8.

12. *Удалов Т.* Оскарження рішень Антимонопольного комітету України // Юридичний журнал. – 2006. – № 7. – С. 108–111.

13. *Мельник Р. С.* Ще раз про сутність та ознаки публічно-правових відносин // Вісник Вищого адміністративного суду України. – 2008. – № 4. – С. 55–64.



УДК 342.95

Олександр Шевчук,*асистент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»*

КОНВЕНЦІЙНІ ДЖЕРЕЛА У СИСТЕМІ ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ З КОНТРОЛЮ ЗА НАРКОТИКАМИ: становлення та розвиток

У статті висвітлюються питання становлення та розвитку конвенційних джерел у системі законодавства України з контролю за наркотиками, аналізуються особливості такого контролю, обґрунтовується їх практичне значення.

Ключові слова: конвенції, джерела законодавства, наркотичні засоби та психотропні речовини і прекурсори, державний контроль.

На сьогодні однією з найважливіших проблем є боротьба з незаконним обігом наркотиків. Організація Об'єднаних Націй (далі – ООН) висловлює глибоку занепокоєність масштабами і тенденцією до зростання незаконного обігу наркотиків, які є серйозною загрозою для здоров'я людей, справляють негативний вплив на економічні, культурні та політичні засади суспільства. За приблизними підрахунками, у світі понад 250 млн осіб вживають наркотики. У поширенні наркоманії вирішальну роль відіграють підступні властивості наркотиків, що можуть тимчасово викликати ейфорію, галюцинації. небезпека поширення наркоманії зумовлюється згубним впливом останньої на свідомість психічно нестійких людей, їх мораль і спосіб життя, а також тісним зв'язком із злочинністю. Матеріальну, інтелектуальну та моральну шкоду, яку завдає суспільству наркоманія, неможливо підрахувати. Це лихо не минуло й Україну. Домінуючою тенденцією розвитку наркотичних проблем в Україні є постійне зростання зареєстрованої кількості хворих на наркотичну залежність. Вона перешкоджає прогресу суспільства, охоплює всі верстви населення, руйнує фізичне та моральне здоров'я молоді, загрожує стабільності генотипу України [1, с. 5], національній безпеці, є чинником, що сприяє вчиненню правопорушень.

Життя та здоров'я людей – найважливіші соціальні цінності, тому контрольній діяльності у сфері охорони здоров'я повинна приділятися належна увага. Однією з ключових сфер медицини є державний контроль за обігом наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів [2, с. 471]. Оскільки зазначений обіг підлягає заходам контролю, дослідження джерел системи законодавства у цій сфері є важливим, своєчасним та актуальним.

В юридичній науці окремим питанням державного контролю, дослідженню антинаркотичного законодавства приділяли увагу такі українські та зарубіжні вчені, як В. Авер'янов, О. Андрійко, Д. Бахрах, Ю. Битяк, В. Настюк, В. Гаращук, Є. Додін, С. Ківалов, С. Стеценко, Л. Вигівська, Ю. Махонін, М. Ходоковський, М. Селіванов, Н. Мірошніченко, Д. Штанько та ін. Однак вивчення системи джерел законодавства (конвенційних норм), що регламентують здійснення державного контролю у сфері обігу наркотичних засобів, залишилися поза увагою науковців.

Мета цієї статті – дослідження особливостей становлення та розвитку конвенційних норм законодавства в системі джерел права України, що регламентують здійснення державного контролю у сфері обігу наркотичних засобів і психотропних речовин.

Законодавство України у сфері обігу наркотичних засобів і психотропних речовин становить цілісну систему правових норм. Відомо, що найважливішою ознакою системи є структурованість. Отже, для розуміння системи законодавства у сфері наркотичних засобів потрібно насамперед з'ясувати її ієрархію, що формується на основі юридичної сили чинних нормативних актів і в основному визначається системою органів державної влади України й управління.

Серед національних правових джерел адміністративно-правового регулювання обігу наркотичних засобів в Україні виділяють: нормативно-правовий акт; нормативний-правовий договір; правовий звичай; правовий пре-

цедент (судовий і адміністративний) [3, с. 180]. Для цих джерел характерною є класифікація шляхом поділення їх на дві групи: національні та міжнародно-правові. Група міжнародно-правових джерел такого регулювання охоплює угоди (договори) різного рівня та юридичної сили. Першими серед національних джерел адміністративно-правового регулювання обігу наркотичних засобів та психотропних речовин і прекурсорів слід назвати нормативні акти. Ця група правових джерел досить значна. Всі вони утворюють нормативно-правовий масив, на основі якого в Україні здійснюється нормативно-правове регулювання обігу наркотичних засобів.

Основою сучасного правового регулювання обігу наркотичних засобів в Україні є міжнародно-правові акти. До міжнародно-правових джерел адміністративно-правового регулювання здійснення державного контролю за обігом наркотичних засобів, відносяться, перш за все, угоди, укладені або визнані Україною. Це, насамперед, *договори універсального характеру* (наприклад, Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16.12.1966 р., Конвенція Організації Об'єднаних Націй про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин (Віденська конвенція) від 20.12.1988 р. та ін.) і *регіонального значення* (Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. та ін.).

Початок контролю за розповсюдженням наркотиків за допомогою правових норм відноситься до XIX–XX ст. Першим кроком у цьому напрямі було скликання Шанхайської опіумної комісії, яка проходила в Шанхаї з 5 по 26 лютого 1909 р. На засіданнях опіумної комісії обговорювалися в основному питання, що відносяться до міжнародної торгівлі опієм, висловлювалися думки про необхідність регулювання торгівлі опієм та поступового її обмеження. Це був початок міжнародного контролю за поширенням наркотичних речовин [4, с. 10].

Процес встановлення міжнародного контролю над наркотиками відбувався всі роки XX ст., починаючи з першої в історії конвенції про наркотики, прийнятої на міжнародній конференції з опіуму в Гаазі (1912 р.) [5, с. 119]. Всі учасники конференції взяли на себе зобов'язання прийняти законодавчі акти, спрямовані на здійснення контролю за виробництвом і поширенням опіуму-сирцю, й обмежити кількість об'єктів, через які здійснюватиметься транспортування опіуму. Значимо, що у ній брали участь Росія, Португалія, Персія, Нідерланди, Японія, Італія, Англія, Франція, Китай, США, Німеччина, Індія.

У 1925 р. антинаркотична діяльність у світі привела до прийняття Міжнародної кон-

венції з опіуму та створення Центрального постійного комітету з опіуму. Через шість років у Женеві (13.06.1931 р.) підписана і вступила в дію у 1933 р. міжнародна Конвенція з обмеження виробництва та регулювання розподілу наркотичних засобів, було сформовано Контрольний орган з наркотичних засобів, уперше була здійснена спроба оцінити світові потреби лікарських наркотичних засобів та об'єктів їх дослідження. 28.06.1936 р. у Женеві укладена Конвенція про боротьбу з незаконним обігом небезпечних лікарських засобів. Завдяки політичним зусиллям Ліги Націй усі три конвенції прийнято в Женеві. Вони мали такі позитивні наслідки: світове виробництво наркотиків обмежено до обсягу, що задовольняє наукові та медичні потреби; введено системі контролю за дозволами на імпорт і експорт наркотиків; обґрунтоване встановлення суворих заходів у сфері незаконного обігу наркотиків [6].

Після Другої світової війни створена ООН, якій були передані повноваження та функції, що раніше виконувала Ліга Націй (Протокол 1946 р.). Протоколи ООН передбачали національний і міжнародний контроль за обігом деяких синтетичних лікарських засобів, що викликають звикання, крім наркотиків рослинного походження, які контролювались у попередні десятиліття (1948 р. і 1953 р.). Тепер право на експорт опію надавалося обмеженому списку держав. З цього часу в ООН наша країна посіла в політиці щодо контролю над наркотиками одне з перших місць [6].

У 40–50-х роках XX ст. була сформована міжнародна система контролю над наркотиками, яка потребувала істотного відновлення. Кардинально її модернізовано у 1961 р. із прийняттям Єдиної конвенції про наркотичні засоби; утворено Міжнародний комітет із контролю над наркотиками (далі – МККН). Засновано в ООН також інші організаційні структури, але Комісія з наркотичних засобів Економічної та Соціальної Ради ООН (далі – Комісія) стала вищим органом у цій галузі. Отже, механізм міжнародного контролю був спрощений із створенням МККН, який згодом став здійснювати контроль і над психотропними речовинами та прекурсорами.

Міжнародне антинаркотичне законодавство складається з трьох основних конвенцій ООН про контроль над наркотиками: Єдина конвенція про наркотичні засоби 1961 р.; Конвенція про психотропні речовини 1971 р.; Конвенція ООН про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин 1988 р. На сьогодні підписано 13 різних міжнародних конвенцій і протоколів, що регулюють виробництво, обіг і споживання наркотиків. Основні з них – Єдина Конвенція 1961 р., Конвенція 1971 р. і Конвенція 1988 р.,

які визначають «світовий порядок» у цій сфері ратифіковані відповідно 148, 131 і 101 державою, що свідчить про глобальний режим контролю над наркотиками. Дві перші з них присвячені легальному (законному) обігу наркотичних засобів, третя – заходам протидії їх незаконному обігу. Багато положень зазначених конвенцій схожі. Так, згідно із ст. 2 Єдиної Конвенції 1961 р. заходам контролю підлягають наркотичні засоби залежно від того списку, в який вони включені (список I, список II, список III або список IV). Згідно із ст. 3 Конвенції 1961 р. передбачена можливість зміни будь-якого із вказаних списків в окремих випадках, коли будь-яка Сторона або Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) нададуть Генеральному Секретареві ООН відповідні відомості. Якщо ВООЗ вважає, що певна речовина ще не включена в якийсь із списків, але може бути предметом зловживання та викликати такі самі шкідливі наслідки, що й наркотичні засоби, включені до списку I або до списку II, або може бути перетворена на наркотичний засіб, вона повідомляє про це у своєму висновку Комісії, яка може постановити, що дану речовину слід додати до списку I або до списку II. Аналогічний порядок щодо психотропних речовин встановлений ст. 2 Конвенції 1971 р. Крім того, відповідно до Конвенції 1971 р. істотно розширена сфера охоплення системи міжнародного контролю за наркотичними засобами, в яку включені галюциногени, стимулятори та седативно-гіпнотичні засоби.

Згідно із ст. 21 Єдиної Конвенції 1961 р. загальна кількість кожного наркотичного засобу, виготовленого та ввезеного будь-якою країною або територією протягом будь-якого року, не повинна перевищувати суми кількостей:

- спожитих для медичних і наукових цілей;
- використаних для виготовлення інших наркотичних засобів, препаратів, включених до списку III, і речовин, на які не поширюється Єдина Конвенція 1961 р.;
- вивезених засобів;
- доданих до складських запасів із метою доведення таких до дозволеного рівня;
- придбаних для спеціальних цілей.

Статтею 29 Єдиної Конвенції 1961 р. встановлено, що виготовлення наркотичних засобів здійснюється за ліцензіями (за винятком випадків, коли виготовлення здійснюється державними підприємствами). Сторони Конвенції зобов'язані контролювати всіх осіб і підприємства, що виготовляють наркотичні засоби; підприємства та приміщення, в яких таке виготовлення може мати місце; вимагати, щоб виготовлювачі наркотичних засобів отримували періодичні дозволи з точ-

ним зазначенням видів і кількостей наркотичних засобів, які вони мають право виготовляти. Аналогічні положення і щодо психотропних речовин містить ст. 8 Конвенції 1971 р.

Відповідно до ст. 30 Єдиної конвенції 1961 р. та статей 8–10 Конвенції 1971 р. торгівля цими засобами та речовинами, їх розподіл також мають здійснюватися за ліцензіями (за винятком державних підприємств). Крім згаданих заходів контролю, Сторони зобов'язані вимагати пред'явлення медичних рецептів для доставки або видачі наркотичних засобів або психотропних речовин окремим особам (крім випадків здійснення дозволених терапевтичних функцій). Сторони повинні вимагати, щоб на етикетках, під якими наркотичні засоби надходять у продаж, точно вказувалося в одиницях ваги чи у відсотках вміст наркотичних засобів (вимога може не застосовуватися до наркотиків, що відпускаються за рецептом лікаря).

Згідно із ст. 31 Єдиної Конвенції 1961 р. та ст. 12 Конвенції 1971 р. Сторони повинні контролювати за допомогою ліцензій ввезення та вивезення наркотичних засобів і психотропних речовин; у всіх осіб і підприємств, що здійснюють таке ввезення або вивезення, необхідно вимагати отримання окремого свідоцтва на ввезення або дозволу на вивезення для кожного випадку. Перед видачею дозволу на вивіз Сторони вимагають подання ввізного свідоцтва, виданого владою країни, яка ввозить, в якому має бути засвідчено, що ввезення зазначеного в ньому наркотичного засобу або психотропної речовини дозволене.

Статтею 4 Конвенції 1971 р. встановлено, що стосовно психотропних речовин (крім включених до списку I) Сторони можуть дозволити: особам, які подорожують із однієї країни в іншу, мати при собі для особистого користування невелику кількість препаратів (кожна Сторона має право впевнитися в тому, що вони отримані законним шляхом); використання таких речовин у промисловості для виготовлення не психотропних речовин, застосування до них заходів контролю до тих пір, поки такі психотропні речовини не набудуть такого стану, за якого практично не матиме місця зловживання цими речовинами або їх вилучення; використання таких речовин при дотриманні відповідних заходів контролю.

Крім того, у Єдиній Конвенції 1961 р., присвяченій наркоманії, йдеться про три основні фактори шкоди, що наркотики завдають суспільству: *соціальний* – суспільство втрачає своїх найбільш активних, у розквіті сил громадян, що завдає йому виражений соціальний і економічний збиток; *медичний* – розвивається психічна та фізична залежність від наркотику, завдається шкода суспільству, роди-

ні, самому наркоману; *юридичний* – пропозиція світової спільноти переслідувати в кримінальному порядку всіх осіб, пов'язаних із незаконним обігом наркотиків.

Висновки

Процес становлення конвенційних джерел у системі законодавства України з контролю за наркотиками можна розділити на етапи: *перший* – 1909–1939 рр. – встановлення міжнародного контролю над наркотиками; *другий* – 1940–1960 рр. – формування міжнародної системи контролю над наркотиками, що потребувало істотного відновлення; *третій* – з 1961 р. по теперішній час – сучасна система міжнародного контролю за наркотиками.

Конвенції ООН із наркотиків мають велике практичне значення, адже вони:

є єдиною основою для законодавства з наркотиків у більшості країн;

вводять у всьому світі адміністративний контроль за обігом небезпечних для здоров'я засобів, що викликають залежність;

є перешкодою для неконтрольованої торгівлі наркотиками;

підтримують систему збору даних про стан справ у тому, що стосується наркоситуації;

є юридичною основою для міжнародної співпраці поліції та митних служб;

пропонують шляхи для обміну досвідом про те, як відбувається зловживання різними речовинами, що викликають сп'яніння, про небезпечні для здоров'я наслідки, про нові форми зловживання;

є перешкодою на шляху зусиль деяких країн легалізувати наркотики як засіб на солоди.

Запропонований аналіз особливостей конвенційних джерел у системі законодавства України з контролю за наркотиками може стати підґрунтям для подальшого теоретичного дослідження, сприятиме усуненню протиріч при здійсненні державного контролю в цій сфері та протидії незаконному обігу наркотичних засобів, поширенню наркоманії, а також у подальшому вдосконаленню антинаркотичного законодавства України.

Список використаних джерел

1. *Організований наркобізнес* (поняття, форми, підстави кримінальної відповідальності) / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, Л. В. Дорош та ін.; За ред. Ю. В. Бауліна, Л. В. Дорош. – Х., 2005. – 256 с.

2. *Стеценко С. Г.* Адміністративне право України. – К., 2009. – 640 с.

3. *Загальна теорія держави і права* / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін. – Х., 2010. – 584 с.

4. *Анисимов Л. Н.* Наркотики: правовий режим. – Л., 1972. – 143 с.

5. *Ходковський М. Б.* Розвиток конвенційних норм міжнародного права, які регулюють вироблення, розподіл і застосування наркотичних речовин // Вісник Київськ. ун-ту. Серія право. – 1969. – № 9. – С. 119–125.

6. *Участь України в міжнародному співробітництві з контролю за наркотиками* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.ukrainianpravo.narod.ru/probemi_borotbi_z_zlochinnstyu/uchast_ukrani_v_mzhnarodnomu_spvrobtntstv_z_kontrolyu_za_narkotikami/.

Стаття надійшла до редакції 04.02.2013 р.

The article is devoted to the topical questions of formation and development of conventional sources in the system of legislation on drug control in Ukraine. Detailed features for control, specified in the conventions and justified their practical value.

В статье рассматриваются вопросы становления и развития конвенционных источников в системе законодательства Украины по контролю за наркотиками, анализируются особенности такого контроля, обосновывается их практическое значение.



УДК 342.95:330.322

Марія Чернуха,

аспірантка

Національного університету біоресурсів і природокористування України

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

У статті аналізується вітчизняна правова система у сфері регулювання інвестиційної діяльності з урахуванням зарубіжного досвіду систематизації інвестиційного законодавства, пропонуються шляхи вдосконалення інвестиційного законодавства України.

Ключові слова: інвестиції, інвестиційна діяльність, інвестиційний процес, інвестиційне законодавство.

Вихід із глибокої соціально-економічної кризи неможливий без кардинального збільшення інвестицій у реальний сектор економіки, а створення надійної та керованої системи залучення інвестиційних ресурсів, що забезпечить економічне зростання, є однією з ключових проблем сучасного етапу економічного розвитку України. У рамках вирішення цієї проблеми на особливу увагу заслуговує питання вдосконалення державного регулювання інвестиційної діяльності.

Теоретичним і практичним питанням державного регулювання економіки, у тому числі інвестиційної діяльності, присвячено чимало праць вітчизняних і зарубіжних учених — Л. Абалкіна, І. Бланка, О. Вінник, Н. Вознесенської, М. Денисенка, Дж. Коля, К. Комарова, Л. Ляндау, Дж. МакКея, А. Омельченка, П. Оля, Н. Орлової, А. Пересади, О. Поважного, Г. Подшиваленка, Ю. Притики, І. Сергєєва, Ю. Тихомирова, В. Чернадчука, А. Чернієнка, С. Чистова, М. Чумаченка, В. Шевчука та ін.

Науковці зазначають, що інвестиційне законодавство в Україні має певні вади: відсутність чіткого механізму виконання законодавчо-нормативних актів; суперечливість, неоднозначність, плутанина в чинному законодавстві, що призводить до зловживання та порушень; відсутність чіткого механізму відносин між наявними складовими інвестиційної інфраструктури [1, с. 201–203].

Розвиток законодавства України, що відбувається відповідно до розвитку суспільних відносин та усвідомлення його змістовних особливостей суб'єктами законодавчої ініціативи, відбувається циклічно. Іншими словами, на одному етапі законодавець, намагаючись задовольнити потреби суспільного розвитку, створює численні нормативно-правові акти, не вдаючись до проблематики їх системно-структурної гармонізації. Через певний час, коли у практиці нормозастосування з'ясовуються численні дефекти такого законодавства,

законодавець змушений зосередитися на систематизації накопиченого нормативного матеріалу, нормативно-правових джерел.

Сьогодні Закону України «Про інвестиційну діяльність» кореспондують положення близько 200 законодавчих і підзаконних нормативних актів України. На думку деяких вітчизняних науковців, такий великий масив законодавчих і підзаконних нормативних актів зумовлює необхідність створення Інвестиційного кодексу України, роль якого на сучасному етапі відіграє Закон України «Про інвестиційну діяльність». Інвестиційний кодекс повинен відображати економічну стратегію держави, спрямовану на інноваційну модель розвитку, створити необхідну законодавчу базу для подальшої нормотворчої та правозастосовної практики, містити механізм організаційного здійснення інвестиційних відносин, відповідати вимогам ринкової економіки та цивілізованого суспільства. На особливу увагу заслуговує економічно й юридично виражена система інвестиційно-процесуальних норм, які мають забезпечувати реалізацію інвестиційних норм і норм безпеки матеріального права, захист та охорону прав на власність. Особливістю Інвестиційного кодексу має бути те, що він покликаний стати інтегруючою основою для розвитку вітчизняного інвестиційного законодавства у сфері безпеки інвестиційних взаємовідносин [2, с. 234–238].

На думку В. Кудрявцевої, за рівнем, масштабом і системним характером цілеспрямованого правового регулювання суспільних відносин, що виникають у процесі функціонування інвестиційного ринку, і відносин, що виникають у процесі здійснення державою інвестиційної політики щодо інвестиційного ринку як функціонального її обов'язку, які в комплексі утворюють єдиний, складний, специфічний тип господарсько-виробничих і господарсько-організаційних відносин, логічно передбачають лише системний формат їх законодавчої врегульованості, що можна досяг-

ти тільки шляхом кодифікації інвестиційного законодавства України.

Кодифікація інвестиційного законодавства України, базуючись на врахуванні всіх суспільно значущих чинників, що визначають стан і динаміку інвестиційного ринку, має спрямовувати свій регулятивний вплив на виконання завдань національної інвестиційної політики шляхом закріплення та стабілізації правового інвестиційного порядку в Україні [3, с. 175–183].

Обґрунтування необхідності будь-якої кодифікації законодавства у сфері господарських правовідносин логічно передбачає визначення її політичних, економічних і техніко-юридичних завдань [4, с. 265].

Політичними завданнями кодифікації інвестиційного законодавства слід вважати інтеграцію національного правового інвестиційного порядку до міжнародної системи функціонування інвестиційного ринку та його правового регулювання з максимально можливим забезпеченням національних інтересів в інвестиційній сфері; здійснення зовнішньополітичної та зовнішньоекономічної «декларації» щодо стабілізації національного правового інвестиційного порядку на новій модернізованій та уніфікованій нормативно-правовій основі; правове закріплення балансу інтересів, що виникають в інвестиційній сфері на національному ринку між основними національними й іноземними учасниками інвестиційної діяльності; використання переваг для українського інвестиційного ринку, пов'язаних із участю у міжнародному інвестиційному ринку через використання доступу до міжнародних інвестиційних ресурсів, та мінімізація негативів такої участі у вигляді впливу світових криз, створення інвестиційної залежності національних секторів економіки, які утворюють загрозу національній інвестиційній та економічній безпеці [4, с. 271].

Економічними завданнями кодифікації інвестиційного законодавства є створення дієвого, законодавчо закріпленого механізму формування та реалізації інвестиційної політики держави, переведення її у склад найактуальніших напрямів економічної політики; стимулювання інвестиційних процесів із боку національних та іноземних учасників інвестиційної діяльності шляхом закріплення та стабілізації правового інвестиційного порядку на модернізованій законодавчій основі; цілеспрямоване зменшення господарсько-правовими засобами рівня трансакційних витрат та інвестиційних ризиків, що виникають у процесі інвестиційної діяльності; стимулювання інвестиційних процесів за рахунок впровадження нових правових форм інвестування, зокрема, в межах державно-приватного партнерства; створення чітких і прозорих правових механізмів акумуляції інвестиційного потенціалу; запровадження ефективних правових засобів і механізмів репатріації

до України офшорних капіталів вітчизняного походження; здійснення ефективного державного контролю за доцільністю й ефективністю процесів інвестування з України національними інвесторами; створення організаційно-господарського механізму протидії та мінімізації наслідків світових криз в інвестиційній сфері відносно національного інвестиційного ринку; створення дієвого господарсько-правового механізму забезпечення інвестиційної безпеки національної економіки, перш за все у зв'язку із створенням залежності національних ринків.

До *техніко-юридичних завдань кодифікації інвестиційного законодавства* України (традиційних і спеціальних) слід віднести такі:

- до традиційних – подолання колізій, повторень, усунення застарілих положень, встановлення єдиних універсальних принципів правового регулювання інвестиційних відносин і гарантій, що надаються їх учасникам; уніфікацію дефінітивного апарату та господарсько-правових засобів регулювання як господарсько-виробничих, так і організаційно-господарських інвестиційних відносин;

- до спеціальних: застосування пандектної системи структурування нормативно-правового матеріалу, що кодифікується, з метою максимального наближення інструментально-правового підходу до досягнення соціально-економічних цілей інвестиційного законодавства; врахування особливостей системно-структурного співвідношення підгалузевої кодифікації інвестиційного законодавства, що пропонується, з існуючими джерелами законодавства України, що має відбуватися через визначення місця такої кодифікації у форматі вертикальних, горизонтальних і діагональних «відносин» між цими джерелами; усунення прогалин у законодавчому регулюванні інвестиційних відносин, що потребують урегульованості саме на рівні законів України й які доцільно здійснити саме в межах кодифікації [5, с. 178–179].

Методологічними засадами правового регулювання інвестиційних відносин, що визначають, насамперед, його соціальну ефективність та мають бути враховані в процесі кодифікаційних робіт у сфері інвестиційного законодавства, слід визнати [5, с. 181–183]:

- урахування складної природи інвестиційних правовідносин, що одночасно передбачає єдність їх законодавчого врегулювання, а саме – відносин господарсько-виробничого й організаційно-господарського типів і, зокрема, майново-господарських та організаційно-господарських зобов'язальних, а також корпоративних і організаційно-установчих правовідносин. До цього комплексу правовідносин необхідно віднести також інвестиційні правовідносини з іноземним елементом, а також ті, що впливають із міжнародно-правових зобов'язань України в інвестиційній сфері;

- урахування системного характеру відносин, що виникають у процесі функціонування інвестиційного ринку та необхідності законодавчого закріплення і врегулювання всіх основних внутрішніх і найбільш впливових зовнішніх елементів-чинників такого ринку, всіх системоутворюючих відносин між ними, закріплення інвестиційного ринку як ієрархічної системи інвестиційних відносин, що і має виступати як інтегрований об'єкт законодавчого регулювання;

- урахування через спрямованість і зміст законодавчого регулювання інвестиційних відносин завдань довгострокової інвестиційної політики держави як самостійного напрямку її економічної політики й як компонентів відповідно структурно-галузевої, бюджетної грошово-кредитної та інших її напрямів;

- кодифікацію інвестиційного законодавства, яка має стати системним нормативно-правовим джерелом спрямування та координації багатofункціональної ролі держави в інвестиційній сфері з урахуванням великої кількості суб'єктів організаційно-господарських повноважень, а також інвестиційної політики, що є складовою інших самостійних напрямів державної економічної та соціальної політики. У зв'язку з цим існує нагальна соціальна потреба в правовій консолідації напрямів і засобів державного впливу на інвестиційні відносини.

Слід зазначити, що інвестиційні кодекси прийняті у низці країн Африки (Алжирська Народна Демократична Республіка, Центральна Африканська Республіка, Народна Республіка Конго та ін.), а серед країн пострадянського простору – у Республіці Білорусь (Інвестиційний кодекс Республіки Білорусь від 22.06.2001 р.).

Дискусії щодо необхідності розроблення та прийняття Інвестиційного кодексу точаться й у Російській Федерації. Так, В. Мартем'янова вважає, що Інвестиційний кодекс конче необхідний, перш за все, суб'єктам інвестиційної діяльності, аби вони при вкладенні своїх коштів в об'єкти інвестиційної діяльності були захищені від некомерційних ризиків (політичні ризики, зміна законодавства, необґрунтоване втручання державних органів і посадових осіб у господарську діяльність інвестора).

Народним депутатом України III скликання О. Пухкалом на розгляд Верховної Ради України був внесений проект Інвестиційного кодексу України (07.02.2002 р.), загальна частина якого дублювала Закон України «Про інвестиційну діяльність» від 18.08.1991 р., а особлива була побудована на Законі України «Про інститути спільного інвестування (пайові та корпоративні інвестиційні фонди)» від 15.03.2001 р.

На нашу думку, захист прав і законних інтересів інвесторів за відсутності механізму реалізації не здатний забезпечити навіть ко-

дифікований закон. З позицій створення належних умов для здійснення інвестиційної діяльності не є принциповим питання щодо надання Закону України «Про інвестиційну діяльність» статусу кодифікованого закону. Більш значущим є вдосконалення норм цього законодавчого акта з метою приведення його у відповідність із існуючою міжнародно-правовою практикою регулювання інвестиційних відносин.

Удосконалення законодавства у сфері регулювання інвестиційної діяльності має базуватися на наукових принципах і здійснюватися із використанням наукових методів. У теорії держави і права нормативно-правовий акт визначається як офіційний акт правотворчості, що містить норми права, які встановлюються, змінюються чи припиняються державою залежно від конкретних економічних, соціальних, національних і міжнародних відносин у конкретний історичний період. Отже, правотворча діяльність – це така державна діяльність, яка полягає у створенні норм права, а також у вдосконаленні та скасуванні застарілих правових норм [6, с. 178–183].

Інвестиційну діяльність регулює значна кількість нормативно-правових актів, що створюються різними суб'єктами державної правотворчості, мають неоднакову юридичну силу, різняться за дією у часі та просторі, поширюються на різне коло суб'єктів. Тому цілком природно, що з часом між ними виникають протиріччя. Кількісне зростання нормативного матеріалу створює труднощі з його застосуванням. Вихід із такої ситуації, що порушує оптимальні засади правового регулювання інвестиційних відносин, полягає у систематизації інвестиційного законодавства.

Систематизація законодавства має на меті стабілізацію правопорядку, перетворення нормативно-правового регулювання на інструмент, що забезпечує нормальне функціонування всіх сфер суспільного життя. Адже, якщо мати не систему, а лише масив джерел правових норм, то оцінка соціального призначення права, у тому числі законодавства, у суспільстві значно ускладниться.

Систематизація нормативно-правових актів (законодавства) – це діяльність, спрямована на впорядкування й удосконалення правових норм. У результаті систематизації усуваються протиріччя між правовими нормами, скасовуються чи змінюються застарілі норми, створюються нові, більш досконалі, такі, що відповідають потребам суспільного розвитку [6, с. 178–183]. Є три основні форми систематизації нормативно-правових актів: кодифікація, інкорпорація та консолідація. Цей поділ базується на відмінностях у процесі впорядкування правового матеріалу.

Кодифікація – це найбільш складна та досконала форма систематизації законодавства, яка здійснює як зовнішню, так і внут-

рішню обробку актів. У процесі кодифікаційних робіт здійснюється не лише класифікація нормативних актів, а й внесення до їх змісту суттєвих змін і доповнень, що скасовують застарілі принципи та норми, створення нових. Вона може здійснюватися лише правотворчими органами держави та є різновидом правотворчості [7, с. 178–183].

Кодифікація – це діяльність правотворчих органів держави із створення нового, зведеного, систематизованого нормативно-правового акта, яка здійснюється шляхом глибокої й усебічної переробки чинного законодавства та внесення до нього нових суттєвих змін. У процесі кодифікації до проекту створюваного акта включаються чинні норми, що не втратили свого значення, та новостворені норми, які забезпечують якісні зміни у регулюванні певної сфери суспільних відносин. Шляхом кодифікації створюється єдиний, юридично та логічно цілісний, внутрішньо узгоджений нормативно-правовий акт.

Інкорпорація базується лише на зовнішній систематизації або простій класифікації нормативних актів без зміни їх змісту. Так, при зовнішній обробці нормативно-правові акти розташовуються у певному порядку: алфавітному, предметному, хронологічному, тобто досягається їх зовнішня впорядкованість.

Консолідація – це така форма систематизації, за якої відбувається об'єднання декількох нормативно-правових актів, що регулюють певну сферу суспільних відносин, в єдиний зведений нормативно-правовий акт. При цьому норми права, які входять до складу попередніх актів, викладаються у логічній послідовності, усуваються повтори та протиріччя, можлива навіть нова редакція деяких статей. Проте консолідація не вносить суттєвих змін у правове регулювання суспільних відносин, що споріднює її з інкорпорацією, хоча для консолідації характерні певні ознаки, які притаманні кодифікації. Вона використовується там, де відсутня необхідність чи можливість кодифікації. В цих випадках консолідація є ефективним засобом для об'єднання однорідного нормативного матеріалу, скорочення кількості актів і поліпшення форми правового регулювання.

Проблему недосконалості законодавства у сфері регулювання інвестиційної діяльності ми пропонуємо вирішити шляхом здійснення науково обґрунтованої систематизації нормативно-правових актів, що дозволить правотворчому органу у найкоротший термін оці-

нити весь масив чинного законодавства у згаданій сфері, більш успішно та з найменшою втратою сил і засобів виявити неузгодженість, протиріччя, прогалини правового регулювання, вжити заходи щодо їх усунення.

Систематизація інвестиційного законодавства дозволить впорядкувати й удосконалити правові норми відповідно до потреб суспільного розвитку. Найбільш складною, досконалою й ефективною формою систематизації у сфері регулювання інвестування має стати кодифікація, що здійснюється шляхом глибокої та всебічної переробки чинного законодавства та внесення до нього нових суттєвих змін. Слід зазначити, що кодифікація інвестиційного законодавства не має зводитися до надання Закону України «Про інвестиційну діяльність» статусу кодифікованого закону. Вона покликана привести інвестиційне законодавство у відповідність із існуючою міжнародно-правовою практикою регулювання інвестиційних відносин.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що оскільки розроблення та прийняття Інвестиційного кодексу України є складною та тривалою процедурою, а брак інвестицій – нагальною проблемою, правотворчий орган невідкладно має здійснити консолідацію чинного інвестиційного законодавства, що стане ефективним засобом для поєднання однорідного нормативного матеріалу, скорочення кількості актів та поліпшення форми правового регулювання інвестиційної діяльності.

Список використаних джерел

1. *Інвестування* / В. М. Гриньова, В. О. Коюда, Т. І. Лепейко, О. П. Коюда; За ред. В. М. Гриньової. – Х., 2004. – 404 с.
2. *Кочева Л. І., Кочевой М. М.* Економіко-правове забезпечення безпеки інвестиційних відносин // Научно-технический сборник. – О., 2004. – № 70. – С. 234–238.
3. *Кудрявцева В. В.* Кодифікація інвестиційного законодавства України як засіб забезпечення економічного суверенітету. – Х., 2009. – С. 134–136.
4. *Кабрияк Р.* Кодификации / Пер. с франц. – М., 2007.
5. *Кудрявцева В. В.* Концептуальні засади кодифікації інвестиційного законодавства України // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2009. – № 17. – С. 175–185.
6. *Общая теория права и государства* / Под ред. В. В. Лазарева. – М., 2001. – 343 с.
7. *Хропанюк В. Н., Стрекозов В. Г.* Теория государства и права. – М., 2008. – 384 с.

Стаття надійшла до редакції 26.02.2013 р.

It is analysed national legal system in sphere of regulation of investment activity, foreign experience of ordering investment legislations is considered, are offered by the author of a way of improvement of the investment legislation of Ukraine.

В статті аналізується отечественная правовая система в сфере регулирования инвестиционной деятельности с учетом зарубежного опыта систематизации инвестиционного законодательства, предлагаются пути совершенствования инвестиционного законодательства Украины.



УДК 347.998.85

Олександр Мартян,*здобувач кафедри адміністративного права
та організації адміністративної діяльності
Національної академії внутрішніх справ*

АДМІНІСТРАТИВНЕ СУДОЧИНСТВО В СИСТЕМІ ПОНЯТЬ АДМІНІСТРАТИВНОЇ НАУКИ

У статті досліджується поняття «адміністративне судочинство», висвітлюються проблемні питання визначення сутності адміністративного процесу та його ознак.

Ключові слова: судочинство, процес, адміністративне судочинство, адміністративний процес, адміністративна юрисдикція.

Розуміння сутності адміністративного процесу та його ознак є надзвичайно важливим не лише з теоретичної, а й практичної точок зору, оскільки дозволить уникнути помилок при розмежуванні юрисдикції адміністративних судів із господарськими та судами загальної юрисдикції. При цьому необхідно дослідити та визначити генезу поняття «адміністративне судочинство».

У вітчизняній науці тема адміністративного судочинства добре розроблена та вивчена. Питанням сутності адміністративної юстиції й адміністративного процесу присвятили свої дослідження такі вчені, як Ю. Педько, А. Руденко, Ю. Георгієвський, А. Горошко, Н. Задирака та ін.

Метою цієї статті є аналіз наявних у науці розбіжностей стосовно понять «адміністративний процес» і «адміністративне судочинство», а також визначення їх сутності.

У науковій думці немає єдності стосовно поняття «адміністративне судочинство». На думку Ю. Педько, у юридичній літературі щодо адміністративного процесу тривалий час існувала думка про його нетрадиційність, на відміну від судових (цивільного та кримінального) процесів. Як правило, в літературі робився акцент на тому, що адміністративний процес (у широкому розумінні) охоплює або формалізує всю діяльність органів виконавчої влади. У вузькому розумінні адміністративний процес деякі автори намагалися пов'язати з вирішенням органами виконавчої влади окремих категорій справ: про застосування адміністративно-примусових заходів; про адміністративні правопорушення тощо. Окремі автори, навпаки, наполягали на тому, що адміністративний процес існує тільки в судових органах під час розгляду адміністративно-правових справ [1, с. 137–138].

О. Кузьменко та Т. Гуржій зазначають, що представники різних теоретичних шкіл демонструють майже протилежні підходи до детермінації адміністративного процесу. Його розуміють лише як судовий розгляд справ про адміністративні проступки або як багатогранність виконавчо-розпорядчої діяльності публічної адміністрації [2, с. 5].

У вітчизняній правовій парадигмі окреслились три основні концепції адміністративного процесу: *юрисдикційна, судова й управлінська*.

У рамках юрисдикційної (або так званої вузької) концепції адміністративний процес розглядається як регламентована законом діяльність із розв'язання суперечок між сторонами адміністративних правовідносин, що не перебувають між собою у відносинах службового підпорядкування, а також діяльність із застосування заходів адміністративного примусу. Прихильники цих ідей вбачають в адміністративному процесі своєрідний аналог кримінального та цивільного процесів. Іншими словами, адміністративний процес пропонується розуміти як законодавчо впорядковану діяльність із вирішення справ про адміністративні проступки, а також розгляду скарг на неправомірні дії (рішення) органів державної влади, не пов'язані із службовим підпорядкуванням.

Послідовники юрисдикційної концепції вважають, що нормативно-регламентована діяльність з вирішення конфліктів між суб'єктами адміністративних правовідносин – це завжди адміністративний процес. Наріжним каменем юрисдикційної концепції є загальне положення, відповідно до якого юридичний процес існує лише там, де наявний конфлікт із приводу права.

Прихильники судової концепції адміністративного процесу виходять із того, що будь-яка процесуальна діяльність є винятковою

прерогативою органів судової влади. Як і послідовники юрисдикційної концепції, своє уявлення про адміністративний процес вони будують на основі аналогії з двома «традиційними» видами юридичного процесу: кримінальним і цивільним. Проте, якщо перші таку аналогію вбачають у «конфліктному» характері юридичних справ, що підлягають процесуальному вирішенню, то другі виходять із ідеї їх обов'язкової судової підвідомчості.

Управлінська концепція адміністративного процесу отримала найбільше визнання у вітчизняній правовій теорії. Її прихильники наполягають на тому, що адміністративний процес не повинен і не може обмежуватися роллю організаційно-правового «регулятора» юридичних конфліктів. Межі функціонування адміністративного процесу, крім власне юрисдикційної сфери, поширюються на все розмаїття управлінських (неконфліктних) справ. Представники цієї наукової течії формують різні визначення поняття «адміністративний процес». Їх загальний сенс можна звести до такого положення: адміністративний процес – це діяльність суб'єктів владних повноважень із приводу реалізації ними законодавчо встановленого порядку застосування кореспондуючих матеріальних норм права [2, с. 6–13].

Викладене свідчить, що наведені точки зору стосовно поняття «адміністративний процес» суттєво різняться. Щоб краще зрозуміти питання сутності адміністративного процесу необхідно звернутися до поняття «предмет адміністративного процесу».

О. Кузьменко вважає, що, на думку однієї групи вчених, предмет регулювання адміністративно-процесуальних норм обмежується лише тими суспільними відносинами, які виникають із приводу вирішення конфліктних ситуацій при розгляді суб'єктами адміністративної юрисдикції індивідуальних адміністративних справ. У юридичній літературі таке сприйняття предмета адміністративно-процесуального права дістало назву «вузького» або «юрисдикційного».

Щодо управлінської концепції зазначається, що предмет адміністративно-процесуального права охоплює не лише суспільні відносини з приводу вирішення суб'єктами адміністративної юрисдикції конфліктних ситуацій у процесі розгляду ними індивідуальних адміністративних справ, а й фактичні відносини, що виникають у сфері реалізації адміністративно-правових норм при вирішенні справ неконфліктного характеру.

Згідно з третім підходом до розуміння адміністративного процесу (так звана судова концепція) предметом адміністративно-процесуального права є суспільні відносини, що

виникають із приводу вирішення індивідуальних адміністративних справ у адміністративних судах [3, с. 76–85].

Наукові дискусії, присвячені сутності адміністративного процесу, сформували два підходи до його розуміння – вузький і широкий. Вузький підхід пов'язаний із трактуванням адміністративного процесу як діяльності щодо вирішення спорів і вжиття заходів адміністративного примусу. Найбільш рельєфно ця позиція відображена у працях Н. Саліщевої, яка зазначала, що адміністративний процес у правовому змісті – це порядок здійснення юрисдикції та застосування процесуальних норм, що починається виключно у разі виникнення спору та необхідності проведення юрисдикційної оцінки тієї чи іншої дії. Широке розуміння адміністративного процесу пов'язане з визнанням того, що ним охоплюється будь-яка діяльність із реалізації матеріальних норм адміністративного права, тобто адміністративний процес виступає як порядок реалізації адміністративно-правових норм під час вирішення конкретних управлінських справ. Представники таких поглядів виходять із загальнометодологічного розуміння процесу як засобу існування матеріального закону у сукупності форм діяльності уповноважених суб'єктів. На базі цієї теоретичної концепції вони обґрунтовано доводять, що адміністративний процес не обмежується межами примусових юрисдикційних заходів, а розглядається як система дій (адміністративних актів, управлінських рішень), які здійснюються органами управління з використанням установлені компетенції та спрямовані на вирішення поставлених завдань і досягнення управлінських цілей.

Разом із тим сутність адміністративного процесу не зводиться лише до додержання відповідних правил належного поведіння суб'єктів і здійснення позитивної управлінської діяльності. У необхідних випадках вживаються і примусові заходи, передбачені санкціями матеріальних норм, які встановлюють адміністративну відповідальність за вчинення правопорушень [4, с. 267].

Д. Бахрах вважає, що адміністративний процес подібний до таких юридичних процесів, як кримінальний, цивільний, законодавчий, бюджетний. Він ототожнює його з управлінською діяльністю з визначеними особливостями, але вважає, що адміністративний процес має ознаки юридичного: «це різновид владної діяльності суб'єктів виконавчої влади». На думку В. Колпакова, ця точка зору найповніше відповідає сучасним уявленням про адміністративний процес, де склалися та використовуються поняття законодавчого, бюджетного, земельного, правозастосовного процесів [4, с. 12–14]. Зокрема, В. Колпаков за-

значає, що саме широке розуміння адміністративного процесу відповідає сучасним напрямкам розвитку правової науки, втіленим у Концепції адміністративної реформи, принципам трансформації державного управління в дієвий інструмент реалізації громадянами своїх прав і свобод, захисту людини від неправомірних дій і адміністративних актів із боку органів управління й їх службовців.

Заслуговує на увагу точка зору Ю. Педько, який вважає, що переконливим є твердження про неможливість ототожнення адміністративного процесу й адміністративної юстиції. Таким чином, слід погодитись із висловлюванням, згідно з яким адміністративна юстиція є складовою адміністративного процесу із застереженням, що ми розглядаємо адміністративну юстицію у вузькому значенні, тобто лише як процес вирішення адміністративного спору в спеціалізованих адміністративних судах [1, с. 140].

Ю. Педько дає своє визначення поняття «адміністративне судочинство»: «під адміністративним судочинством слід розуміти врегульований спеціальними нормами адміністративно-процесуального характеру порядок діяльності адміністративних судів щодо послідовного розгляду та вирішення адміністративних спорів певної категорії» [1, с. 150].

Деякі вчені, наприклад В. Сорокін та П. Кононов визначають адміністративний процес як порядок вирішення конкретних юридичних справ у сфері державного управління виконавчими та розпорядчими органами державної влади, іншими державними й адміністративними органами у передбачених законом випадках, тобто вид діяльності, у ході здійснення якої виникають суспільні відносини, що регулюються нормами адміністративно-процесуального права та здійснюються в передбачених процесуальними нормами несудових формах (процедурах). Таке визначення, як зазначає А. Руденко, звужує адміністративний процес до розгляду адміністративних справ лише управлінськими органами.

В. Сорокін розглядає адміністративний процес як порядок вирішення індивідуальних конкретних справ, тобто він виніс за межі адміністративного процесу справи, що стосуються невизначеного кола осіб (наприклад, справи щодо законності публічних нормативно-правових актів). Т. Волчецька та В. Хорьков визначають адміністративний процес як сукупність різноманітних адміністративних проваджень. На їх думку, адміністративний процес – це більш широке поняття, що охоплює не лише діяльність із розгляду адміністративних справ органами виконавчої влади, а й адміністративну юстицію. Н. Салищева визначає адміністративний процес як діяльність із розгляду спорів. Таке розуміння

адміністративного процесу є неповним та надто розширеним.

В. Стефанюк вважає, що адміністративний процес, представлений адміністративною юстицією, є процедурою з вирішення спорів, які виникають у процесі адміністративно-процесуальної діяльності органів виконавчої влади, тобто коли суб'єкт права оскаржує дію або бездіяльність адміністративного органу, посадової чи службової особи, сторін адміністративного договору або їх представників. Таким чином, автор звертає увагу на єдність двох понять, їх співвідношення як форми та змісту.

Ю. Старилов під адміністративним процесом (адміністративним судочинством) розуміє судовий захист громадян від дій і рішень органів публічної влади, що порушують їх права та свободи (розгляд скарг на дії та рішення органів управління, посадових осіб, державних і муніципальних службовців) [5, с. 17–19].

В. Авер'янов, досліджуючи питання, що розглядається, дійшов висновку, що доцільним є варіант із виокремленням у структурі адміністративного права двох відносно самостійних інститутів адміністративного права: інституту так званого позитивного адміністративного процесу – адміністративні правозабезпечувальні та правозахисні провадження, які охоплюють процедури розгляду заяв і скарг приватних осіб, у тому числі надання їм різноманітних адміністративних послуг, та інституту юрисдикційного адміністративного процесу – адміністративно-юрисдикційні провадження, які охоплюють процедури застосування заходів адміністративного примусу, у тому числі відносини адміністративної відповідальності [5, с. 10].

Про нетотожність понять «адміністративний процес» та «адміністративне судочинство» зазначає і Л. Берднікова: «адміністративне судочинство України слід розглядати у структурі адміністративного процесу як здійснювану відповідно до адміністративно-процесуальних норм та у певній процесуальній формі діяльність адміністративних судів щодо розгляду і вирішення адміністративних справ, які порушуються з приводу публічно-правових спорів, що виникають між органами публічної адміністрації та фізичними і юридичними особами щодо відновлення порушеного суб'єктивного права заінтересованої особи» [5, с. 34].

Слід зазначити, що на законодавчому рівні поняття «адміністративне судочинство» та «адміністративний процес» фактично ототожнюються, адже аналіз п. 4 та п. 5 ст. 3 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України свідчить, що законодавець не розрізняє ці поняття. У пункті 4 ст. 3 КАС

України зазначається, що адміністративне судочинство – це діяльність адміністративних судів щодо розгляду та вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому цим Кодексом. Однак у п. 5 ст. 3 КАС України адміністративний процес визначається як правовідносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства.

На думку А. Селіванова, через таке не дуже вдале з правової точки зору формулювання обмежується простір для науково-практичної перспективи щодо формування складної концепції адміністративного процесу, зважаючи на значний нормативний обсяг регулювання у майбутньому адміністративно-правових (публічних) відносин [6, с. 279].

А. Горошко вважає, що думка, згідно з якою адміністративний процес є сукупністю взаємопов'язаних адміністративних проваджень, які мають як юрисдикційний, так і неюрисдикційний характер, є усталеною у науці [7, с. 99].

На поширеності широкого тлумачення поняття «адміністративний процес» наголошує А. Апаров, який зазначає, що на сучасному етапі дослідники адміністративного процесу поділяють точку зору про сприйняття його широкого тлумачення [8, с. 32].

Проведений аналіз свідчить, що більшість учених дотримується широкої (управлінської) концепції.

Думку про нетотожність адміністративного процесу й адміністративної юрисдикції поділяє і О. Джафарова, яка зазначає, що навіть широке розуміння терміна «адміністративний процес» сьогодні не може охопити всю кількість розгляду справ у адміністративних судах. Тому для визначення адміністративного судочинства пропонується використовувати термін «адміністративно-судовий процес» [9, с. 257–258].

Стаття надійшла до редакції 14.03.2013 р.

Explored the genesis of the notion of administrative justice. Highlights the issues defining the essence of the administrative process and its characteristic.

В статье исследуется понятие «административное судопроизводство», освещаются проблемные вопросы определения сущности административного процесса и его признаков.

Висновки

На сучасному етапі адміністративне судочинство формулюється як окрема галузь юридичної науки. Теоретичне обґрунтування та дослідження поняття «адміністративне судочинство» дозволить детальніше його сформулювати у чинному законодавстві, правильно визначити завдання, предмет, метод та принципи адміністративного судочинства, зрозуміти його суть і значення, а також позитивно впливати на ефективність правозастосовної діяльності.

Список використаних джерел

1. Педько Ю. С. Становлення та правове регулювання адміністративної юстиції в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003.
2. Кузьменко О. В., Гуржій Т. О. Адміністративно-процесуальне право України / За ред. О. В. Кузьменко. – К., 2007. – 416 с.
3. Кузьменко О. В. Адміністративний процес у парадигмі права: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2006.
4. Колтаков В. К., Кузьменко О. В. Адміністративне право України. – К., 2003. – 544 с.
5. Берднікова Л. В. Адміністративне судочинство як інститут адміністративного права: поняття, сутність та ознаки // Право та управління. – 2011. – № 4. – С. 28–35.
6. Задирака Н. Ю. Адміністративне судочинство в Україні: актуальні проблеми // Форум права. – 2011. – № 3. – С. 277–281.
7. Горошко А. А. Про сутність адміністративної юрисдикції // Право та управління. – 2011. – № 2. – С. 96–103.
8. Апаров А. М. Поняття адміністративного процесу в Україні // Держава та регіони. – 2011. – № 3. – С. 31–35.
9. Джафарова О. В. Судовий адміністративний процес: поняття та його структура // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 256–261.



УДК 351.811

Руслан Врадій,*науковий співробітник
науково-дослідної лабораторії з безпеки дорожнього руху,
ад'юнкт Донецького юридичного інституту МВС України*

ОСВІТНЯ ДІЯЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ДОРОЖНЬОГО РУХУ ЯК ОБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджується сучасний стан адміністративно-правового регулювання освітньої діяльності у сфері дорожнього руху й актуальні питання забезпечення безпеки дорожнього руху в цьому напрямі.

Ключові слова: Правила дорожнього руху, безпека дорожнього руху, освітня діяльність у сфері дорожнього руху.

Відповідно до ст. 20 Закону України «Про дорожній рух» від 30.06.1993 р. вивчення громадянами Правил дорожнього руху здійснюється згідно з типовими навчальними програмами, підготовленими центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері освіти та науки, погодженими з Міністерством внутрішніх справ України і центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері транспорту, та затвердженими Кабінетом Міністрів України. Центральний орган виконавчої влади, що формує державну політику у сфері освіти та науки, забезпечує вивчення Правил дорожнього руху у дошкільних, позашкільних, загальноосвітніх, професійно-технічних навчальних закладах, а також підготовку і перепідготовку педагогічних працівників, діяльність яких пов'язана з вивченням громадянами Правил дорожнього руху та підготовкою, перепідготовкою і підвищенням кваліфікації водіїв транспортних засобів. Розвиток у дітей навичок безпечної поведінки на дорогах розпочинається в дошкільних навчальних закладах із трирічного віку. У загальноосвітніх, професійно-технічних навчальних закладах вивчення учнями Правил дорожнього руху може проводитися за програмами підготовки водіїв категорій А1, А, В1, В. Міністерство внутрішніх справ України, засоби масової інформації надають допомогу у проведенні профілактичних заходів і вивченні різними групами населення Правил дорожнього руху.

Таким чином, можна стверджувати, що освітня діяльність у сфері дорожнього руху є невід'ємним об'єктом адміністративно-пра-

вового регулювання, а саме цей вид освітньої діяльності регулює адміністративно-правові відносини в державі та суспільстві щодо навчання з малого віку людини основам безпеки дорожнього руху, здобуття навичок безпечної поведінки на дорогах в якості пішохода, водія автотранспортного засобу, взагалі учасника дорожнього руху.

Перш за все, слід зазначити, що адміністративно-правове регулювання у сфері безпеки дорожнього руху – це цілеспрямований вплив норм адміністративного права на суспільні відносини з метою забезпечення за допомогою адміністративно-правових заходів прав, свобод і публічних законних інтересів фізичних і юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства та держави щодо безумовного дотримання Правил дорожнього руху.

У теорії, практиці та нормативних актах щодо забезпечення безпеки дорожнього руху вживаються такі словосполучення, як «підготовка, перепідготовка та підвищення кваліфікації водіїв автотранспортних засобів», під чим, безумовно, розуміється «освітня діяльність у сфері безпеки дорожнього руху», але чітке визначення цього поняття в будь-яких нормативних актах або наукових роботах із питань забезпечення безпеки дорожнього руху відсутнє. На нашу думку, для наукового визначення зазначеного поняття слід усвідомити основні компоненти, що його складають, а саме – освітня діяльність і безпека дорожнього руху. Якщо ми проаналізуємо ці компоненти окремо, то стане зрозуміло, що *освітня діяльність у сфері дорожнього руху* – це цілеспрямована пізнавальна діяльність суспільства з отримання знань, умінь або їх

удосконалення, яка визначає переважно методи навчання та вивчення Правил дорожнього руху в дошкільних, позашкільних, загальноосвітніх, професійно-технічних навчальних закладах, а також підготовку та перепідготовку педагогічних працівників, діяльність яких пов'язана з вивченням громадянами Правил дорожнього руху та підготовкою, перепідготовкою і підвищенням кваліфікації водіїв транспортних засобів. Тому освітню діяльність у даній сфері можна розуміти як передачу накопичених суспільством знань молодому поколінню для розвитку в нього пізнавальних можливостей, а також набуття умінь і навичок для практичного застосування загальноосвітніх і професійних знань.

Зміст освітньої діяльності у сфері дорожнього руху безпосередньо визначається кожним навчальним закладом залежно від рівня, виду та специфіки навчального закладу у вигляді навчальних програм за курсом і безпосередньо повинен передбачати безумовне вивчення Правил дорожнього руху з точки зору теорії та практики.

У зв'язку із збільшенням кількості автомобин і зростанням інтенсивності дорожнього руху необхідно в кожному шкільному закладі передбачити комплекс найрізноманітніших заходів щодо формування у дітей навичок правильної поведінки на вулицях. Знайомити з цими правилами, дотримання яких є законом для кожного, слід розпочинати з раннього віку, оскільки знання, отримані в дитинстві, найбільш міцні; правила, засвоєні в ці роки, згодом стають нормою поведінки, а їх дотримання – потребою людини.

Навчання школярів культурі поведінки на вулиці тісно пов'язане з розвитком у дітей орієнтування в просторі. Крім того, кожен педагог повинен пам'ятати, що не можна виховати дисциплінованого пішохода, якщо з дитинства не прищеплювати такі важливі якості, як увага, зібраність, відповідальність, обережність, впевненість. Адже часто саме відсутність цих якостей стає причиною дорожніх пригод [1, с. 2–5].

Завданням завідувача шкільною установою – організувати профілактичну роботу так, щоб знання, отримані в школі, стали міцними та могли б з успіхом застосовуватись у житті.

Навчання школярів дисциплінованої поведінки на вулиці необхідно здійснювати в системі. Заняття, прогулянки, екскурсії, спостереження слід проводити з урахуванням віку дітей. Знання, що набуваються дітьми, необхідно поступово ускладнювати, уточнювати, доповнювати. В удосконаленні та закріпленні знань важливе значення має організація ігрової діяльності дітей, в якій формуються просторова орієнтація дошкільнят, їх уміння застосовувати ці знання на практиці. Діти по-

винні добре орієнтуватися в навколишньому середовищі, правильно реагувати на його зміни, знати основні правила для пішоходів і пасажирів (пішоходам дозволяється ходити тільки тротуарами, дотримуючись правої сторони, а де їх немає – по краю проїзної частини (поза населеними пунктами – назустріч руху транспорту); всі учасники руху повинні бути уважні до навколишнього оточення, взаємно ввічливі, не створювати перешкод руху; переходити вулицю (дорогу) пішоходи повинні у тих місцях, де є лінії або покажчики переходів, а де їх немає – на перехрестях вулиць по лінії тротуарів або узбіч; за наявності пішохідних тунелів або містків слід користуватися тільки ними; автомобільну дорогу поза населеним пунктом дозволяється переходити під прямим кутом тільки на ділянках, де вона добре проглядається в обидві сторони; перш як переходити вулицю (дорогу), пішоходи повинні переконатися, що це безпечно; забороняється перетинати шлях, коли наближається транспорт). Особливою обережності слід дотримуватись при обході транспортних засобів і перешкод, що обмежують огляд проїжджої частини. Трамвай треба обходити завжди попереду. Там, де рух регулюється, виходити на проїжджу частину для переходу вулиці (дороги) можна тільки при зеленому сигналі світлофора, світлового покажчика або відповідному жесті регулювальника, що стоїть до пішоходів боком. Чекаючи автобус, тролейбус, трамвай, таксі потрібно на спеціальних майданчиках, а там, де їх немає – на тротуарах (узбіччі дороги). Їздити на велосипедах по вулицях і дорогах дозволяється особам з 14 років [2, с. 23].

Для виконання правил дорожнього руху пішоходам необхідно знати деякі дорожні знаки. У транспорті кожен повинен вести себе спокійно, щоб не заважати іншим пасажирам. Необхідною умовою успішного навчання школярів правилам дорожнього руху є створення відповідної матеріальної бази. На допомогу вихователям у методичному кабінеті шкільної установи має бути підібрана методична та художня література, конспекти занять і бесід про правила дорожнього руху, картини, плакати, посібники для занять та ігор, діафільми, діапозитиви, кінофільми. Необхідний матеріал поступово накопичується і в групі, де діти можуть вільно використовувати його на уроках, закріплюючи отримані раніше знання. На виробничих педагогічних нарадах слід обговорювати такі питання: аналіз дитячого дорожньо-транспортного травматизму в районі (місті, селищі), організація та планування роботи з навчання дітей правилам дорожнього руху; обов'язки пішоходів і пасажирів; передовий досвід організації роботи з дітьми щодо прищеплювання їм на-

вичок культурної поведінки на вулиці, вимоги до вихователів при пересуванні з групою дітей по вулицях і дорогах. На видному місці, в спеціально оформленому куточку під рубрикою «Що повинен знати педагог» слід вивісити правила, знати які має кожен вихователь. На батьківських зборах і конференціях можуть обговорюватися такі питання [1, с 11–12]:

- дисципліна на вулиці – запорака безпеки пішоходів;
- для чого потрібні правила дорожнього руху і що вони собою представляють;
- типові випадки дитячого дорожньо-транспортного травматизму та заходи його попередження;
- роль дорослих у навчанні дітей правилам поведінки на вулицях.

Навчальні заклади з підготовки, перепідготовки та підвищення кваліфікації водіїв автотransпортних засобів здійснюють свою діяльність на підставі Типової навчальної програми підготовки та перепідготовки водіїв автотransпортних засобів, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 02.03.2010 р. № 229.

Типова навчальна програма складається з п'яти розділів і визначає кількість навчальних годин, відведених для вивчення кожного розділу під час підготовки та перепідготовки водіїв транспортних засобів (із урахуванням категорій транспортних засобів):

- будова та технічне обслуговування транспортного засобу;
- правила дорожнього руху;
- основи керування транспортним засобом і вимоги безпеки дорожнього руху;
- етика водія транспортного засобу;
- практичне керування транспортним засобом.

На основі програми та типових тематичних планів заклад, що здійснює підготовку та перепідготовку водіїв транспортних засобів, розробляє робочі програми і плани, які затверджуються управліннями (відділами) Державтоінспекції за місцезнаходженням закладу. За необхідності заклад може змінювати загальну кількість навчальних годин, відведених для вивчення першого–четвертого розділів, але не більш як на 20 %. Тривалість заняття з теоретичної підготовки та практичного керування транспортним засобом (без

урахування зміни слухачів, підбиття підсумків заняття і заповнення документів) становить 45 хвилин. Заняття з практичного керування транспортним засобом проводяться індивідуально на майданчику для навчання з початкового керування та на погодженому в установленому порядку маршруті. Перші вісім занять із практичного керування транспортним засобом проводяться на учбовому транспортному засобі не більш як два заняття щодня, а наступні – не більш як чотири заняття. Під час проведення занять з практичного керування транспортним засобом можуть використовуватися тренажери, але не більше одного заняття щодня. Заняття з практичного керування транспортним засобом проводяться закладом, зокрема, з урахуванням безпечних умов дорожнього руху та протяжності маршруту. Після завершення підготовки та перепідготовки водіїв транспортних засобів для визначення рівня набутих ними знань, умінь і навичок, якості підготовки в закладі складаються заліки й іспити з теоретичної та практичної підготовки (не менш як протягом трьох годин), які оцінюються за п'ятибальною шкалою.

Проведений аналіз дозволяє виділити такі види освітньої діяльності у сфері безпеки дорожнього руху: дошкільна; позашкільна; загальноосвітня; професійно-технічна; спеціалізована.

Висновки

Освітня діяльність у сфері дорожнього руху в нашій країні перебуває на низькому рівні. Після здобуття відповідної освіти у сфері безпеки дорожнього руху й отримання посвідчення водія, людина не завжди усвідомлює необхідність дотримання Правил дорожнього руху, внаслідок чого настають тяжкі наслідки – скоєння дорожньо-транспортної пригоди з різноманітними тілесними ушкодженнями, а подекуди і настанням смерті.

Список використаних джерел

1. Пожидаєва С. П. Курсові та випускні кваліфікаційні роботи на факультеті технології та підприємництва (методичні рекомендації). – К., 2006.
2. Авдєєва М. М., Князева О. Л., Стряпкіна Р. Б., Маханева М. Д. Безпека на вулицях і дорогах. – М., 2004.

Стаття надійшла до редакції 13.03.2013 р.

In the article the modern consisting of the adjusting of educational activity of sphere of travelling motion and актуальні questions of providing of safety of travelling motion is probed in this direction.

В статтє исследується современное состояние административно-правового регулирования образовательной деятельности в сфере дорожного движения и актуальные вопросы обеспечения безопасности дорожного движения в этом направлении.



УДК 343.341(477):323.28(048)

Ігор Рижов,

канд. юрид. наук, доцент

ЩОДО НЕОБХІДНОСТІ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОФІЛАКТИКИ ТЕРОРИЗМУ

Стаття присвячена обґрунтуванню необхідності нормативно-правового регулювання профілактики тероризму, концептуальним і методологічним засадам функціонування державної (загальнонаціональної) системи контртероризму.

Ключові слова: тероризм, профілактика тероризму, моніторинг тероризму.

Підвищення ефективності протидії тероризму – ключовий момент внутрішньої політики багатьох країн, актуальне питання міжнародної взаємодії. Чинним на сьогодні тактичним завданням спецслужб у боротьбі з тероризмом є нейтралізація терористів, їх організацій і навіть держав. На його виконання витрачаються значні кошти, але терористичний рух не вщухає. Заходи з попередження терористичної діяльності, на жаль, не завжди дієві. Сучасний тероризм потребує розроблення нових концептуальних підходів, оскільки заведений алгоритм протидії тероризму довів свою нездатність забезпечити спокій у суспільстві, про що свідчить затяжна антитерористична кампанія, результати якої важко назвати позитивними. Щодня у світі гинуть люди, соціальні системи живуть у постійному страху. Розроблення ефективної стратегії управління процесом протидії тероризму має спиратися на достатньо серйозний теоретичний фундамент спеціальних досліджень у згаданій сфері. Така позиція знаходить своїх прихильників не тільки серед спеціалістів-практиків; вона підтримується також дослідниками, які займаються обґрунтуванням теоретичних аспектів боротьби із злочинністю.

Науково-теоретичному розробленню проблеми боротьби з тероризмом присвячена певна кількість праць науковців різних спеціальностей: В. Крутова, В. Антипенка, Н. Беглової, В. Глушкова, В. Ємельянова, В. Ліпкана, В. Вітюка, С. Голосова, Ю. Горбунова, С. Кара-Мурзи, Ю. Антоняна, Б. Корз'є, Р. Фірі, Б. Дженкінса, М. Креншоу, Р. Малей, А. Шейлі та ін. Загальним питанням протидії тероризму як складовій діяльності Служби безпеки України (далі – СБУ) приділяли увагу в контексті актуальних проблем філософії права, кримінології, кримінального права, забезпе-

чення державної безпеки й інших суміжних наук О. Бантишев, Є. Скулиш, В. Остроухов, О. Шмоткін, Г. Новицький, О. Морозов, В. Тимошенко, І. Ткачов, І. Туркевич, К. Фетисенко, В. Хлевицький, А. Щуровський та ін. Їх дослідження присвячені в основному кримінологічному аспекту тероризму як злочину: досить повно розроблена класифікація та типологія тероризму, методологічні засади й організаційні технології протидії внутрідержавному та міжнародному тероризму. Разом із тим вони мають специфічну спрямованість на типологізацію тероризму та кваліфікацію його в рамках існуючого правового простору. Між тим саме проблема тероризму та змісту національної безпеки у контексті протидії йому залишається практично не дослідженою, перш за все стосовно обґрунтування теоретичних засад і напрямів підвищення ефективності діяльності державної системи профілактики тероризму.

Метою цієї статті є актуалізація необхідності дослідження шляхів нормативно-правового регулювання профілактики тероризму, концептуальних і методологічних засад функціонування державної (загальнонаціональної) системи контртероризму, здійснення державного контролю в цій сфері.

Вивчення стану соціуму в умовах соціальних процесів, які динамічно розвиваються, сприятиме своєчасному виявленню та припиненню терористичних проявів, що, на жаль, не реалізовано в державній системі боротьби з тероризмом. У той самий час комплексне розроблення проблеми державного регулювання теророгенності соціальних систем, процесів і боротьби з тероризмом, насамперед в їх тісному поєднанні з тактико-спеціальними

аспектами профілактики терористичної діяльності, не проводилися.

У преамбулі до Закону України «Про боротьбу з тероризмом» зазначено, що він має на меті захист особи, держави та суспільства від тероризму, виявлення й усунення причин і умов, які його породжують, визначає правові й організаційні засади боротьби з цим небезпечним явищем, повноваження, обов'язки органів виконавчої влади, об'єднань громадян, організацій, посадових осіб та окремих громадян у цій сфері, порядок координації їх діяльності, гарантії правового і соціального захисту громадян у зв'язку із участю у боротьбі з тероризмом. У цьому Законі терміном тероризм позначається суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення й органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей, або погрози вчинення злочинних дій із метою досягнення злочинних цілей. Слід констатувати, що в Законі йдеться про боротьбу з тероризмом – діяльністю, спрямованих на запобігання, виявлення, припинення, мінімізацію наслідків терористичної діяльності шляхом проведення оперативно-розшукових заходів з метою припинення терористичної діяльності, у тому числі міжнародної.

Очевидно, що наведене визначення тероризму не дозволяє розглядати передумови, які провокують таку діяльність на рівні теророгенності соціальних систем; зміст такої діяльності визначається, як правило, терміном «профілактика», обмежуючись лише запобіганням проявів терористичної діяльності. Цей факт неодноразово критикували фахівці-терорологи, які звертали увагу на необхідність уточнення понять «боротьба», «протидія», «запобігання» та «профілактика» тероризму з урахуванням як кримінологічної специфіки цього виду злочину, так його соціально-політичної природи [1–3]. Доцільно зазначити, що на відміну від поняття «боротьба», термін «протидія» ширше відображає суть процесу, оскільки охоплює заходи з профілактики тероризму як соціального процесу.

Законом України «Про боротьбу з тероризмом» визначено, що Служба безпеки України, яка є основним органом у загальнодержавній системі боротьби з терористичною діяльністю, здійснює боротьбу з тероризмом шляхом проведення оперативно-розшукових заходів, спрямованих на запобігання, виявлення та припинення терористичної діяльності, у тому числі міжнародної. Це дає підстави

стверджувати, що вказана правова норма «запобігання» в контексті «боротьби» регламентує відношення до події, яка відбулася, може бути виявлена, розслідувана та припинена як діяльність, стосується умов та детермінантів, що сприяли розвитку конкретного терористичного формування, і має лише опосередковане відношення до заходів щодо виявлення, усунення, нейтралізації причин та умов тероризму як різновиду соціально вмотивованої злочинної діяльності.

Вітчизняна наукова думка продовжує полемізувати з цього приводу, але єдиної, законодавчо закріпленої норми трактування поняття «профілактика» тероризму не існує. Констатуємо той факт, що законодавча регламентація боротьби з терористичною діяльністю як складовою процесу протидії тероризму в Україні відпрацьована та втілена в Законі України «Про боротьбу з тероризмом», з метою вдосконалення та доповнення нормативно-правової бази з протидії тероризму ми пропонуємо унормувати поняття «профілактика тероризму» на рівні окремого Закону України «Про профілактику тероризму», базовим поняттям якого є *профілактика тероризму* – сукупність соціальних процесів, спрямованих на мінімізацію теророгенності соціальних систем шляхом проведення відповідних попереджувально-профілактичних заходів; заходи соціального, правового, виховного й іншого характеру, спрямовані на нейтралізацію або усунення причин і умов вчинення тероризму, які полягають у цілеспрямованому, попереджувальному впливі на осіб (групи осіб, організацій, рухів тощо) з антигромадською поведінкою (як в їх власних інтересах, так і в інтересах суспільства), а також спрямовані на зниження в осіб ризику стати жертвами терористичних (злочинних) посягань. Цей Закон має встановити основні принципи профілактики тероризму в публічній і приватній сферах суспільних відносин, правові й організаційні засади заходів із моніторингу та профілактики першопричин тероризму, врегулювання пов'язаних із ним кризових станів соціального характеру, акмеологічну роботу з розвитку контртерористичних здібностей громадянського суспільства.

Потребують врегулювання на законодавчому рівні такі питання:

- формування принципів, форм і методів профілактики тероризму – сукупність соціальних процесів, спрямованих на мінімізацію теророгенності соціальних систем;
- визначення цілей і завдань процесу профілактики тероризму, який може бути представлений ланцюгом подій: моніторинг;

- визначення теророгенних факторів; ситуаційне моделювання; аналіз потенційних наслідків впливу теророгенних факторів; синтез коригувального (управляючого) впливу; корекція алгоритму соціального управління; позиціонування та стратегічне планування боротьби з тероризмом; нейтралізація теророгенних факторів;

- визначення суб'єктів профілактики тероризму й їх компетенцій;

- максимально можливе перенесення функцій профілактики тероризму на громадські формування, залишивши пріоритети у запобіганні та протидії терористичній діяльності в компетенції державних органів і спеціальних служб;

- визначення завдань і порядку проведення моніторингу тероризму;

- визначення завдань і порядку соціально-інформаційної профілактики тероризму та контртерористичної профілактики об'єктів потенційних терористичних посягань;

- визначення та порядок проведення контртерористично-профілактичного заходу;

- введення термінів і понять, які не визначені чинним законодавством;

- запровадження змішаної громадсько-державної відповідальності за профілактику тероризму;

- запровадження заходів щодо позиціонування стратегій протидії тероризму.

Особливість соціально-інформаційного підходу до організації профілактики тероризму полягає в тому, що його основні положення ґрунтуються на принципах, деякі з яких вирізняються новизною та креативністю:

- законності та неухильного дотримання прав і свобод людини та громадянина, соціальної справедливості, гуманізму;

- розмежування завдань із профілактики та протидії (боротьби) тероризму, використання змішаної державно-громадської форми організації профілактики, із пріоритетом останньої: профілактика тероризму в Україні здійснюється суб'єктами боротьби з тероризмом у межах визначеної компетенції й окремими неполітичними соціальними формуваннями із статусом громадської організації, що створені на принципах добровільності та єдності інтересів у запобіганні тероризму й іншим проявам екстремізму;

- науково обґрунтованого прогнозування та моделювання теророгенності соціальних систем;

- пріоритету захисту інформаційного простору, прав і законних інтересів фізичних осіб та (або) їх співтовариств (соціальних систем), що піддаються терористичній небезпеці, комплексного використання з цією метою право-

вих, політичних, соціально-економічних, інформаційно-пропагандистських та інших можливостей впливу на суспільство, інших заходів профілактики тероризму та терористичної діяльності;

- рівноправної співпраці держави з громадськими та релігійними об'єднаннями, міжнародними й іншими організаціями, громадянами в профілактиці тероризму;

- пріоритетності гласних методів і публічності профілактики тероризму;

- системності та комплексності застосування суб'єктами системи профілактики тероризму організаційних, соціально-економічних, інформаційних, правових та інших заходів функціонування системи профілактики тероризму;

- пріоритету превентивних заходів профілактики тероризму над репресивними;

- диференціації заходів впливу й індивідуального підходу;

- своєчасності та достатності заходів впливу;

- відповідальності органів державної влади, органів місцевого самоврядування й їх посадових осіб, а також інших юридичних осіб, громадських об'єднань у сфері профілактики тероризму;

- громадського контролю за забезпеченням ефективності, прозорості та безконфліктності органів державної влади та місцевого самоврядування, недопущенням порушень конституційних прав, свобод та при формуванні алгоритму соціального управління, за дотриманням законності та принципів соціальної справедливості при врегулюванні соціальних конфліктів і пов'язаних із ними кризових станів соціального характеру, що виникають при реалізації основних прав і свобод громадян;

- адекватності заходів профілактики тероризму характеру та ступеню ймовірності загрози.

Базовим заходом профілактики тероризму є моніторинг, оскільки ефективність профілактичних заходів визначається достовірністю та своєчасністю його результатів. Адресатом моніторингу тероризму є суспільство та складові його управлінської ланки, що відповідальні за виявлення механізму дії всіх чинників, які впливають на процес формування та нейтралізації теророгенності соціальних систем, функціональність системи протидії та боротьби з тероризмом, а також напрями, що потребують детальнішого вдосконалення.

Висновки

Реформування правових відносин як об'єктивна необхідність сьогодення вимагає поєд-

нання юридичних методів протидії із соціальними. Перенести центр тяжіння у боротьбі з тероризмом із каральних заходів на прогнозування та соціальну профілактику – єдиний шлях підвищення її ефективності. Оригінальною ідеєю, що потребує законодавчого впровадження, є частковий перенос центру тяжіння у профілактиці тероризму на громадські організації, які беруть участь у системі профілактики тероризму за власною ініціативою в межах і формах, визначених законодавством у сфері профілактики тероризму відповідно до компетенції та статутних завдань. Такий підхід, на нашу думку, дозволить знизити ступінь політичної заангажованості державних органів, підняти рівень довіри громадянського суспільства власне до ідеї профілактики тероризму, відповідно й до структури,

яка її проводить. Це має важливе значення для ефективності профілактики тероризму та злочинів терористичного характеру, що реалізуються шляхом соціально-інформаційного впливу через інститути соціально-правового контролю.

Список використаних джерел

1. Даазе К. Тероризм – поняття, теорії та стратегії протидії: Результати та проблеми соціально-наукових досліджень // Насильство, влада, терор: Незалежний культурологічний часопис «І». – 2002. – № 25.
2. Крутов В. В. Політичний екстремізм і тероризм у сучасних умовах // Тероризм і боротьба з ним. – К., 2000. – Т. 19. – С. 147–156.
3. Рижов І. М. Основи аналізу теророгенності соціальних систем. – К., 2008. – 288 с.

Стаття надійшла до редакції 21.03.2013 р.

The article is devoted to justifying the need for legal regulation of prevention of terrorism, the conceptual and methodological basis of the functioning of the state (national) system of counter-terrorism.

Статья посвящена обоснованию необходимости нормативно-правового регулирования профилактики терроризма, концептуальным и методологическим основам функционирования государственной (общенациональной) системы контртерроризма.



УДК 336.1

Олена Синкова,*д-р юрид. наук, доцент,
професор кафедри адміністративного і фінансового права
Донецького національного університету*

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ УПРАВЛІНСЬКОГО АУДИТУ В ОРГАНАХ ВИКОНАВЧОЇ ВЛАДИ

У статті досліджуються організаційно-правові аспекти управлінського аудиту, обґрунтовуються сутність і роль управлінського аудиту в органах виконавчої влади, визначаються напрямки вдосконалення організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту.

Ключові слова: аудит, управлінський аудит, органи виконавчої влади, управлінська система.

У сучасних умовах розвитку все більше постає необхідність в організаційно-правовому забезпеченні аудиту управління діяльністю в органах виконавчої влади. Ефективне управління стає необхідною умовою діяльності органів виконавчої влади. Вдосконалення програмно-цільового методу в управлінні діяльністю органу виконавчої влади зумовлює пошук шляхів найбільш раціонального й ефективного управління ресурсами. У контексті останніх подій і курсу керівництва держави на вдосконалення державного аудиту роль управлінського аудиту набуває особливої актуальності.

Створення та розвиток аудиту діяльності органів виконавчої влади в Україні є предметом дослідження таких учених, як І. Чумакова, О. Шестакова, О. Подолянчу [1–4]. Аудитом елементів систем управління організаціями займаються і зарубіжні вчені – Дж. Робертсон, Е. Аренс та ін. [5–6]. Окремі питання управлінського аудиту висвітлюються у працях О. Мельник, Л. Полякової [7–8], які теоретично обґрунтовували поняття «управлінський аудит» та його інституційне середовище, дослідили окремі форми та способи управлінського аудиту, проаналізували й узагальнили існуючі підходи до розуміння концепції управлінського аудиту. У той самий час питанням організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту в органах виконавчої влади приділено значно менше уваги.

Метою цієї статті є дослідження організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту як складової державного внутрішнього аудиту в органах виконавчої влади.

Інститут управлінського аудиту слід розуміти як сукупність формальних і неформальних стандартів, норм і правил, що ви-

значають рамки взаємодії різних суб'єктів при здійсненні управлінського аудиту. Організаційно-правове забезпечення управлінського аудиту включає закріплені на нормативному рівні правила регулювання управлінського аудиту та стандарти, пов'язані безпосередньо з процесами проведення управлінського аудиту.

Успішна діяльність органу виконавчої влади, перш за все, залежить від професіоналізму керівників і фахівців у сфері управління. Організаційно-правове забезпечення управлінського аудиту дозволяє:

- погоджувати цілі, засоби та методи їх досягнення;
- формувати критерії для оцінки діяльності апарату управління;
- регламентувати виконання функцій управління в органі виконавчої влади за змістом і часом;
- впроваджувати найкращі управлінські технології;
- зменшувати дублювання, непродуктивні витрати та втрати часу.

Одним із основних завдань управлінського аудиту в органі виконавчої влади є встановлення вимог до проведення незалежного дослідження й оцінки управлінської діяльності з урахуванням різноманітних стандартів ефективності функціонування систем управління. Досягнення цієї мети, у свою чергу, зумовлює необхідність вирішення таких завдань: охарактеризувати методологію процесу аудиту як засобу професіоналізації управління; визначити завдання, які вирішує управлінський аудит в системі управління.

На сьогодні управлінський аудит розглядається як найбільш повний, динамічний і гнучкий спосіб оцінки ефективності управлінської системи. У своїй сутності він спрямований на оцінку ефективності управлінсь-

кої структури; виявлення «вузьких місць» у функціонуванні систем управління органу виконавчої влади та визначення (розроблення) механізмів внутрішнього контролю по їх запобіганню і зменшенню.

Узагальнюючи поняття «аудит управлінської діяльності», А. Пилипко дійшов висновку, що управлінський аудит – це перевірка діяльності державного управління на предмет її відповідності закріпленому в законодавстві універсальному, послідовному, точному й обов'язковому переліку функцій управління, спрямованих на досягнення бажаного результату [9, с. 2].

В. Пудич вважає, що управлінський аудит як вид аудиту набув поширення. Сутність управлінського аудиту, на його думку, полягає у виявленні відхилень управлінських дій від найбільш раціональних, що визначаються господарським правом, політикою та стратегією організації [10, с. 17].

Дж. Робертсон визначає управлінський аудит як один із видів внутрішнього аудиту, який має на меті вивчення управлінських операцій із метою формулювання рекомендацій щодо економічного й ефективного використання ресурсів, досягнення кінцевого результату, вироблення політики організації [5, с. 7].

Вітчизняні вчені включають управлінський аудит до складу внутрішнього аудиту і розглядають його у вигляді системи контрольних дій за діяльністю посадових осіб організації. А. Рачинський визначає його як незалежне дослідження й оцінку управлінської діяльності відповідно до різноманітних стандартів оптимальної ефективності функціонування систем управління [11, с. 2]. Він зазначає, що методологія управлінського аудиту покликана виявити ефективність управлінської системи, оцінити це на основі аналізу всіх її складових.

Як процес управлінський аудит в органі виконавчої влади – це сукупність дій (виконання функцій, використання методів тощо), що сприяють досягненню визначених цілей. Як явище управлінський аудит – це об'єднання елементів (цілей, програм, засобів та ін.) для реалізації місії органу виконавчої влади на підставі певних стандартів, правил і процедур.

Особлива увага при проведенні управлінського аудиту приділяється зв'язкам та принципам взаємодії всіх об'єктів і суб'єктів управління органом виконавчої влади.

Важливу роль у здійсненні управлінського аудиту в органах виконавчої влади відіграють стандарти внутрішнього аудиту, які розробляються та затверджуються відповідними уповноваженими державними органами з питань внутрішнього аудиту та базуються на

міжнародних стандартах професійної практики внутрішнього аудиту.

Метою стандартів внутрішнього аудиту є визначення єдиних вимог до підрозділів внутрішнього аудиту та проведення внутрішнього, зокрема управлінського, аудиту, підготовки аудиторських звітів, висновків і рекомендацій, а також до оцінки діяльності підрозділу внутрішнього аудиту.

Стандарти внутрішнього аудиту складаються із Стандартів якісних характеристик і Стандартів діяльності. Стандарти якісних характеристик містять вимоги до підрозділу внутрішнього аудиту та внутрішніх аудиторів. Стандарти діяльності містять вимоги до діяльності внутрішнього аудиту та надають критерії якості, відносно яких оцінюється підрозділ внутрішнього аудиту. У зв'язку з цим важливе значення має розроблення та впровадження стандартів управлінського аудиту в органах виконавчої влади.

Розроблення стандартів на ключові елементи системи управління органів виконавчої влади має провадитися одночасно з розробленням прийомів і методів управлінського аудиту. Роз'єднаність, що існує на сьогодні між стандартизацією та звітністю щодо елементів систем управління, істотно стримує їх розвиток.

Стандартизація неможлива без контролю. Сучасна філософія управлінського контролю реалізується в аудиті систем управління. Аудит, що застосовувався спочатку для контролю бухгалтерського обліку, розширив сферу діяльності за рахунок значної методологічної та практичної бази, створеної зусиллями численних організацій під егідою Комітету з міжнародних стандартів обліку (далі – КМСУ).

Керівництву органу виконавчої влади впровадження стандартів внутрішнього управлінського аудиту дозволяє: оцінити власні погляди на управлінську діяльність; об'єктивно оцінювати діяльність своїх підлеглих; загальний рівень системи управління організації; спростити систему контролю; вдосконалити внутрішні стандарти системи управління.

Стандарти управлінського аудиту істотно підвищують гнучкість (швидку перебудову) елементів системи управління в органі виконавчої влади. Ефективність стандартизації й управлінського аудиту реалізується при проведенні процедур реорганізацій і вдосконаленні функціональної структури в органі виконавчої влади. Стандартизація є одним із проявів організаційно-розпорядливих методів управління.

Організаційно-правове забезпечення управлінського аудиту в органі виконавчої влади має доповнюватися відповідними прави-

лами та рекомендаціями. Управлінська структура може вважатися неефективною, якщо управлінські технології не відповідають організаційно-правовій формі, не адекватні прийнятим стандартам і нормам.

Важливу роль у системі управління органу виконавчої влади відіграють документи, які необхідні для здійснення управлінської діяльності, які містять: набір цілей, функцій, засобів і методів реалізації функцій; набір організаційних структур управління; схеми функціональних взаємозв'язків, у тому числі інформаційних; кваліфікаційну структуру кадрів управління; перелік і форми звітних документів; набір типових положень, посадових інструкцій, положень про підрозділи тощо.

В умовах удосконалення державного внутрішнього аудиту об'єктивно очікується етап глибшої стандартизації управлінського аудиту. Тільки професійний підхід до організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту може забезпечити відчутні результати.

У найбільш загальному вигляді *аудит* – це процес отримання й оцінки (контролю) об'єктивних даних (є міжнародні нормативи аудиту та стандарти на форми даних, що представляються) у відповідній професійній діяльності (є стандарти на елементи цієї діяльності), що встановлює рівень їх відповідності певним критеріям, нормам і стандартам. Стосовно управлінської системи аудит має такі переваги по відношенню до звичайного контролю: гармонізація, достовірність, незалежність, об'єктивність, однозначність, повторюваність, зрозумілість, професіоналізм, доцільність, стабільність, своєчасність. Управлінський аудит може здійснюватися трьома шляхами:

- за авторською методикою, виходячи з професійної підготовки керівника або консультанта; при цьому вони самі формують механізм проведення відповідної функції;
- за наслідками порівняння з діяльністю інших аналогічних підрозділів або організацій в цілому, що дозволяє без великого ризику підтримувати прийнятний рівень виконання функції;
- за затвердженими нормами або стандартами на ключові елементи управлінської системи, що дозволяє забезпечити спадкоємність при аналізі та вдосконаленні елементів управлінської системи протягом значного часу.

Управлінський аудит поступово перетворюється на велику взаємозв'язану систему контрольної діяльності, яка охоплює: аудит функціональних структур; аудит управлінських технологій і комунікацій; аудит схем документообігу; аудит управлінських операцій; аудит витрат ресурсів; аудит економічності й ефективності управлінської діяльності.

Аудит управлінських технологій і комунікацій складається з конкретних видів контролю:

- контроль наявності інформаційної техніки та технології на балансі організації, перевірка її стану, заявленої в управлінському обліку, сумісність між собою;
- контроль ефективності використання інформаційної техніки, технології, ефективності отриманої та проведеної інформації;
- контроль схеми документообігу, параметрів інформації для заявлених підрозділів або фахівців, умов зберігання інформації та забезпечення її захисту від несанкціонованого доступу, розподілу прав і відповідальності працівників інформаційних підрозділів;
- контроль за дотриманням законодавства, умов договорів і статутних документів у частині отримання та видачі інформації, зокрема з питань формування громадської думки.

Особлива увага при проведенні управлінського аудиту приділяється зв'язкам і принципам взаємодії всіх об'єктів і суб'єктів управлінської системи. Відповідно, метою вдосконалення організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту в сучасних умовах має стати систематизація й уніфікація стандартів управлінського аудиту як складової державного внутрішнього аудиту.

Аналіз зарубіжного досвіду свідчить, що стандарти управлінського аудиту у державному секторі затверджуються на законодавчому рівні. Крім того, в окремих країнах, наприклад у Швеції, під егідою центральних відомств (казначейства, президентської адміністрації, міністерства фінансів) діють спеціальні агентства з фінансового менеджменту в органах виконавчої влади, до компетенції яких входить вирішення питань аудиту управлінських систем у державних органах. У Великобританії є структурний підрозділ казначейства – директорат фінансового менеджменту, завдання якого – забезпечення досягнення світових стандартів фінансового менеджменту, у том числі управлінського аудиту, в усьому державному секторі. У США діє «Government Performance Results Act» (GPRA) – федеральний закон «Про оцінку результатів діяльності державних установ» (1993 р.). Перевагою такого закону є те, що в ньому вперше сформульоване завдання підвищення якості та ступеня задоволення населення послугами, що надаються державою. Для вирішення цього завдання важливе значення має вдосконалення управлінської системи, яка повинна сприяти досягненню цілей державних органів.

Законодавство України, зокрема Концепція розвитку системи управління державними фінансами, затверджена розпорядженням

Кабінету Міністрів України від 03.09.2012 р. № 633-р, орієнтована на широке розуміння внутрішнього аудиту, не обмежується питаннями ефективності використання бюджетних коштів, розвитком системи середньострокового бюджетного прогнозування та програмно-цільового методу.

Подальший розвиток внутрішнього державного аудиту в органі виконавчої влади як один із багатьох напрямів реалізації державної політики вимагає максимального врахування під час забезпечення розвитку управлінського аудиту міжнародних стандартів найвищих органів фінансового контролю ІНТОСАІ. Разом із тим ефективність такої роботи залежатиме від врахування специфіки діяльності органів виконавчої влади в Україні.

Висновки

Розвиток управлінського аудиту в органах виконавчої влади має проводитися одночасно з оперативним реагуванням на управлінські проблеми, що виникають у діяльності органу виконавчої влади

Основними напрямками розвитку управлінського аудиту є закріплення загальних засад управлінського аудиту в Стандартах внутрішнього аудиту, затверджених наказом Мініфіну від 04.10.2011 р. № 1247, а також функцій із управлінського аудиту в Порядку утворення структурних підрозділів внутрішнього аудиту та проведення такого аудиту в міністерствах, інших центральних органах виконавчої влади, їх територіальних органах і бюджетних установах, які належать до сфери управління міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 28.09.2011 р.

Стаття надійшла до редакції 18.01.2013 р.

The organizational and law aspects of administrative audit are investigational. Essence and role of administrative audit is grounded in the organs of executive power. Directions of perfection of the organizational and law providing of administrative audit are defined.

В статті досліджуються організаційно-правові аспекти управлінського аудиту, обґрунтовується сутність і роль управлінського аудиту в органах виконавчої влади, визначаються напрями удосконалення організаційно-правового забезпечення управлінського аудиту.

Список використаних джерел

1. Чумакова І. Ю. Внутрішній аудит в Україні: організаційні засади створення в центральних органах виконавчої влади // Фінанси України. – 2011. – № 9. – С. 95–109.
2. Шестакова О. О. Міжнародний досвід стандартизації внутрішнього контролю та аудиту в секторі державного управління // Розвиток фінансової системи України в сучасних умовах. – К., 2011. – С. 119–121.
3. Шестакова О. О. Трактатування терміну «внутрішній аудит» у секторі загального державного управління: огляд вітчизняного та європейського законодавства // Методологія, методи та інструментарій фінансово-економічного та організаційно-правового регулювання відтворювальних процесів за інноваційно-інвестиційною моделлю. – Чернівці, 2011. – С. 319–321.
4. Подолянчу О. А. Тенденції розвитку внутрішнього аудиту в Україні // Збірник наукових праць. – Вінниця, 2009. – Вип. 38. – С. 147–153.
5. Робертсон Дж. Аудит / Пер. с англ. – М., 1993. – 496 с.
6. Internal Audits Lack Strategy for Risk Assessment. PricewaterhouseCoopers. – 2007. – May 21. – P. 12–23.
7. Мельник О. П. Правові основи функціонування внутрішнього державного аудиту як виду фінансово-господарського контролю // Науковий вісник. – Ірпінь, 2009. – № 1: Економіка, право. – С. 227–232.
8. Полякова Л. М., Билень З. В. Аудит ефективності управлінських систем і практичної діяльності підприємств // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2012. – № 722. – С. 211–215.
9. Пилипко А. Г. Перспективи застосування аудиту управлінської діяльності // Державне будівництво. – 2007. – № 1. – С. 1–9.
10. Пудич В. С. Управленческий аудит и аудит-менеджмент как особый род деятельности менеджера // Менеджмент в России и за рубежом. – 2005. – № 2. – С. 16–20.
11. Рачинський А. П. Управлінський аудит в системі управління персоналом // Теоретичні та прикладні питання державотворення. – 2008. – № 3. – С. 1–14.



УДК 350:347.764

Діана Кіріка,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри економічної теорії і права
Подільського державного аграрно-технічного університету*

ПРІОРИТЕТИ МЕХАНІЗМУ ЗВІТУВАННЯ ПРО ФІНАНСОВІ ОПЕРАЦІЇ В СИСТЕМІ ФІНАНСОВОГО МОНІТОРИНГУ

У статті досліджуються складові механізму запобігання відмиванню коштів у системі фінансового моніторингу згідно з міжнародними стандартами.

Ключові слова: фінансовий моніторинг, фінансовий облік, аналіз фінансової операції, транзакція, системи звітування, ідентифікація.

Проблема тінізації економічних відносин актуальна для всіх без винятку країн світу. Більше того, за даними іноземних експертів, у глобальному масштабі ця проблема має тенденцію до загострення. За оцінками Організації економічного співробітництва і розвитку (далі – ОЕСР), тінізація економіки за останні роки зростала щорічно на 6,2 %, а загальне економічне зростання становило у середньому 3,5 %. Це свідчить про те, що ця негативна тенденція входить в антагоністичну суперечність із інтересами довгострокового соціально-економічного розвитку будь-якої країни. Неконтрольований приплив і відплив великого обсягу «брудних» грошей потенційно може зруйнувати національну економіку країни, що їх приймає, а надлишкові потоки готівкових коштів, що потрапляють в обіг, спотворюють попит на готівку, відсоткові ставки та призводять до інфляції. Відплив мільярдів доларів на рік із економічної системи ставить під загрозу стабільність і розвиток не тільки окремих національних економік, а й міжнародної фінансової системи в цілому.

Методика дослідження процесу легалізації «брудних» коштів охоплює складні схеми послідовних дій, спрямованих на встановлення істинних джерел кримінальних капіталів, їх правову та соціальну природу. Ці схеми розглядали такі вітчизняні та зарубіжні вчені, як А. Клименко, Л. Доля, С. Беницький, О. Користін, Т. Качка, С. Гуржій, О. Копиленко, Х. Кернер, С. Газале, М. Веллер та ін. Аналіз доктринальних підходів до стану нормативно-правового регулювання фінансових операцій дозволяє визначити це дослідження як нагальне, актуальне та таке, що потребує подальших наукових і практичних розробок із метою якісного правового регулювання даних суспільних відносин, а також мінімізації правопорушень у цій сфері.

Мета цієї статті полягає у дослідженні проблемних питань, пов'язаних із з'ясуванням ролі фінансового моніторингу в забезпеченні захисту суспільних і державних інтересів, зокрема у сфері протидії відмиванню коштів, що створює реальну загрозу нормальному економічному розвитку країни.

Теоретичні пошуки науковців стосовно висвітлення тих чи інших питань різняться залежно від галузі права, дослідниками якої вони вважаються. Так, найбільш суттєвими до останнього часу були дослідження в галузі кримінального права щодо запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом. Меншою мірою дискутувалися питання розширення зони застосування превентивного законодавства (адміністративного, фінансового) щодо підвищення ефективності боротьби з відмиванням коштів. Основна проблема будь-якої спроби розширити зону застосування превентивного законодавства полягає саме у нестачі контролю та нагляду на початковому, первинному рівні фінансової діяльності.

Слід зазначити, що процес відмивання «брудних» грошей несе загрозу для загально-економічного розвитку територій і країн, які відмовляються від жорсткого контролю за цим видом міжнародної злочинної діяльності. На відміну від більшості розвинутих країн, в Україні при легалізації «брудних» капіталів злочинці віддають перевагу зберіганню їх у найбільш ліквідній формі. В більшості схем відмивання, з метою уникнення капітальних втрат у процесі легалізації, використовуються механізми переведення грошей з безготівкової в готівкову форму, в основному, через банківські установи [1, с. 41].

Основними складовими механізму запобігання відмиванню коштів у системі фінансового моніторингу, згідно з міжнародними

стандартами, є *ідентифікація клієнтів і дослідження та звітування про транзакції*.

Згідно з Рекомендаціями FATF фінансові установи можуть визначати рівень таких заходів на основі оцінки ризику, залежно від типу клієнта, ділових відносин або транзакції. Заходи, які вживаються, мають бути сумісними з вказівками, виданими компетентними органами влади. Фінансові установи виявляють більшу ретельність для категорій із підвищеним ризиком. Відповідно до Рекомендацій фінансові установи можуть проводити ідентифікацію до або під час встановлення ділових відносин чи проведення транзакції. Крім того, Рекомендації передбачають можливість завершення ідентифікації фінансовими установами і після проведення транзакції, що не несуть великого ризику, а також коли це важливо для підтримки нормального здійснення їх функцій [2].

Основним принципом сучасних стратегій із запобігання відмиванню коштів є *принцип «знай свого клієнта»* (відомий англійською мовою як «know your customer»), проголошений FATF у рекомендаціях 10 і 11. Зокрема, в рекомендації 10 йдеться про те, що фінансові інститути не повинні тримати анонімні рахунки чи рахунки, що відкриваються явно на фіктивні імена. У рекомендації 11 зазначається, що фінансові інститути повинні розпочинати розумні дії щодо одержання достовірної інформації про осіб, на чие ім'я відкриваються рахунки чи відбуваються транзакції, якщо виникають найменші сумніви, такі дані особи діють не від свого імені [2].

Слід зазначити, що передумовою запровадження ідентифікації осіб стала заборона так званих анонімних рахунків у більшості держав – членів ЄС та держав – учасниць FATF. І лише в Австрії до останнього часу зберігались анонімні ощадні вклади. В Україні анонімні рахунки запроваджені у 1995 р. Указом Президента України «Про відкриття анонімних валютних рахунків фізичних осіб (резидентів і нерезидентів)». Функціонування таких рахунків регламентувалося постановою Національного банку України. Однак уже у 1998 р. у зв'язку з ухваленням Указу Президента «Про деякі питання захисту банківської таємниці» були скасовані анонімні рахунки та запроваджувалися кодовані рахунки, які, у свою чергу, регулювалися відповідною постановою Правління Національного банку України. Після набрання чинності Законом України «Про банки та банківську діяльність» від 07.12.2000 р. відповідний Указ Президента України був скасований, як і постанова Правління Національного банку України. Разом із тим лише у 2003 р. прийняте рішення про остаточне закриття таких рахунків із 31.07.2003 р. На сьогодні законодавство України не тільки не передбачає можливості створення та функціонування анонімних рахунків, а й запроваджує пряму норму щодо заборони їх від-

криття (ч. 1 ст. 64 Закону України «Про банки і банківську діяльність»).

Відповідно до принципу «знай свого клієнта» ідентифікація і перевірка особистості клієнта має виконуватися на початку будь-яких ділових відносин. Критика цієї вимоги, як правило, ґрунтується на тому, що запити є не тільки дорогими, а й можуть відштовхнути клієнтів. Однак така вимога має і ряд переваг. *По-перше*, фінансові інститути можуть збільшити обсяг інформації про своїх клієнтів, що дозволить поліпшити та скоригувати надані фінансові послуги для конкретного клієнта. *По-друге*, інформація, що збирається, при цільовому використанні й аналізі може допомогти уникнути потенційних юридичних помилок. *По-третє*, підозрілі види діяльності можуть бути виявлені вчасно, що допоможе фінансовим інститутам уникнути виконання підозрілих транзакцій, що неминуче призведуть до фінансових утрат.

За рекомендаціями FATF для ідентифікації клієнта мінімальними даними, які слід запросити, є паспорт, фотографія й ідентифікаційний номер суб'єкта. Якщо клієнтом є компанія, то фінансова установа повинна запросити підтвердження легального статусу компанії та рекомендації. Також буде корисною інформація про найбільш часто використовувані рахунки компанії (якщо вони є) і бізнес-плани для наступного збереження в інформаційному файлі базових даних. На всіх етапах для фінансової установи важливо зберігати інформацію не тільки про всі кроки, а й про те, чому не були розпочаті визначені кроки, чому ця вимога діє як щодо відкриття рахунку, так і будь-яких транзакцій, що здійснюються в ході бізнес-відносин. Зазначені вимоги не є панацеєю. Установи не слід зупинятися на зборі інформації про клієнта та документах, вона повинна запроваджувати профілактичні заходи, у тому числі моніторинг діяльності клієнта, а також збір, аналіз, перевірку відповідної інформації для виявлення підозрілої діяльності [3, с. 90].

У Сорока Рекомендаціях FATF міститься змістовна характеристика процесу ідентифікації особи, яка передбачає:

- ідентифікацію клієнта на основі достовірних документів, даних або інформації з незалежних джерел;
- отримання інформації про цілі та наміри ділових відносин;
- підтримання поточного контролю для того, щоб переконатися, що транзакції, які здійснюються, збігаються з інформацією про клієнта.

На відміну від рекомендацій FATF, законодавство України застосовує чіткі формальні вимоги до ідентифікації осіб, що не можна вважати як недолік.

На особливу увагу заслуговує питання уникнення надмірного навантаження на суб'єктів при здійсненні ними процедури іден-

тифікації шляхом запровадження у законодавстві норми щодо обов'язкового проведення ідентифікації. Наявність такої норми відповідає європейським стандартам і з об'єктивного боку є виправданою.

Відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом» (далі – Закон) ідентифікація в Україні не є обов'язковою у разі:

- проведення фінансової операції особами, які раніше були ідентифіковані;
- укладення правочинів між банками, зареєстрованими в Україні.

Перше положення є прямим продовженням вимоги щодо здійснення ідентифікації при встановленні ділових відносин; наступне спрямоване на уникнення надмірного навантаження на осіб, які здійснюють ідентифікацію. Важливим елементом ідентифікації є час її проведення. Попередній механізм фінансового моніторингу в Україні передбачав, з-поміж іншого, що ідентифікація має здійснюватися лише до проведення операцій із клієнтом, при цьому будь-які винятки відсутні.

Законодавчими змінами в Україні запроваджені зміни щодо ідентифікації особи (клієнта), яка здійснюється до або під час встановлення ділових відносин, але до проведення фінансової операції. Таке формулювання вимоги більше узгоджується з рекомендаціями FATF. Відповідно до них фінансові установи можуть проводити ідентифікацію до або під час встановлення ділових відносин чи проведення трансакції. Крім того, рекомендації передбачають можливість завершення ідентифікації фінансовими установами і після проведення трансакції, якщо ідентифікація буде проводитись якомога швидше та коли трансакції не несуть великого ризику, а також коли це важливо для підтримки нормального здійснення їх функцій [2]. Таким чином, оскільки природа трансакцій зумовлює необхідність їх швидкого проведення, вимоги щодо здійснення фінансового моніторингу не повинні для досягнення мети руйнувати той чи інший вид трансакцій. Саме тому введення зазначеної нової норми до Закону є обґрунтованим кроком, який зробив більш гнучким українське законодавство [3, с. 92].

Одним із ключових інструментів фінансового моніторингу є також механізм дослідження підозрілих трансакцій щодо подальшого звітування про них. Вимога щодо дослідження підозрілих трансакцій чітко сформульована в рекомендації 11 Сорока Рекомендацій FATF: фінансові установи мають звертати особливу увагу на всі складні, незвичайно великі трансакції, всі незвичайні види трансакцій, що не мають явних економічних або очевидних правовірних цілей; підґрунтя та цілі таких трансакцій мають досліджуватися якомога скоріше, встановлені дані – зафіксу-

ватися письмово та бути доступними, щоб допомогти компетентним органам влади й аудиторам [2].

Дискусійними залишаються положення, визначення, вимоги, що містяться в Рекомендаціях FATF. Слушними, безумовно, є зауваження вітчизняних учених [4] при формулюванні таких категорій, як «складний», «незвичайно великий», «явні економічні цілі» тощо, що можуть мати досить широкий спектр тлумачень. Така ж система звітування про трансакції запроваджена Радою Європи (Директива 91/308, у ст. 5 якої зазначено, що кредитні та фінансові інституції з особливою увагою досліджують будь-яку трансакцію, яку вони вважають такою, що особливо вразлива за своєю природою для використання у відмиванні коштів), тобто цій системі також притаманна певна нечіткість у визначеннях.

Викладене дозволяє пояснити наявність недоліків і у системах дослідження та звітування деяких європейських країн. У Франції механізм дослідження та звітування стосується трансакцій, сума яких перевищує встановлену межу й які здійснюються за незвичайно складних обставин, а також коли вони не мають економічного обґрунтування або правомірної мети [5]. У Німеччині така нормативна вимога не містить жодних ознак підозрілості трансакцій, про які необхідно повідомити; увага зосереджується лише на наявності певних фактів, що дозволяють дійти висновку щодо можливої причетності до відмивання коштів даної трансакції. Не створено і будь-якого формального переліку трансакцій за видами, які найчастіше використовуються у схемах із відмивання коштів. Більше того, у 1993 р. Федеральний орган з нагляду за банками відмовився створювати такий каталог у зв'язку з тим, що він може стати посібником для злочинців [6]. У Швейцарії ознаки підозрілих трансакцій все ж закріплені у нормативно-правових актах [7].

Як правило, при визначенні ознак, що свідчать про можливість відмивання коштів, наводять такі загальновідомі ознаки:

- великі платежі готівкою;
- нетипові та такі, що не мають економічної мети, трансакції фондів із або до іноземних юрисдикцій;
- нетипова ділова діяльність або трансакція;
- велике або різке переміщення фондів;
- невідповідність суспільного становища клієнта з розмірами фондів, якими від оперує;
- захисна позиція при опитуванні.

Безумовно, неможливо повністю охопити та формалізувати за певними ознаками всі підозрілі трансакції. Науково-технічний прогрес і розвиток фінансового сектора створюють нові можливості для клієнтів, з-поміж яких злочинці у числі перших можуть використовувати певні переваги, задіюючи при цьому додаткові ресурси. Крім того, за кожною з

транзакцій може стояти окрема особистість, яка накладає власний індивідуальний характер. Саме тому можливим є твердження про наявність певних недоліків у нормативному закріпленні ознак підозрілих транзакцій, які базуються на неспроможності процесу нормотворення щодо оперативного реагування на досягнення фінансового сектора та використання злочинцями новітніх можливостей в обхід ознак, закріплених у нормативно-правових актах, а також наявності нечіткості у визначенні вимоги про звітування щодо підозрілої транзакції [3, с. 94–95].

Таким чином, оскільки в основі механізму звітування закладено обов'язковість звітування щодо окремих операцій із переліку тих, які досліджувались у межах внутрішнього фінансового моніторингу, у Законі закріплено два відокремлені переліки операцій, що підлягають обов'язковому та внутрішньому фінансовому моніторингу:

- фінансова операція підлягає внутрішньому фінансовому моніторингу, якщо вона має одну або більше ознак, що містять ризики, аналіз яких та ініціативне їх виявлення, у свою чергу, покладається на суб'єкта первинного фінансового моніторингу;
- фінансова операція підлягає обов'язковому фінансовому моніторингу за двома критеріями: розмірами угоди й її характером.

На нашу думку, така вимога створює суттєвий недолік у механізмі звітування про підозрілі транзакції. Обов'язковому звітуванню підлягають не всі операції, сума яких перевищує встановлену межу, а лише ті з них, що визначені законом. Не є переконливим у даному випадку аргумент, що таке звуження пов'язане з прагненням уникнути покладення надмірного навантаження на суб'єктів первинного фінансового моніторингу, оскільки для цієї мети більш доцільним є негативне визначення, тобто встановлення винятків із вимоги про звітування для тих операцій, які не несуть або несуть низький ризик їх використання для цілей відмивання коштів. Крім того, зважаючи на постійне вдосконалення схем відмивання коштів, запровадження саме позитивного переліку операцій, які підлягають звітуванню, на рівні закону є недоцільним через потребу постійного оновлення такого переліку [3, с. 95–96].

У науковій літературі розглядається два основних різновиди систем звітування про транзакції – об'єктивний та суб'єктивний. Слід зазначити, що транзакції характеризують такими *специфічними ознаками*: загальними або специфічними (стосується стандартних або унікальних ресурсів); швидкоплинними або тривалими, одиничними або такими, що регулярно повторюються; слабо або сильно залежними від непередбачуваних майбутніх подій; з легко або важко вимірними кінцевими результатами (які дозволяють більш-менш ефективний контроль за виконанням

учасниками взятих на себе зобов'язань); автономними або такими, що тісно переплітаються з іншими операціями [8].

Система нормативного закріплення ознак підозрілості лежить в основі *суб'єктивної моделі*, яка своє поширення та практичну реалізацію отримала у 80–90-х роках ХХ ст. Їй передувала модель, що отримала назву *об'єктивної*, яка з'явилась уперше у США у 1970 р. з ухваленням Акта про звітування про валютні й іноземні транзакції, який надав право Міністерству фінансів вимагати від фінансових установ звітування, якщо воно має високий рівень корисності для кримінальних, податкових розслідувань. Зокрема, було запроваджене обов'язкове звітування фінансовими установами про всі валютні транзакції та транзакції з використанням широкої низки платіжних інструментів, які перевищують певну межу. Ця межа була встановлена на рівні 10 000 дол. США. Основними перевагами такої системи є [4, с. 98]:

- створення відразливого ефекту для злочинців у сфері відмивання коштів через ускладнення процесу відмивання;
- створення ефективного засобу сприяння розслідуванням відмивання коштів через створення чіткого сліду зафіксованих транзакцій;
- менші витрати на навчання персоналу щодо дотримання вимог звітування.

Об'єктивна модель була адекватною у той час, коли схеми відмивання коштів реалізовувалися шляхом простого депонування великих сум готівки у банках. Таким чином, об'єктивна модель звітування є ефективним бар'єром лише для такого простого розміщення готівки. І хоча об'єктивна модель використовується у таких країнах, як Австралія, Бразилія, Коста-Ріка, Еквадор, Норвегія, Парагвай, Уругвай та Венесуела, на відміну від суб'єктивної, вона не набула істотного поширення [4, с. 138].

Слід також зазначити, що однією з причин значного поширення у світі суб'єктивної моделі слід уважати реалізацію міжнародної ініціативи, а об'єктивна модель запроваджувалася в системі національного законодавства однієї країни. Крім того, хоча суб'єктивна модель є більш складною, вона характеризується і більшою ефективністю, оскільки активно залучає фінансові та нефінансові установи у процес протидії відмиванню коштів, дозволяє їм ефективніше розподіляти свої ресурси, спрямовані на функціонування системи звітування.

Разом із тим помилковим є твердження щодо суб'єктивної моделі як ідеальної, оскільки вона покладає на суб'єктів первинного моніторингу досить значну відповідальність. Зважаючи на нечіткість поняття, наприклад, «підозрілість», фінансові установи мають можливість його широкого тлумачення, однак, безперечно, ще матимуть місце і

факти браку досвіту персоналу у визначенні підозрілих трансакцій; похибка такого дослідження потенційно має всі можливості до зростання. З одного боку, це призведе до надмірного розкриття інформації на шкоду правам клієнтів, а з іншого – може стати у нагоді злочинцям. Саме тому оптимізація системи дослідження та звітування щодо підозрілих трансакцій ґрунтується на поєднанні переваг обох моделей і має містити як звітування про всі трансакції, що перевищують певну межу, так і вимогу активної аналітичної роботи щодо визначення підозрілих трансакцій.

Висновки

Формально вимоги українського законодавства достатньою мірою відповідають змістовній характеристиці рекомендацій FATF. Однак українська система суттєво відрізняється як від однієї, так і від іншої моделі, хоч і містить характеристики, притаманні їм обом. На нашу думку, в запровадженій системі фінансового моніторингу в Україні істотною перевагою є надання значної уваги змістовній чіткості вимог про взяття на облік і звітування про трансакції. Така чіткість є наслідком того, що обов'язкове звітування за власною ініціативою суб'єктів первинного фінансового моніторингу поширюється лише на формально визначені типи операцій. У той самий час Закон чітко встановлює ознаки підозрілості фінансових операцій.

З метою визначення операцій, які підлягають внутрішньому фінансовому моніторингу, у Законі застосовано підхід із визначенням якісних ознак, а з метою визначення операцій, які підлягають обов'язковому фінансовому моніторингу, – чіткі формальні визначення операцій. Положення про надання звітів на основі як обов'язкового, так і внутрішнього фінансового моніторингу завжди стосуються конкретних операцій. Це вужчий, ніж встановлений Європейською Директи-

вою, стандарт, який передбачає звітування про будь-який факт, що вказує на відмивання коштів. Ця відмінність не є винятково теоретичною, наприклад, лише той факт, що особа, відома як злочинець, є держателем рахунку, вже сам собою є інформацією. Саме тому система підозрілої операції повинна бути розширена для охоплення цього поняття.

Заслугує на увагу новий підхід у комплексі заходів фінансового моніторингу, що базується на управлінні ризиками відмивання коштів із урахуванням результатів ідентифікації та вивчення фінансової діяльності клієнта, послуг, що надаються клієнту, аналізу операцій, проведених ним, їх відповідності фінансовому стану та змісту діяльності клієнта.

Список використаних джерел

1. Користін О. Є. Відмивання коштів: теоретико-правові засади протидії та запобігання в Україні. – К., 2007. – 448 с.
2. Financial Action Task Force. Forty Recommendations [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.oecd.org/fatf>.
3. Користін О. Є., Гавдьо Ю. Р., Кіріка Д. В. Фінансовий моніторинг у сфері страхової діяльності як інститут економічної безпеки України. – К., 2012. – 304 с.
4. Качка Т. Боротьба з відмиванням грошей: Комплексний порівняльно-правовий аналіз відповідності законодавства України аспису Європейського Союзу в сфері боротьби та запобігання легалізації доходів, отриманих злочинним шляхом. – К., 2004. – 288 с.
5. Stéphane Gazalé, France, Butterworths International Guide To Money Laundering: Law And Practice. – Richard Parlour ed., 1995.
6. Michael Weller, Clifford Chance, Germany, Butterworths International Guide To Money Laundering: Law And Practice Richard Parlour ed., 1995.
7. Urs Pulver, Switzerland, Butterworths International Guide To Money Laundering: Law And Practice. – Richard Parlour ed., 1995.
8. Milgrom P. R., Roberts J. Economics, organization and management. Englewood Cliffs. – 1992. – P. 30–33.

Стаття надійшла до редакції 08.01.2013 р.

The article investigates the principles of the prevention of money laundering in the financial monitoring system in accordance with international standards.

В статье исследуются составляющие механизма предотвращения отмыывания средств в системе финансового мониторинга согласно международным стандартам.



УДК 347.73:351.72(477)

Олег Ільницький,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри адміністративного та фінансового права
юридичного факультету
Львівського національного університету ім. Івана Франка

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗАХОДІВ ВПЛИВУ ЗА ПОРУШЕННЯ БЮДЖЕТНОГО ЗАКОНОДАВСТВА Й ЇЇ ВПЛИВ НА ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ

Стаття присвячена проблемі визначення правової природи заходів впливу за порушення бюджетного законодавства у структурі фінансово-правових санкцій.

Ключові слова: фінансово-правовий примус, юридична відповідальність, фінансові санкції, заходи впливу за порушення бюджетного законодавства.

У зв'язку із розвитком і становленням фінансового права як самостійної галузі, дослідники намагалися створити та обґрунтувати її завершену типову автономну структуру у системі права традиційного континентального праворозуміння, одним із елементів якої вважається самостійний вид юридичної відповідальності. Крім теоретичних передумов, вказане прагнення мало очевидне практичне значення – об'єднання карального (штрафного) та компенсаційно-відновлювального (фіскального) характеру впливу при застосуванні санкцій у фінансово-правовій сфері, що не могло бути досягнуто в межах застосування стягнень одного з уже існуючих видів юридичної відповідальності. Новий етап розвитку вказана проблема отримала після нормативного оформлення фінансово-правової відповідальності у правовій системі України з прийняттям Податкового кодексу (далі – ПК) України (підпункт 111.1.1 п. 111.1 ст. 111).

Активізація цього напрямку наукових досліджень зумовила появу численних теорій, які б упевнено дозволяли констатувати самостійне значення та характеристику фінансово-правової відповідальності одночасно з суміжними правовими утвореннями. Одним із варіантів такого розвитку подій стало віднесення визначених у Бюджетному кодексі (далі – БК) України (ст. 117) заходів впливу за порушення бюджетного законодавства як специфічних фінансово-правових санкцій до очевидних свідчень існування фінансово-правової відповідальності [1, с. 427; 2, с. 184; 3, с. 200]. Зазначена тенденція бере свій нормативний відлік ще від БК України 2001 р., коли аналогічні заходи були об'єднані у гла-

ві 18 «Відповідальність за бюджетні правопорушення».

Питання дослідження та обґрунтування окремих видів юридичної відповідальності в межах галузей права є предметом наукового інтересу як дослідників загальної теорії права, так і фахівців відповідних галузевих правових наук. У рамках теорії фінансового права з'ясування питань, які стали об'єктом цієї наукової розвідки, проводилося у роботах М. Сенцової (Карасьової), Л. Воронової, М. Розгільдієвої, В. Чернадчука.

Метою цієї статті є з'ясування природи та місця заходів впливу, які застосовуються за порушення бюджетного законодавства у структурі фінансово-правового примусу, а також її вплив на правозастосування, для підвищення рівня охорони прав і свобод осіб у сфері бюджетних відносин.

Узагальнюючи висловлені у спеціальній літературі думки, перелічені у ст. 117 БК України заходи впливу за порушення бюджетного законодавства відносять до різновидів санкцій фінансово-правової відповідальності з огляду на такі ознаки: зазначені санкції застосовуються тільки за здійснене бюджетне правопорушення; вони встановлюються державою у фінансово-правових нормах, які є охоронними та містять фінансово-правові санкції; вони застосовуються до правопорушника суб'єктами, яким надане це право БК України; вони мають взаємозв'язок із заподіянням правопорушнику визначених негативних наслідків, тобто тягнуть для порушника приписів БК України визначені негативні наслідки – позбавлення матеріального (грошового)

характеру; вони реалізуються в процесуальній формі, що передбачена БК України [3, с. 200].

Детальне дослідження згаданих ознак не дає підстави однозначно стверджувати про природу заходів впливу, перелічених у ст. 117 БК України, як заходів юридичної відповідальності. Найістотніший аргумент цього у вказаному переліку, на наш думку, полягає у прямому взаємозв'язку між вчиненням бюджетним правопорушенням і застосуванням заходів впливу. Де-юре можемо констатувати цілковиту схожість у підставах застосування заходів впливу за порушення бюджетного законодавства та будь-яких інших заходів юридичної відповідальності: ч. 1 ст. 117 БК України прямо визначає, за які порушення бюджетного законодавства, склади яких перелічені у ст. 116 БК України, які заходи впливу, визначені у ст. 117 БК України, можуть застосовуватися до учасників бюджетного процесу, що створює алгоритм фактичної та нормативної підстави юридичної відповідальності. А регламентований нормами БК України та численними підзаконними нормативними актами порядок позасудового застосування цих санкцій дає підстави стверджувати про процесуальну підставу юридичної відповідальності. Однак така схожість носить лише поверховий зовнішній характер.

Взаємозв'язок між правопорушенням і стягненням у механізмі відповідальності побудований із урахуванням основних принципів юридичної відповідальності, визначених на найвищому законодавчому рівні – невідворотний та індивідуальний характер відповідальності за конкретне правопорушення, недопустимість подвійного покарання за вчинене правопорушення в межах одного виду юридичної відповідальності (ст. 61 Конституції України).

Дослідження змісту статей 116 та 117 БК України не дає можливості дійти таких висновків. По-перше, існують правопорушення, за які жоден із перелічених заходів впливу не застосовується, а за інші (нерівнозначні за ступенем своєї шкідливості для суспільства та небезпекою наслідків) можуть застосовуватися декілька заходів стягнення, а за змістом нормативних приписів слід припускати, що такі заходи *застосовуються* одночасно. Пункт 40 ст. 116 БК України називає «інші випадки порушень бюджетного законодавства учасниками бюджетного процесу», а ст. 117 БК України у кореспондуючих нормах передбачає заходи впливу за ці неназвані правопорушення (в тому числі «інші заходи впливу, які можуть бути визначені законом про

Державний бюджет України» – п. 8 ст. 117 БК України), що не можна вважати допустимим для співвідношення між порушенням і заходами відповідальності за нього.

Вказані аргументи можна заперечити тим, що український законодавець через хиби у нормотворчій техніці у зв'язку з власним незнанням, недбалістю чи усвідомленим бажанням відійшов від принципів регулювання та закріплення відносин юридичної відповідальності, а тому слід належним чином підходити до аналізу сутності правового інституту, а не його зовнішнього виразу. Однак тоді, виходячи із принципів верховенства права, ми не маємо підстав вести мову про будь-які обмеження, які за нормативною формою свого застосування до особи володіють такими істотними хибамі, як про найважчу форму осуду та законного обмеження прав особи з боку держави, якою є юридична відповідальність.

Для глибшого аналізу цієї проблеми, звернімося до решти ознак юридичної відповідальності, фінансово-правових санкцій і заходів впливу за порушення бюджетного законодавства. Всі вони у своїй сукупності (нормативна процесуальна форма, правоохоронний характер, примусовий обмежувальний вплив на правопорушника) є визначальними щодо характеристики реалізації одного з методів діяльності держави й інших публічних утворень у сфері здійснення публічного управління – державного примусу. Безумовно, відповідальність є одним із видів державного примусу, через що вони і володіють спільними ознаками, але її слід відмежовувати від інших форм його реалізації – застосування заходів запобігання (попередження) та припинення, що, у тому числі, можуть виражатися у відповідних правових санкціях [4, с. 415–418].

Аналіз санкцій відповідальності й інших видів примусу свідчить, що якщо перші характеризуються чітко вираженим каральним впливом на правопорушника через сферу його інтересів при застосуванні державного примусу, то інші його заходи спрямовуються на запобігання, припинення правопорушення або ліквідацію його наслідків (про що зазначено, у тому числі, на нормативному рівні у ст. 238 Господарського кодексу (далі – ГК) України «Застосування адміністративно-господарських санкцій до суб'єктів господарювання»).

Досліджуючи перелічені у ст. 117 БК України заходи впливу за порушення бюджетного законодавства та порядок їх застосування, слід звернути увагу на те, що більшість із них не має пріоритетного карального призначення – попередження про неналежне ви-

конання бюджетного законодавства з вимогою усунення порушення бюджетного законодавства (п. 1), зупинення операцій з бюджетними коштами (п. 2), зупинення бюджетних асигнувань (п. 3), зупинення дії рішення про місцевий бюджет (п. 6) є лише тимчасовими заходами оперативного впливу на поведінку учасників бюджетного процесу, спрямованими на те, щоб вказати на вчинене правопорушення, усунути можливості щодо продовження протиправної діяльності та запобігти істотнішій шкоді охоронюваним правовідносинам до виправлення ситуації.

Заслуговує на увагу зауваження М. Розгільдієвої про сутнісну різницю між попередженням про неналежне виконання бюджетного законодавства та вимогою щодо усунення порушення бюджетного законодавства як одну з фінансово-правових санкцій, що за своєю зовнішньою формою близька до попередження – ординарного заходу адміністративної чи дисциплінарної відповідальності. На її думку, правова регламентація цього заходу примусу не суміжна з будь-якими наслідками, які є обтяжливими для правопорушника. Специфіка попередження в тому, що воно більше спрямоване на усунення умов для вчинення порушення у подальшому, а не на покарання [5, с. 29]. Разом із тим зменшення бюджетних асигнувань (п. 4), повернення бюджетних коштів до відповідного бюджету (п. 5) чи безспірне вилучення коштів із місцевого бюджету (п. 7) є радше елементами методів управління державою *належними їй* бюджетними коштами у разі, якщо розпорядниками чи одержувачами вони використовуються всупереч наданим повноваженням (бюджетним асигнуванням), отже, всупереч закріпленому за ними правовому режиму, що охоплює цільове призначення, порядок використання тощо.

Безумовно, такі форми впливу на поведінку носять негативний характер для суб'єктів їх застосування, однак це притаманне природі будь-яких примусових заходів публічного управління, у тому числі у фінансовій сфері. Більше того, В. Чернадчук вказує на те, що санкції фінансово-правової норми за своєю сутністю є економічно-юридичними (майновими), бо невиконання, небажаність передбачуваних ними заходів полягає у зменшенні майнової сфери правопорушника через його грошові фонди та кошти. На перший погляд, стягнення (заходи) за порушення бюджетного законодавства здійснюють фінансовий вплив і зменшують майнову сферу правопорушника, яким є розпорядник або одержувач бюджетних коштів. Однак бюджетні кошти

перераховуються розпорядникам тільки на фінансування видатків, що передбачені актом про бюджет. Призначення бюджету полягає у фінансовому забезпеченні виконання завдань і функцій, які здійснюються органами державної влади та місцевого самоврядування. Санкції (заходи) є тимчасовими позбавленнями або обмеженнями грошового чи нормативного характеру. Застосування таких заходів, як зупинення бюджетних асигнувань, зупинення операцій з бюджетними коштами, зменшення асигнувань розпорядникам асигнувань на суму коштів, що витрачені не за цільовим призначенням, зупинення операцій з бюджетними коштами має на меті, як і фінансові санкції, позбавлення (обтяження) майнового (грошового) характеру до правопорушника, але, на відміну від фінансових, грошові кошти, замість перерахування з рахунку правопорушника до бюджету, не виділяються з бюджету або виділяються з обмеженнями. З іншого боку, обмеження бюджетного фінансування має наслідком обмеження виконання функцій бюджетної установи, які є частиною функцій суспільно-територіального утворення і, врешті-решт, обмеження задоволення публічних потреб. Заслуговує на увагу той факт, що за винні дії або бездіяльність правопорушник, яким є розпорядник бюджетних коштів – бюджетна установа в особі керівника, несе відповідальність, у тому числі, й кінцевий споживач бюджетних послуг, яким є певна частина населення [6, с. 52–53].

Таким чином, з огляду на вказане, а також на аналіз порядку застосування вказаних заходів, слід однозначно підтримати обгрунтовану В. Чернадчуком теорію оперативно-бюджетних санкцій [6], розглядаючи їх як елемент методу фінансово-правового примусу, що відрізняється від відповідальності, у системі публічного управління у сфері бюджетних відносин. Тому повністю підтримуємо позицію М. Розгільдієвої у частині розмежування бюджетно-правової відповідальності та бюджетно-правового примусу як частини і цілого [7, с. 366–400], що має отримати своє продовження та розвиток при застосовуванні заходів впливу за порушення бюджетного законодавства як особливої форми фінансового примусу.

Які ж наслідки має впровадження цієї теорії на практиці? З одного боку, її застосування тягне втрату «останнього аргументу» (недопустимість кратного застосування заходів відповідальності за одне правопорушення) у боротьбі з надмірним багаторазовим застосуванням (аж до відвертих зловживань)

фінансовими органами своїх повноважень щодо накладення заходів впливу за порушення бюджетного законодавства.

Прописані сьогодні прямі процедурні норми є загальними й єдиною нормативною пересторогою у ч. 3 ст. 118 БК України є заборона на застосування заходів впливу за порушення бюджетного законодавства за раніше виявлені й усунені порушення та обмеження часу їх застосування межами одного бюджетного періоду. Більше того, деталізовані у відповідних постановах Кабінету Міністрів України (від 19.01.2011 р. № 21, від 17.03.2011 р. № 255 тощо) порядки застосування заходів впливу утворюють у думці, що всупереч встановленій і закріпленій у БК правовій природі, вказані санкції можуть та повинні застосовуватися за логікою уряду без відповідної кінцевої мети та з невизначеним призначенням. Очевидним прикладом цього висновку є порядок, за яким зупинення операцій або ж зменшення асигнувань може відбуватися не лише за програмою чи класифікацією, за якою виявлено порушення, а й за відсутності коштів на відповідному рахунку чи бюджетних асигнувань у поточному бюджетному періоді за будь-якою іншою. Така ситуація на практиці трапляється доволі часто, оскільки ці заходи застосовуються за порушення, які вчинені за один або декілька бюджетних періодів до їх виявлення. А пункт 14 Порядку зупинення операцій з бюджетними коштами, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 19.01.2011 р. № 21 прямо передбачив, що відновлення операцій з бюджетними коштами не позбавляє уповноважені органи права повторного застосування такого заходу впливу за порушення вимог бюджетного законодавства до тих же розпорядників та/або одержувачів у разі неусунення або вчинення зазначених порушень у подальшому. У цьому випадку постає питання про доцільність, обґрунтованість і результативність застосування вказаних заходів державного примусу. Їх застосування не має перетворюватися на самоціль, а на підставі загальних принципів повинно мати своїм наслідком припинення правопорушення або ж сприяння усуненню його наслідків. Лише у разі, якщо з об'єктивних причин досягти цього за один період застосування заходів впливу не вдається, вони можуть застосовуватися повторно. Дотримання цих умов може виправдовувати застосування, у тому числі багаторазове, заходів впливу за порушення бюджетного законодавства.

Вказаний висновок на практиці продемонстровано в ухвалі Вищого адміністративно-

го суду України від 06.10.2011 р. у справі № К/9991/36795/11 про перевірку законності чотириразового застосування органами Державної контрольно-ревізійної служби України зупинення операцій з бюджетними коштами за одне й те саме бюджетне правопорушення.

З матеріалів справи вбачається, що до позивача чотириразово застосовувалися зупинення операцій з бюджетними коштами не як самостійна санкція, а як елемент процедури зменшення бюджетних асигнувань. За правилами п. 11 відповідного Порядку, що діяв на той час, якщо протягом 30 днів після прийняття рішення про зупинення операцій з бюджетними коштами не прийнято рішення про зменшення бюджетних асигнувань, контролюючим органом в установленому законодавством порядку може бути прийнято рішення про повторне зупинення операцій з бюджетними коштами. Таким чином, КРУ мало формальне право неодноразово застосовувати один і той самий захід за одне і те ж порушення бюджетної дисципліни.

Разом із тим колегія суддів зазначила, що в будь-якому разі рішення контролюючого органу повинно відповідати вимогам, установленим у ч. 3 ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України, у тому числі: прийняте з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано; обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії); розсудливо; пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи та цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія); своєчасно, тобто протягом розумного строку. Оскільки ж розпорядження хоч формально і прийняте на підставі та у межах повноважень, що передбачені законодавством, проте не відповідає переліченим вимогам, які ставляться до рішення суб'єкта владних повноважень, а тому його визнано протиправним. З огляду на те, що судами встановлено, що *при попередніх аналогічних розпорядженнях відповідачем не вжито всіх необхідних заходів у процедурі зменшення бюджетних асигнувань, тобто кінцева мета, задля якої застосовувалися такі заходи, не досягнута*, у тому числі з вини КРУ, *то прийняття оскаржуваного розпорядження через два роки після виявлення відповідного порушення розцінено як не-правомірне*.

Вважаємо, що зроблений вищою судовою інстанцією висновок повинен стати одним із наріжних каменів і спрямовуючим вектором у правозастосуванні заходів впливу за порушення бюджетного законодавства як форми державного примусу у бюджетно-правових відносинах, оскільки втручання держави у сфе-

ру відносин між особами завжди має бути обґрунтоване певною метою – забезпечення досягнення публічного інтересу й охорони відповідних суспільних відносин.

Висновки

Заходи впливу за порушення бюджетного законодавства є спеціальними фінансово-правовими санкціями (оперативно-бюджетними), що застосовуються з метою попередження чи припинення порушень у бюджетній сфері або мінімізації їх наслідків, одним із елементів фінансово-правового примусу, що застосовується для регулювання суспільних відносин та управління бюджетними коштами. Застосування таких заходів не підпадає під загальні правила застосування стягнень юридичної відповідальності, однак має відповідати вимогам, які висуваються до форм діяльності держави. Це, у свою чергу, повинно стати достатньою пересторогою від зловживань компетентними органами державної влади щодо незаконного та необґрунтованого їх застосування.

Стаття надійшла до редакції 15.02.2013 р.

Article is devoted to the problem of determining the legal nature of measures for violation of the budget law in the structure of financial-legal sanctions.

Статья посвящена проблеме определения правовой природы мер воздействия за нарушение бюджетного законодательства в структуре финансово-правовых санкций.

Список використаних джерел

1. *Науково-практичний коментар Бюджетного кодексу України* / За ред. М. Я. Азарова. – К., 2010. – 480 с.
2. *Правове регулювання місцевих фінансів в Україні* / О. В. Солдатенко, В. І. Антипов, О. А. Музика-Стефанчук та ін.; За ред. О. В. Солдатенко. – К., 2011. – 244 с.
3. *Нагребельний В. П., Чернадчук В. Д., Сухонос В. В.* Фінансове право України: Загальна частина / За ред. В. П. Нагребельного. – К., 2003. – 213 с.
4. *Адміністративне право України: Академічний курс: У 2 т.* – К., 2007. – Т. 1. – 592 с.
5. *Розгильдиева М. Б.* Проблемы института бюджетно-правовой ответственности в бюджетном праве России // *Фінансове право*. – 2012. – № 3. – С. 27–30.
6. *Чернадчук В. Д.* Правовая природа стягнень за порушення бюджетного законодавства // *Правовий вісник Української академії банківської справи*. – 2008. – № 1. – С. 50–54.
7. *Розгильдиева М. Б.* Теория финансово-правового принуждения и сферы его применения: дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2011. – 563 с.



УДК 336.14:352:341.244

Оксана Тулай,канд. екон. наук, доцент,
доцент кафедри фінансів,**Анна Марчук,**слухач магістратури із спеціальності «Фінанси і кредит»,
Тернопільського національного економічного університету

ДОХОДИ МІСЦЕВИХ БЮДЖЕТІВ УКРАЇНИ ТА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ СТАНДАРТИ: проблеми імплементації

У статті досліджуються проблеми фінансового забезпечення місцевого самоврядування в контексті міжнародного законодавства, аналізуються сучасні тенденції формування дохідної частини місцевих бюджетів України та їх відповідність європейським стандартам.

Ключові слова: доходи місцевих бюджетів, децентралізація, фінансова незалежність, місцеві податки і збори.

Тенденція до децентралізації так чи інакше пронизує всі сфери суспільного життя, й якщо провідні країни світу на сучасному етапі лише вносять незначні корективи до свого вже десятиріччями втілюваного плану фінансово-економічного розвитку, то Україна лише виходить на цей шлях. Приєднавшись до Європейської хартії місцевого самоврядування, прийнявши низку передових за своїм значенням нормативно-правових актів, ухваливши нові Бюджетний та Податковий кодекси (далі – БК, ПК) наша держава чітко дає зрозуміти, що обрала демократичний вектор і готова переймати кращий світовий досвід. Зрозуміло, що саме децентралізація бюджетної системи стає першочерговим кроком на цьому шляху.

Питання децентралізації бюджетної системи та забезпечення фінансової самостійності органів місцевого самоврядування регулярно порушується у науковій літературі. Своє висвітлення ця тематика знайшла у працях О. Василика, В. Дем'янишина, О. Кириленко, В. Кравченка, І. Луніної, А. Лучки, В. Опаріна, Л. Тарангул, В. Федосова, С. Юрія та ін. Незважаючи на попередню розробленість, цей напрям досліджень потребує подальшого опрацювання, а рекомендаційні здобутки – системних видозмін із огляду на нестабільність економічної ситуації та трансформаційні явища, що мають місце на сучасному етапі розвитку нашої держави.

Метою цієї статті є окреслення основних тенденцій функціонування місцевих бюджетів України, встановлення їх відповід-

ності світовим стандартам, виділення ключових проблем формування їх дохідної бази та виявлення резервів зміцнення фінансової незалежності органів місцевого самоврядування.

З кожним роком усе більше держав повідомляють про свою повну готовність долучитися до тих чи інших угод, підтримати певні міжнародні стандарти. Підставами для імплементації світових стандартів місцевого самоврядування в Україні є Європейська хартія місцевого самоврядування (1985 р.), Всесвітня Декларація місцевого самоврядування (1985 р.), Європейська хартія міст (1992 р.), Декларація про принципи місцевого самоврядування у державах – учасниках співдружності СНД (1993 р.), Хартія конгресу місцевих і регіональних влад Європи (1994 р.), Міжнародний Союз місцевих влад та Всесвітня Федерація споріднених міст.

Після прийняття Конституції перед Україною гостро постала проблема визначення преференцій у побудові системи місцевих фінансів. На допомогу прийшла Рада Європи із прийнятою у 1985 р. Європейською хартією місцевого самоврядування. В Україні вона ратифікована у липні 1997 р., проте офіційний переклад і публікація відбулись у 2002 р. З часу ратифікації стосунки із Радою Європи складаються неоднозначно. Незважаючи на те, що більшість основоположних принципів Хартії знайшли своє відображення у національному законодавстві, основна їх маса у достатньому обсязі не виконується на практиці.

Всесвітня Декларація місцевого самоврядування ухвалена Всесвітньою асоціацією місцевого самоврядування у вересні 1985 р. – через два місяці після підписання Європейської хартії, яку багато в чому і повторює.

Декларація про принципи місцевого самоврядування у державах – учасниках співдружності СНД прийнята у 1993 р. Міжпарламентською асамблеєю СНД. Вона відтворює лише частину принципів Європейської хартії.

Європейська хартія міст і Європейська декларація прав міст ухвалені у березні 1992 р. та проголошують право кожного громадянина міста на задоволення його потреб.

У Декларації щодо регіоналізму в Європі, ухваленій Асамблеєю регіонів Європи у 1996 р., приділяється особлива увага міжнародній співпраці органів місцевого самоврядування країн-учасниць.

У розглянутих актах є низка спільних принципів: по-перше, органи місцевого самоврядування мають право отримувати фінансові ресурси та вільно розпоряджатися ними у межах своїх повноважень; по-друге, обсяг таких ресурсів повинен бути достатнім для забезпечення належного виконання передбачених функцій; по-третє, держава забезпечує підтримку слабких у фінансовому відношенні територій шляхом фінансового вирівнювання.

Як же пристосувалися принципи, декларовані Європейською хартією, до сучасних реалій функціонування місцевих фінансів в Україні? Чи здатне наше податково-бюджетне законодавство адаптуватися до цих принципів?

Право на фінансові ресурси. Одним із індикаторів, що дозволяє охарактеризувати ступінь централізації тієї чи іншої системи, є визначення частки обраного елемента у загальній сукупності. За європейськими стандартами частка місцевих фінансових ресурсів у консолідованому бюджеті має становити 40–60 %. Незважаючи на обраний і декларований «європейський вектор», в Україні більша частина ресурсів держави акумулюється у державному бюджеті; при цьому частка місцевих бюджетів має тенденцію до зниження (20 % у 2011 р.). Отже, закладене у Європейській хартії право місцевої влади накопичувати ресурси шляхом надходження відповідних доходів до бюджету «де-факто» виконується, проте європейським стандартам не відповідає.

Диверсифікований характер. Перед державою стоїть завдання якнайефективніше розпорядитися наявними ресурсами. Для цього необхідно проаналізувати: які повноваження слід залишити за собою, а які делегувати органам місцевого самоврядування; які

джерела надходжень виявляться більш результативними у розпорядженні «центру», а які принесуть більше плодів на периферії; який розподіл прав стимулюватиме всі ланки системи до ефективної діяльності та співпраці.

У 2011 р. до місцевих бюджетів України надійшло 181,3 млрд грн. Із них: 71,3 млрд грн (39 %) – податкові надходження; 10,7 (6 %) – неподаткові надходження; 1,8 (2 %) – доходи від операцій з капіталом; 94,9 млрд грн (52,3 %) – міжбюджетні трансферти [1]. Наведене свідчить, що сучасну бюджетну політику держави не можна назвати рентабельною. І проблема не у тому, що певні «філії» час від часу дають збій. Ситуація, за якої материнська компанія стабільно «годує» дочірні протягом усього циклу функціонування свідчить про те, що від самого початку фундаментальні засади організації та фінансової діяльності всього холдингу закладені неправильно.

Податкова компонента. Об'єктивними критеріями вибору того чи іншого податкового платежу для зарахування до місцевого бюджету є:

- економність, що проявляється у переважанні фіскального ефекту над затратами на адміністрування – дешевизна, простота та зручність;
- рівномірність розподілу бази оподаткування серед адміністративно-територіальних одиниць як передумова для автоматичного вирівнювання дохідних можливостей у розрізі територій [2];
- невисокий рівень залежності надходжень місцевих податків від циклів ділової активності для рівномірного у часі поступлення доходів та уникнення мультиплікації кризових явищ.

Проте на практиці ситуація складається іншим чином. Бюджет Тернопільського району (однієї з типово дотаційних адміністративно-територіальних одиниць) дозволяє на реальному прикладі проаналізувати неефективність здійснюваного державою податково-бюджетного регулювання.

Фактичні надходження дохідної частини бюджету Тернопільського району за станом на 01.01.2012 р. становили 190931,8 тис. грн, або 100,6 % виконання планових показників. Податкові надходження у 2011 р. забезпечили 22,4 % доходів відповідного бюджету та становили 42703,8 тис. грн. Податок на доходи фізичних осіб – 34170,261 тис. грн (85,8 % загальної суми власних доходів і 80 % податкових надходжень району). План по даному платежу виконаний на 103,3 %, перевиконання становить 1089,4 тис. грн. Разом із тим через загальну суму заборгованості із виплати заробітної плати бюджетом району недоотримано цього платежу на суму 167460,9 грн.

Другим за вагомістю доходним джерелом бюджету Тернопільського району є плата за землю. У 2011 р. цей показник становив 4158,6 тис. грн (94,7 %); невиконання – 231,6 тис. грн. Із введенням в дію нового БК України плата за землю у повному обсязі зараховується до другого кошику бюджетів сільських і селищних рад. Це суттєво, враховуючи введення нової грошової оцінки землі.

Надходження податку на прибуток забезпечило бюджету Тернопільського району 119,2 тис. грн, а це лише 0,06 % усіх доходів і 0,28 % податкових надходжень. Тому цей податок ми вважаємо «недієздатним», а його застосування – нераціональним.

Європейською хартією декларується необхідність забезпечення частини податкових надходжень за рахунок місцевих податків. ПК України значно зреагував структуру місцевих податкових надходжень. Порівняно з 2009 р. у 2011 р. ці надходження зросли у 10,9 раза. Таке зростання відбулося за рахунок віднесення єдиного податку до місцевих. У 2011 р. надійшло 2600,23 тис. грн. за його рахунок. Нагадаємо, що згідно з новою редакцією БК усі ці кошти повністю зараховуються до бюджету розвитку району. Наскільки раціональним є це рішення – питання спірне.

Збір за місця для паркування транспортних засобів, за провадження деяких видів підприємницької діяльності та туристичний збір принесли у 2011 р. в 1,5 раза більше коштів до бюджету, ніж у попередні роки. Проте і досі ці суми залишаються мізерними.

Слід погодитися з тим, що основні бюджетоутворюючі місцеві податки не відповідають названим принципам. Податок на доходи фізичних осіб та єдиний податок цілком і повністю залежать від економічного циклу. Більше того, податок на доходи фізичних осіб не відповідає принципу справедливості оподаткування та використання надходжень, оскільки місце сплати податку може не відповідати місцю проживання громадянина [3]. Разом із тим з 01.01.2013 р. запроваджено справляння податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, який, на нашу думку, відповідає принципам регіональної ефективності та при подальшому доопрацюванні міг би стати надійним джерелом надходжень до спеціального фонду місцевих бюджетів.

Практика міжбюджетних відносин. В останні роки всі регіони України отримували дотації. Так, у 2011 р. трансферти стали основним джерелом доходів бюджету Тернопільського району. Їх питома вага становила 74,9 % усіх надходжень. Дотацію вирівнювання отримують понад 90 % місцевих бюджетів України. Це суперечить логіці бюджетного процесу. Не слід забувати, що міжбюджетні відносини

передбачають також протилежний отриманню трансфертів рух коштів – вилучення. Це призводить до того, що місцеві бюджети в нашій державі карають за додаткові зусилля та винагороджують за недостатню роботу.

Викладене свідчить, що вітчизняне законодавство не пройшло апробацію європейськими стандартами. Місцеві бюджети тримаються «на плаву» більшою мірою за рахунок централізовано виділеної допомоги – так званих грошей отриманих, але не зароблених. Місцева влада насправді має право на фінансові ресурси. Частина із них дійсно формується за рахунок місцевих податків і зборів, однак на неї припадає лише 1–3 %. Адекватність цих ресурсів викликає ще більше питань – законодавство навіть не передбачає механізму розрахунку витрат, необхідних для виконання делегованих повноважень.

Розподіл місцевих бюджетів на кошики на практиці не виправдовує себе. Всі найважливіші та найбільш стабільні дохідні джерела надходять до першого кошика, а це саме ті, на які місцева влада могла б впливати безпосередньо. Проте під загрозою позбавлення дотації це абсолютно не вигідно (а на розмір другого кошика місцевому самоврядуванню впливати важче, та й цей вплив не матиме значного ефекту).

Бюджетна система України функціонує таким чином, що вирівнюванню піддаються абсолютно всі, а не лише більш слабкі у фінансовому відношенні території. Це призводить до ще більшої централізації, від якої ми і намагаємося відступити, ратифікуючи подібні хартії та декларації.

Висновки

Основні стандарти європейських демократій щодо фінансового зміцнення місцевого самоврядування передбачають такі принципи:

- субсидіарність як основоположний принцип здійснення місцевої бюджетної політики;
- адекватність і відповідність фінансових ресурсів місцевого самоврядування покладеним на нього функціям;

- підвищення компетенції територій у визначенні та провадженні власної пріоритетної фінансової політики на основі забезпечення їх достатніми власними доходними джерелами;
- наділення місцевої влади більшим обсягом повноважень щодо місцевих податків і зборів, забезпечення зростання їх частки у складі доходів відповідних бюджетів;

- керуваність доходних джерел місцевих бюджетів у плані можливості їх співмірного нарощування при зростанні фінансових потреб територій;

- здійснення фінансового вирівнювання, що не скасовувало б заінтересованість місцевої

влади у підвищенні результатів своєї діяльності;

участь і поінформованість місцевої влади у питаннях розроблення державної політики з питань місцевих бюджетів.

Для підвищення можливостей наповнення місцевого бюджету за рахунок ПДФО доцільно переглянути умови його справляння та відшкодування, здійснити заходи щодо детінізації зайнятості, подолання безробіття, проводити регулярний моніторинг стану виплати заробітних плат і методично сприяти забезпеченню ліквідації її заборгованості суб'єктами господарювання.

Для підвищення фіскальної спроможності плати за землю необхідно приділяти увагу роботі з боржниками щодо ліквідації ними заборгованості та запровадити практику відчуження земельних ділянок за систематичну несплату платежу на користь більш ефективних користувачів. Проведення інвентаризації та оцінки земель, що згідно з БК належить до компетенції місцевої влади, дозволить значно збільшити надходження від цього джерела.

Від податку на прибуток підприємств місцеві бюджети отримують лише 50 % від перевиконання планових показників у вигляді додаткової дотації (за новою редакцією БК). На нашу думку, зарахування принаймні чверті надходжень цього платежу до другого кошику доходів бюджету населеного пункту, де він був сплачений, стало б значним стимулом для місцевої влади сприяти економічному розвитку території та підтримувати підприємництво, що, у свою чергу, завдяки мультиплікативному ефекту призвело б і до збільшення інших надходжень (ПДФО, плати за землю тощо).

Абсолютно виходить за рамки європейських стандартів вітчизняна ситуація з місцевими податками та зборами. З кожним роком вони набувають усе більшого номінального характеру, а їх фіскальні функції є мізерними. За нашими підрахунками, тіснота взаємозв'язку частки місцевих податків і зборів у доходах бюджету та частки коштів, що не враховуються при визначенні міжбюджетних трансфертів, є дуже високою, а залежність — практично лінійною, отже, оскільки традицій-

но місцеві податки та збори становлять близько 1 % бюджетних доходів, місцева влада не може бути забезпечена власними фінансовими ресурсами бодай на прийнятному рівні. Підвищення ролі місцевих платежів і надання місцевим органам більших повноважень щодо їх встановлення та справляння створить додаткові стимули, надасть їм реальну можливість впливати на кінцевий фінансовий результат своєї діяльності.

Планомірним, на нашу думку, є впровадження податку на нерухоме майно. Цей платіж відповідає принципам рівномірності та низької залежності від циклічних процесів у економіці. Проте слід переглянути умови справляння даного податку на користь вдалого досвіду зарубіжних країн, де оподаткуванню підлягає вартість майна. Встановлення ставки податку у розмірі 0,25 % ринкової вартості (із можливістю для місцевої влади змінювати її у визначених межах) та застосування коригуючих коефіцієнтів дозволить значно підвищити ефективність нововведеного місцевого податку.

Навіть при вирішенні зазначених проблем забезпеченість місцевих бюджетів коштами не буде достатньою. Тому перегляд умов визначення індексу податкоспроможності, нормативу бюджетної забезпеченості та розрахунку обсягу трансфертів, а також проведення адміністративно-територіальної реформи в плані укрупнення сільських рад дозволить підвищити самодостатність місцевих бюджетів і зменшити їх залежність від дотацій.

Список використаних джерел

1. *Бюджетний моніторинг: аналіз виконання бюджету за 2011 рік* / І. Ф. Шербина, А. Ю. Рудик, В. В. Губенко. — К., 2011. — 96 с.
2. *Диверсифікація доходів місцевих бюджетів* / І. О. Луніна, О. П. Кириленко, А. В. Лучка та ін.; За ред. І. О. Луніної. — К., 2010. — 320 с.
3. *Шевченко О. Щодо практичної реалізації інструментів підвищення фіскальної самостійності територій, передбачених Бюджетним кодексом України: Аналітична записка* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.niss.gov.ua/articles/355/>.

Стаття надійшла до редакції 04.02.2013 р.

The article deals with the comprehensive research of the financial support of the local governments in the context of international legislation. The authors analyze the current trends of local budgets revenues in Ukraine and their compliance with European standards.

В статье исследуются проблемы финансового обеспечения местного самоуправления в контексте международного законодательства, анализируются современные тенденции формирования доходной части местных бюджетов Украины и их соответствие европейским стандартам.



УДК 342.951

Ольга Косиця,*ад'юнкта кафедри управління,
адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності
Національного університету державної податкової служби України*

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ІНФОРМАЦІЙНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ У СФЕРІ СПРАВЛЯННЯ ПОДАТКІВ

Стаття присвячена науковому обґрунтуванню інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків як пріоритетного напрямку державної інформаційної та податкової політики.

Ключові слова: інформаційне забезпечення, адміністративна діяльність у сфері справляння податків, інформаційне суспільство.

Проблема інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків є актуальною для розвитку загальної теорії права, інформаційного права та законодавства в цілому. Загальнотеоретичне вивчення особливостей суспільних відносин у цій сфері, виявлення пробілів і протиріч їх правового регулювання необхідно для вдосконалення правотворчої та правозастосовної діяльності у вказаному напрямі. В умовах формування Міністерства доходів і зборів України та відносин, які при цьому виникають, необхідно забезпечити нормативно-правову базу, у тому числі в інформаційній сфері.

У зв'язку із зміною парадигми інформаційної політики держави виникла необхідність у прийнятті нової редакції Закону України «Про інформацію», яким визначено, що основними напрямками державної інформаційної політики є: забезпечення доступу кожного до інформації; забезпечення рівних можливостей щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації; створення умов для формування в Україні інформаційного суспільства; забезпечення відкритості та прозорості діяльності суб'єктів владних повноважень; створення інформаційних систем і мереж інформації, розвиток електронного врядування; постійне оновлення, збагачення та зберігання національних інформаційних ресурсів; забезпечення інформаційної безпеки України; сприяння міжнародній співпраці в інформаційній сфері та входженню України до світового інформаційного простору.

Ми погоджуємося з науковим аналізом законодавчо задекларованих положень щодо інформаційної політики України, здійсне-

ним А. Новицьким, який забезпечує можливість вибору пріоритетного напрямку розвитку інформаційних відносин у формуванні інформаційного суспільства в Україні [1, с. 325].

Метою цієї статті є узагальнення наукових розробок адміністративно-правових засад інформаційного забезпечення у сфері справляння податків.

Інформаційне забезпечення управлінської діяльності органів державної влади в умовах формування інформаційного суспільства є досить важливим чинником, що забезпечує прийняття правильних управлінських рішень.

Адміністративно-правові засади інформаційного забезпечення у сфері справляння податків ми розглядаємо на основі праць вітчизняних і зарубіжних науковців, які вивчали, досліджували та впроваджували в практику різні аспекти цього питання.

Дослідження сфери інформаційної діяльності й їх правових засад ґрунтуються на сучасних розробках у галузі теорії держави та права, конституційного й адміністративного права, відображених у працях В. Авер'янова, М. Ануфрієва, О. М. Бандурки, О. О. Бандурки, Д. Бахрах, В. Білоуса, Ю. Битяка, І. Голосніченко, Є. Додіна, П. Дихтєвського, Б. Лазарева, С. Ківалова, В. Коваленка, Ю. Козлова, В. Колпакова, А. Комзюка, О. Кузьменко, Н. Нижник, І. Пахомова, А. Подоляки, Т. Проценка, О. Рябченко, А. Селіванова, С. Стеценко, Ю. Тихомирова, М. Тищенко, Ю. Шемшученка, М. Якимчука та ін. Так, організаційно-правові проблеми розробки та використання автоматизованих інформаційних систем, організації інформаційного забезпечення як однієї з функцій управління знайшли своє відоб-

раження у наукових працях О. Андрійко, К. Белякова, Р. Калюжного, В. Копейчикова, Є. Кубка, Є. Мельник, В. Опришка, В. Селіванова, В. Сіренка, В. Цветкова, О. Юлдашева та ін.

Адміністративно-правові аспекти сфери справляння податків досліджені у працях таких учених, як О. О. Бандурка, А. Берлач, В. Білоус, Л. Воронова, Ю. Гаруст, О. Дзісяк, Л. Касьяненко, В. Костицький, М. Кучерявенко, В. Марченко, Т. Мацелик, А. Новицький, С. Позняков, Т. Проценко, Д. Рева, А. Роздайбіда, Ю. Руснак, Л. Савченко, А. Селіванова та ін. Питання організації та діяльності органів державної податкової служби й її інформаційного забезпечення висвітлюються в працях таких учених і практиків, як М. Азаров, І. Арістова, О. О. Бандурка, В. Білоус, А. Головач, А. Дегтяр, А. Новицький, М. Коваль, М. Кучерявенко, В. Полюхович, О. Рябченко, О. Розум, Л. Савченко, О. Солдатенко, Т. Проценко, В. Шамрай та ін.

Вивчення досвіду зарубіжних країн у сфері справляння податків та її інформаційного забезпечення передбачає звернення до праць учених дальнього зарубіжжя. Так, праці Р. Берда та Э. Золта присвячені питанню податкової політики, зокрема впливу інформаційних технологій на податкове середовище, в країнах, що розвиваються; Г. Дженкінс присвятив свої дослідження інформаційним технологіям та інноваціям у сфері податкового адміністрування; Дж. Зейферт розробив керівництво з комп'ютеризації функцій державного управління, праці Б. Озгена присвячені електронному оподаткуванню.

Інформаційне забезпечення державного управління є предметом уваги таких правознавців країн Співдружності Незалежних Держав (далі – СНД), як А. Агапов, І. Бачило, А. Венгеров, О. Гаврилов, В. Копилов, І. Кубасова, О. Мелкадзе, В. Мірошніченко, А. Михайлов, М. Нагорна, Ю. Просвірнін, О. Устинович та ін. Правовому регулюванню інформаційних ресурсів податкових органів Російської Федерації, правовому регулюванню інформаційного забезпечення податкового адміністрування, правовому регулюванню інформаційного обміну учасників податкових правовідносин податкових органів, особливостям правового регулювання в інформаційній сфері присвячені праці А. Аліпченкова, Д. Бурцева, М. Верстова, Ю. Гребеннікова, А. Ільїна, Д. Коровяковського, І. Кучерова, А. Лисенко, К. Маслова, А. Торшина та ін.

Адміністративну діяльність у сфері справляння податків можна визначити як різновид виконавчо-розпорядчої управлінської діяльності, що охоплює широке коло суспільних відносин, які складаються як усередині податкових органів, що займаються справлянням податків і зборів, так і за їх межами.

Інформаційне забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків ми розуміємо як діяльність податкових органів, інших органів публічної влади та приватних суб'єктів (платників податків) щодо поширення, створення та захисту з метою поширення інформації, необхідної та достатньої для здійснення державного управління у сфері оподаткування в усіх її формах, з метою ефективного виконання покладених завдань із справляння податків як податковими органами, так й іншими суб'єктами.

Основною метою інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків є всебічна інформаційна підтримка діяльності спеціально уповноваженого органу із забезпечення надходжень коштів до бюджету на основі комплексу організаційних, нормативно-правових, технічних, програмних та інших заходів.

Аналіз наукових публікацій і чинної нормативно-правової бази дозволяє виділити такі загальні принципи інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків: законності, доступності інформації, скорочення кількості транзакцій, забезпечення зберігання та достовірності інформації, повноти та своєчасності надання інформації, необхідності та достатності інформації для виконання функцій управління, зручності інформації для виконання, дотримання режиму таємності, дотримання вимог податкової та комерційної таємниці.

Базові науково-теоретичні, методичні та науково-практичні розробки у напрямі інформаційного забезпечення сфери справляння податків, її правового регулювання та модернізації податкової служби здійснюються Національним університетом державної податкової служби (далі – ДПС) України, Науково-дослідним центром з питань оподаткування, Науково-дослідним інститутом фінансового права. Зокрема, програмою розвитку Національного університету ДПС України на 2011–2018 рр. передбачено розвиток системи інформатизації та наукової діяльності, а саме: формування короткострокових, середньострокових і перспективних планів наукових досліджень наукових шкіл; організація наукових спеціалізованих електронних видань; проведення електронних конференцій; залучення для підготовки молодих науковців, провідних учених зарубіжних країн із питань оподаткування та фінансового права; систематичне проведення міжнародних науково-практичних конференцій із питань оподаткування та фінансового права; завершення побудови інтегрованої корпоративної комп'ютерної мережі університету із залученням усіх структурних підрозділів і служб; забезпечення в публічних місцях (великі аудиторії, конфе-

ренс-комплекс, актовий зал, бібліотека) WI-FI – Інтернет комунікацій; забезпечення доступу користувачів електронної бібліотеки до електронних бібліотек України та світу; під'єднання університету до міжнародних науково-навчальних мереж; участь (у тому числі на оплатній основі) викладачів, спеціалістів і студентів університету в роботі Центру обробки інформації та Сховищі даних, що створюються ДПС України тощо.

Слід зазначити, що протягом 2008–2012 рр. на базі Національного університету ДПС України проведено ряд наукових заходів, які безпосередньо внесли значний вклад у вдосконалення інформаційного забезпечення адміністративної діяльності органів ДПС України, дослідження ролі інформаційних технологій в інформаційному забезпеченні адміністративної діяльності у сфері справляння податків, розроблення науково-практичного коментаря до Податкового кодексу (далі – ПК) України. Важливе значення для подальшого розвитку інформації у сфері оподаткування мають матеріали, пропозиції та рекомендації, оприлюднені на міжнародних, всеукраїнських і міжвузівських науково-практичних конференціях: Організаційно-правове забезпечення діяльності контролюючих органів у сфері господарювання: проблеми союгодення та перспективи розвитку (2008 р.); Тенденції та перспективи розвитку податкової системи України: до 10-річчя НДЦ ПО (2008 р.); Проблеми впровадження інформаційних технологій в економіці (2009 р.); Новітні інформаційні технології і системи в економіці (2009 р.); Новітні інформаційні технології в економічній діяльності (2010 р.); Реформування податкової служби України відповідно до європейських стандартів (2010 р.); Гармонізація оподаткування у умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів (2011 р.); Україна в нових реаліях: політичні, економічні та правові орієнтири розвитку (2011 р.); Новітні інформаційні системи і технології в економічній діяльності (2011 р.); Реформування податкової системи відповідно до європейських стандартів (2011 р.); Гармонізація оподаткування в умовах глобалізаційних та інтеграційних процесів (2012 р.); Проблеми впровадження інформаційних технологій в економіці (2012 р.); Новітні інформаційні технології в економічній діяльності (2012 р.); Новітні інформаційні технології в управлінні економікою (2012 р.) та ін.

На науково-методологічних і науково-практичних семінарах, круглих столах, які проходили за ініціативою та під керівництвом ДПС України, вироблений демократичний підхід до податкової служби, який передбачає перехід від фіскального тиску до сервісного обслуговування платників податків. На цих за-

ходах розглядалися: сучасний стан та перспективи розвитку оподаткування в країнах ЄС (2008 р.); проблеми удосконалення законодавства і практики протидії злочинності у сфері господарської діяльності (2009 р.); модернізація ДПС України у контексті інноваційного розвитку (2010 р.); становлення інформаційного суспільства в Україні: економіко-правовий аспект (2011 р.); Податковий кодекс України: практика реалізації та перспективи вдосконалення (2011 р.); адміністративно-процесуальна діяльність органів ДПС України у сфері взаємовідносин з платниками податків: сучасний стан та напрямки модернізації (2011 р.); Податковий кодекс як інституційно-правова база реформування податкової системи України (2011 р.); адаптація податкового законодавства України до законодавства Європейського Союзу: стан, проблеми та перспективи (2011 р.); становлення інформаційного суспільства в Україні: економіко-правовий аспект (2012 р.); модернізація ДПС України у контексті інноваційного розвитку (2012 р.) та ін.

А. Новицький вважає, що в Україні «необхідно застосовувати комплексний підхід до інформаційної сфери як однієї із найактуальніших у контексті формування інформаційного суспільства ... доцільно зосередити увагу на формуванні нормативно-правової бази регулювання інформаційних відносин, здійснити розробку відповідної Концепції правового забезпечення інформаційної політики держави, у якій передбачити всі напрями розвитку та відповідного правового регулювання інформаційних відносин у державі» [2, с. 32]. Аналіз світового досвіду свідчить, що найбільш розвинуті країни світу та країни, які зробили крок у своєму розвитку, останнім часом приділяли найбільше уваги саме формуванню та розвитку інститутів, притаманних інформаційному суспільству. Це підтверджується кількістю й якістю нормативно-правових актів [2, с. 31].

Основні положення й ідеї щодо інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері справляння податків ми опублікували у статтях: «Адміністративна діяльність органів Державної податкової служби України як об'єкт інформаційного забезпечення»; «Стан та перспективи впровадження інформаційних технологій в діяльність Державної податкової служби України у сфері справляння податків»; «Правове регулювання інформаційного забезпечення адміністративної діяльності у сфері оподаткування у Російській Федерації»; «Адміністративна діяльність у сфері справляння податків», та, крім того, теоретичні висновки та практичні пропозиції були використані у ході проведення науково-дослідної роботи, яка вико-

нувалась Науково-дослідним центром з проблем оподаткування за темою: «Удосконалення механізму використання відомчих інформаційних ресурсів ДПС України для проведення аналітичних розробок з метою виявлення схем легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, та ухилень від сплати податків», а також, на міжнародних науково-практичних конференціях та семінарах.

Висновки

Міжнародно-правове визнання України її участь у загальносвітових інформаційних потоках, побудова інформаційного суспільства, інформатизація органів влади зумовлюють проведення державної політики у сфері інформаційного забезпечення адміністративної діяльності щодо справляння податків, спрямованої на вирішення таких основних завдань: створення необхідних умов для задоволення інформаційних потреб органів державної влади, фізичних та юридичних осіб; визначення загального порядку формування і використання інформаційних ресурсів для всіх органів державної влади, охоплених про-

цесами інформатизації; забезпечення сумісності, взаємодії й інтеграції інформаційних ресурсів на базі сучасних інформаційних технологій, міжнародних стандартів, уніфікованих систем класифікації та кодування інформації; ліцензування діяльності з надання інформаційних послуг для забезпечення відповідності якості інформаційних ресурсів; сертифікація інформаційних технологій та їх продукції в рамках державної і міжнародної систем сертифікації; забезпечення комплексного захисту державних інформаційних ресурсів, використання сучасних засобів і методів захисту інформації від несанкціонованого доступу, пошкодження, спотворення, руйнування та блокування.

Список використаних джерел

1. Новицький А. М. Ризики в правовому регулюванні формування основ інформаційного суспільства // Право та управління. – 2011. – № 1. – С. 323–329.
2. Новицький А. М. Правові основи формування інститутів інформаційного суспільства в Україні: теорія та практика: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2012. – 40 с.

Стаття надійшла до редакції 22.01.2013 р.

This article is devoted to scientific substantiation of information support administrative activities in the area of tax collection as a priority of the state information and tax policy.

Статья посвящена научному обоснованию информационного обеспечения административной деятельности в сфере налогообложения как приоритетного направления государственной информационной и налоговой политики.



УДК 347.78

Тетяна Вахонєва,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Чернігівського державного технологічного університету*

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ВИРОБНИКІВ ФОНОГРАМ І ВІДЕОГРАМ ЯК СУБ'ЄКТІВ СУМІЖНИХ ПРАВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Стаття присвячена вивченню основних компонентів змісту майнових прав виробників фонограм і відеограм, особливостей їх реалізації.

Ключові слова: виробники фонограм і відеограм, фонограми, відеограми, використання фонограм (відеограм), відтворення фонограм (відеограм), розповсюдження фонограм (відеограм), комерційний прокат фонограм (відеограм), публічне сповіщення фонограм (відеограм).

Цивільний кодекс (далі – ЦК) України визначає належні суб'єктам суміжних прав майнові права інтелектуальної власності на виконання, фонограму (відеограму) та на передачі (програми) організацій мовлення (ст. 452). Цей перелік майнових прав, по-перше, не є вичерпним; по-друге, стосується всіх об'єктів суміжних прав; по-третє, основним майновим правом є саме право на самостійне використання та право дозволити або забороняти використання відповідного об'єкта іншим особам. З метою конкретизації поняття «використання різних об'єктів суміжних прав» як основного майнового права його суб'єктів ЦК України у статтях 453–455 наводить перелік основних способів використання, які також деталізуються у нормах Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 р.

Особливості та проблеми правового регулювання суміжних прав виробників фонограм (відеограм) та визначення змісту їх майнових прав досліджували такі вчені, як І. Безклубий, О. Боярчук, Н. Бузова, Е. Гаврилов, К. Дедова, Н. Мироненко, О. Мельник, О. Підопригора, О. Сергєєв, С. Судариков, А. Сухов, В. Серебровський, О. Фролова, Р. Шишка, Н. Яркіна та ін.

Метою цієї статті є дослідження формування інституту суміжних прав, вивчення основних компонентів змісту майнових прав виробників фонограм (відеограм) і особливостей їх реалізації.

Стаття 40 Закону України «Про авторське право і суміжні права» закріплює саме май-

нові права виробників фонограм і виробників відеограм, якими є:

- виключне право на використання своїх фонограм або відеограм;

- виключне право дозволити чи заборонити іншим особам використання фонограм і відеограм такими способами: відтворення (пряме і (або) опосередковане) своїх фонограм і відеограм у будь-якій формі та будь-яким способом; розповсюдження серед публіки фонограм, відеограм та їх примірників шляхом першого продажу або іншої передачі права власності; комерційний прокат фонограм, відеограм і їх примірників, навіть після їх розповсюдження, здійсненого виробником фонограм чи відеограм або за їх дозволом; публічне сповіщення фонограм, відеограм та їх примірників через будь-які засоби зв'язку таким чином, що будь-яка особа може отримати до них доступ із будь-якого місця та в будь-який час за їх власним вибором; будь-яка видозміна своїх фонограм, відеограм; ввезення на митну територію України фонограм, відеограм та їх примірників із метою їх поширення серед публіки.

Якщо звернути увагу на міжнародні нормативні акти, насамперед на ст. 10 Міжнародної конвенції про охорону прав виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення (Римська конвенція) від 26.10.1961 р., то вона закріплює виключне право виробників фонограм дозволити чи забороняти пряме або опосередковане відтворення своїх фонограм; у ст. 2 Конвенції про охорону інтересів виробників фонограм від незаконного відтворення їхніх фонограм від 29.10.1971 р. йдеться про те, що, крім права на відтворен-

ня, надається також право на розповсюдження та на імпорт фонограм тощо. Міжнародне законодавство дозволяє централізовано врегулювати більшість майнових та інших немайнових відносин, пов'язаних із створенням та використанням об'єктів права інтелектуальної власності, хоча й є суттєві недоліки змісту та (або) техніки правового регулювання відповідних відносин. Так, основним недоліком Римської конвенції 1961 р. є строк охорони фонограм лише протягом 20 років; вітчизняний ЦК закріплює строк такої охорони протягом 50 років, що є більш правовою позицією з точки зору розвитку індустрії звукозапису.

Для визначення сутності майнових прав виробників фонограм і виробників відеограм розглянемо зміст основних способів використання фонограм та відеограм.

Відтворення (пряме і (або) опосередковане) своїх фонограм і відеограм у будь-якій формі та будь-яким способом. Згідно із ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» відтворенням є виготовлення одного або більше примірників відеограми, фонограми в будь-якій матеріальній формі, а також їх запис для тимчасового чи постійного зберігання в електронній (у тому числі цифровій), оптичній або іншій формі, яку може зчитувати комп'ютер. Таким чином, відтворення, по-перше, включає виготовлення примірників фонограм (відеограм) та (або) запис фонограм (відеограм); по-друге, відтворення може здійснюватись у прямій чи опосередкованій формі; по-третє, відтворення може здійснюватись у будь-якій формі та будь-яким способом (цифрове, оптичне тощо). Поєднавши всі ці компоненти, можна вести мову про можливість виробника (власника) фонограм (відеограм) здійснювати контроль за виготовленням і записом їх примірників (або їх частин). Більше того, в Україні запроваджено державне контролювання окремих видів відтворення фонограм. Так, Законом України «Про особливості державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання, пов'язаної із виробництвом, експортом, імпортом дисків для лазерних систем зчитування» встановлюються вимоги до діяльності з виробництва дисків для лазерних систем зчитування.

Результатом відтворення має бути виготовлення такого примірника твору, який повністю відображає оригінальний твір. Оскільки фонограма є записом звуків, який сприймається на слух, її відтворенням вважається виготовлення примірників у тій матеріальній формі, яка може відображати звукозапис ідентично з оригіналом. Аналогічна вимога ставиться і до примірників відеограм, які повинні бути точною копією відеограми та сприйматися таким самим чином, що й ори-

гінал, тобто у вигляді рухомих зображень із звуковим супроводом або без нього [1, с. 252].

Пряме або опосередковане відтворення передбачає виготовлення примірників фонограм (відеограм) шляхом безпосереднього використання запису оригіналу фонограми (відеограми) (безпосереднє відтворення) або шляхом використання будь-яких інших примірників (опосередковане відтворення). Відтворювачем може бути фізична чи юридична особа: яка є творцем фонограми (відеограми) та власником студії звукозапису (відеозапису), де створена фонограма або відеограма; яка є творцем фонограми (відеограми), але замовила відтворення фонограми (відеограми) в іншій студії звукозапису (відеозапису); яка є творцем фонограми (відеограми) та самостійно здійснює її відтворення на обладнанні, що перебуває в її тимчасовому користуванні за договором; яка не є творцем фонограми (відеограми), але отримала майнове право на відтворення за договором чи в іншому законному порядку та здійснює таке відтворення на будь-якій студії звукозапису (відеозапису) тощо. Найбільш поширеним випадком є поєднання виробника фонограми та відтворювача в одній особі.

Право на відтворення є цілісним і завершеним майновим правом виробника фонограм, яке, насамперед, передбачає можливість виготовлення примірників фонограм і відеограм, що є ідентичними оригіналу, та не передбачає виникнення інших майнових прав, наприклад права на розповсюдження, що є окремим майновим правом.

Розповсюдження серед публіки фонограм, відеограм та їх примірників шляхом першого продажу або іншої передачі права власності. Розповсюдження об'єктів суміжних прав як спосіб використання Законом України «Про авторське право і суміжні права» визначається як будь-яка дія, за допомогою якої об'єкти суміжних прав безпосередньо чи опосередковано пропонуються публіці, в тому числі доведення цих об'єктів до відома публіки таким чином, що її представники можуть здійснити доступ до цих об'єктів із будь-якого місця та в будь-який час за власним вибором.

Правове регулювання порядку розповсюдження фонограм і відеограм здійснюється також спеціальним законодавством, а саме Законом України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 23.03.2000 р., згідно з яким розповсюдження примірників фонограм і відеограм визначається як введення в обіг примірників фонограм і відеограм шляхом їх продажу чи іншої передачі права власності. Застосування відповідного нормативного акта залежить від правового статусу розповсюджувача. Так,

якщо особою-розповсюджувачем є безпосередньо виробник фонограми (відеограми), то він повинен при здійсненні реалізації своєї продукції, що є об'єктом суміжних прав, керуватися Законом України «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних». У випадках, коли виробники фонограм (відеограм) здійснюють реалізацію своїх майнових прав шляхом розповсюдження першим продажем, то відповідні відносини регулюватимуться ЦК України та Законом України «Про авторське право та суміжні права», а подальше розповсюдження фонограм і відеограм здійснюватиметься відповідно до вказаного спеціального законодавства. Таким чином, розповсюджувачем у такому випадку буде суб'єкт підприємницької діяльності, який придбав у власність випущені в обіг примірники фонограм (відеограм) із метою їх передачі у власність третім особам шляхом продажу через мережу оптової, роздрібної чи дрібно-роздрібної торгівлі або в інший спосіб. Безумовно, використання однакової термінології, а саме – терміна «розпорядження» до різних за своєю сутністю відносин в одній сфері призводить до непорозуміння і неправильного регулювання реалізації майнових прав первинними та вторинними суб'єктами суміжних прав.

У конкретно досліджуваному випадку йдеться про розповсюдження шляхом першого продажу або шляхом укладення інших видів цивільно-правових договорів, що пов'язані з передачею права власності на відчужуване майно іншим особам. Право на розповсюдження шляхом першого продажу є самостійним майновим правом виробника фонограми (відеограми). Продаж може стосуватись як оригінального примірника фонограми (відеограми), так і її копій; важливо, на що слід звернути увагу, що результатом продажу є перехід права власності на відповідний об'єкт до нового власника і колишній власник втрачає права, пов'язані з реалізацією ним права власності на фонограму (відеограму).

Однак реалізація права на розповсюдження здійснюється шляхом саме першого продажу чи іншої першої передачі права власності на фонограму (відеограму). Так, згідно із ч. 3 ст. 40 Закону України «Про авторське право і суміжні права» якщо фонограми, відеограми чи їх примірники введені виробником фонограми (відеограми) чи за його згодою у цивільний обіг шляхом їх першого продажу в Україні, то допускається їх наступне розповсюдження шляхом продажу, дарування тощо без згоди виробника фонограми (відеограми) чи його правонаступника і без виплати йому винагороди. Відповідний принцип «вичерпання прав» спрямований на вирішення конф-

лікту інтересів, з одного боку, – суб'єкта суміжного права в отриманні доходу від обороту примірників охоронюваного об'єкта, а з іншого – інтересів суспільства в забезпеченні доступу до правомірно введених у цивільний обіг матеріальних носіїв інтелектуального продукту й їх нормального товарообігу. Тобто вважається, що після правомірного й платного введення об'єкта в оборот майнові інтереси суб'єкта суміжного права задоволені, а тому немає потреби обмежувати подальший оборот тих самих примірників його повторною згодою [1, с. 249]. У зв'язку з наявністю такої схеми правового регулювання реалізації майнових прав виробники фонограм (відеограм) при здійсненні розповсюдження шляхом першого продажу повинні визначати адекватну (щодо власних інтересів) ціну договору з урахуванням можливості подальшого вільного використання фонограми (відеограми) іншими особами. Таким чином, використання виробниками фонограм (відеограм) майнового права у вигляді розповсюдження фонограм (відеограм) шляхом першого продажу чи відчуження іншим шляхом позбавляє їх можливості отримувати винагороду за наступне їх розповсюдження іншими особами аналогічними способами, однак, не позбавляє права контролювати законність використання фонограм (відеограм) іншими способами, що визначені законодавством. Так, публічне сповіщення фонограм (відеограм) не надає права іншим особам їх використовувати без дозволу власника майнового права.

Комерційний прокат фонограм, відеограм і їх примірників, навіть після їх розповсюдження, здійсненого виробником фонограми чи відеограми або за їх дозволом. Оскільки авторське законодавство не надає спеціального визначення поняттю «комерційний прокат фонограм (відеограм)», а ЦК України використовує термін «оренда», а до способів використання відносить оренду оригіналу чи примірника фонограми (відеограми) (п. 3, ч. 1, ст. 454 ЦК України), вважатимемо практично тотожними поняття «прокат», «найм» та «оренда». Так, комерційний прокат можна визначити як надання фонограм (відеограм) у розпорядження для використання на певний обмежений строк із метою економічного або комерційного ефекту, прямого чи опосередкованого. Виключне право дозволяти передачу фонограм (відеограм) у комерційний прокат не вичерпується їх введенням в обіг і зберігається у виробника незалежно від того, чи здійснюється воно до першого продажу примірників чи після нього.

Публічне сповіщення фонограм, відеограм та їх примірників через будь-які засоби зв'язку таким чином, що будь-яка особа може отримати до них доступ із будь-якого місця і в

будь-який час за їх власним вибором. Публічне сповіщення Законом України «Про авторське право і суміжні права» визначається як передача за згодою суб'єктів авторського права та (або) суміжних прав в ефір за допомогою радіохвиль (а також лазерних променів, гамма-променів тощо), у тому числі з використанням супутників, чи передача на віддалі за допомогою проводів або будь-якого виду наземного чи підземного (підводного) кабелю (провідникового, оптоволоконного та інших видів) творів, виконань, будь-яких звуків і (або) зображень, їх записів у фонограмах і відеограмах, програм організацій мовлення тощо, коли зазначена передача може бути сприйнята необмеженою кількістю осіб у різних місцях, віддаленість яких від місця передачі є такою, що без зазначеної передачі зображення чи звуки не можуть бути сприйняті. Як бачимо, вказаний Закон визначає технічні особливості конкретного виду сповіщення (доведення до загального відома), однак можливе публічне сповіщення і шляхом публічної демонстрації та публічного показу, сутність яких також визначена Законом України «Про авторське право і суміжні права». Так, публічна демонстрація відеограми визначається як публічне одноразове чи багаторазове представлення публіці за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав у приміщенні, в якому можуть бути присутні особи, які не належать до кола сім'ї або близьких знайомих цієї сім'ї зафіксованого у відеограмі виконання або будь-яких рухомих зображень. Публічний показ, у свою чергу, визначається як будь-яка демонстрація фонограми та відеограми за згодою суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав безпосередньо або на екрані за допомогою плівки, слайда, телевізійного кадру тощо (за винятком передачі в ефір чи по кабелях) або за допомогою інших пристроїв чи процесів у місцях, де присутні чи можуть бути присутніми особи, які не належать до кола сім'ї чи близьких знайомих цієї сім'ї особи, яка здійснює показ, незалежно від того, чи присутні вони в одному місці і в один і той самий час або в різних місцях і в різний час (публічний показ аудіовізуального твору чи відеограми означає також демонстрацію окремих кадрів аудіовізуального твору чи відеограми без дотримання їх послідовності).

Юридичною сутністю досліджуваного майнового права є забезпечення можливості доступу будь-якої особи до записів, що містяться на фонограмах і відеограмах, із місця та в час за її вибором за допомогою засобів зв'язку або без їх застосування [1, с. 253]. У випадках, коли вже відбулось оприлюднення фонограм (відеограм) іншими способами, подальше їх публічне сповіщення з комер-

ційною метою є вільним, тобто здійснюється без згоди виробників фонограм (відеограм), але з обов'язковою виплатою їм винагороди в порядку і розмірах, установлених постановою Кабінету Міністрів України від 18.01.2003 р. № 71. Таким чином, публічне сповіщення записів фонограм і відеограм, які не були ще введені в обіг або які не належать до категорії комерційних, має здійснюватися лише за згодою виробників або їх правонаступників.

Будь-яка видозміна фонограм і відеограм виробниками. Видозмінною фонограми та відеограми можна вважати дії щодо будь-якого перетворення запису, що здатне призвести до появи нової звукової або відеоформи, відмінної від оригіналу [1, с. 254]. Зміна фонограм (відеограм) може мати: технічний характер, який полягає у переробці запису за допомогою різноманітних технічних приладів без особливого творчого втручання у запис; не технічний характер, який полягає у переробці запису за допомогою різноманітних технічних приладів із творчою видозмінною запису (наприклад, збільшення чи зменшення сили окремих звуків, зміна темпів звучання, поєднання різних звуків, супроводження відеограм додатковими звуковими ефектами, монтаж звукового та відеоматеріалу тощо). Якщо результатом видозміни є створення нової звукової форми (відеоформи), що є відмінною від оригіналу та може бути використана як самостійна фонограма (відеограма), то характер видозміни не має суттєвого практичного значення. Здійснювати будь-яку видозміну фонограми (відеограми) можна тільки за згодою та дозволом її виробника.

Ввезення на митну територію України фонограм, відеограм та їх примірників із метою їх поширення серед публіки. Зазначене право належить виробникам фонограм (відеограм) і передбачає можливість суб'єкта суміжного права перешкоджати ввезенню на територію України фонограм і відеограм, їх примірників без належного дозволу з їх боку [1, с. 255].

Відповідне право є окремим майновим правом виробників фонограм (відеограм), що закріплене законодавством, але за своєю сутністю воно є складовою частиною права на розповсюдження та надає виробнику фонограм (відеограм) можливість здійснювати контроль за розповсюдженням примірників фонограм (відеограм) на території України. Спираючись на відповідне право, виробник фонограми (відеограми) має право протидіяти несанкціонованому ним розповсюдженню примірників фонограм (відеограм) на території дії його прав вже на етапі підготовки такого порушення, тобто коли здійснюється ввезення примірників фонограми (відеограми) із метою їх розповсюдження. Якщо осо-

ба, яка ввозить примірники фонограм (відеограм) доведе, що ці дії здійснюються ним із іншою метою, наприклад виключно з навчальною метою чи для здійснення наукового дослідження, виробник не може протидіяти ввезенню таких фонограм (відеограм) [2, с. 351–352].

Висновки

Міжнародне та внутрішнє законодавство практично ідентично визначають і закріплюють основні майнові права виробників фонограм. Однак міжнародне законодавство дещо відрізняється від норм національного права інтелектуальної власності, яке потребує максимального його узгодження з міжнародними стандартами, насамперед тому, що відносини реалізації майнових прав виробників фонограм (відеограм) дуже часто виходять за межі нашої держави. Національне

законодавство закріплює найбільш типові та поширені способи використання фонограм і відеограм, однак жодний із переліків не можна назвати вичерпним, у зв'язку з чим можливе використання фонограм (відеограм) і іншими способами. Оскільки кожний спосіб використання має свої особливості його реалізації, то, крім юридичного закріплення способів використання фонограм (відеограм), слід нормативно закріпити та чітко визначити зміст кожного способу використання.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використання позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Х., 2011. – Т. 6.
2. Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. – М., 1999.

Стаття надійшла до редакції 15.02.2013 р.

The article is devoted to the study of the major components of the content of property rights producers of sound and video recordings, the characteristics of their implementation.

Статья посвящена изучению основных компонентов содержания имущественных прав производителей фонограмм и видеограмм, особенностей их реализации.



УДК 347.1

Тетяна Крисань,*канд. юрид. наук, доцент,
докторант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ФОРМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЮРИДИЧНИХ ГАРАНТІЙ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

У статті розглядаються різні класифікації форм реалізації юридичних гарантій цивільних прав залежно від суб'єкта, що реалізує ці гарантії.

Ключові слова: форми захисту, самозахист, реалізація, юридичні гарантії, цивільні права.

Юридичні гарантії цивільних прав поділяються на судові, позасудові здійснювані державними, громадськими й адміністративними органами, самою правомочною особою. Традиційним є виділення трьох основних форм захисту: судова, адміністративна, самозахист.

Метою цієї статті є дослідження різних класифікацій форм реалізації юридичних гарантій цивільних прав залежно від суб'єкта, що реалізує ці гарантії.

У юридичній літературі пропонується поділ форм захисту на юрисдикційну та неюрисдикційну. *Юрисдикційною формою захисту* вважається діяльність уповноважених органів із захисту порушених або оспорюваних суб'єктивних прав. *Неюрисдикційний спосіб захисту права* – це позасудовий захист, що здійснюється особою, право якої порушене, самостійно, але в межах закону [1, с. 242]. Такі засоби захисту застосовуються рідко, проте право на самозахист є одним із найважливіших інститутів конституційно-правового статусу особи. Відповідно до цієї класифікації судова й адміністративна форми захисту вважаються юрисдикційними формами, а самозахист – неюрисдикційною.

Учені виокремлюють також *судову та господарську* (арбітражну) форми захисту, що, на нашу думку, не цілком виправдано. Судова форма захисту охоплює своїм змістом господарську форму захисту, оскільки господарські суди є частиною судової системи України відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», що забезпечує її єдність. Під судовою формою реалізації юридичних гарантій цивільних прав розуміється діяльність державних органів із захисту порушених або оспорюваних прав та інтересів. Судова форма захисту суб'єктивних прав має певні безумовні переваги:

- судді, які вирішують спори, незалежні від політичного, відомчого й іншого впливу; високим є авторитет судової влади у суспільстві;
- загальнообов'язковість судових рішень;

- наявність механізму примусового виконання судових рішень;

- наявність чіткої законодавчо закріпленої процесуальної форми, що закріплена процесуальним законодавством;

- усне та безпосереднє дослідження всіх обставин спору;

- рівність сторін.

Зазначені позитиви судової форми захисту дозволяють стверджувати про її ефективність. Разом із тим судова форма захисту має і низку недоліків:

- необхідність дотримання чіткої форми звернення до суду за захистом. Наслідком неправильного складення заяви або позовної заяви є залишення їх без розгляду;

- необхідність оплати державного мита. Незважаючи на відносно невеликий розмір державного мита, для більшості пересічних громадян це важке матеріальне навантаження;

- тривалість процедури розгляду судами окремих категорій справ.

Слід також враховувати, що певна категорія справ (зважаючи на свою складність) вимагає участі адвоката. В цьому випадку особи з низьким рівнем доходу опиняються у складній ситуації, не маючи можливості сплатити послуги професійного захисника.

Під адміністративною формою захисту суб'єктивних прав слід розглядати діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування й їх посадовців, спрямовану на відновлення порушених і визнання оспорюваних прав, а також усунення загрози їх порушення.

Застосовуючи адміністративну форму захисту гарантій цивільних прав, можна звернутися до різних органів. Відповідно до статей 17, 18 та 19 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України захист цивільних прав у несудовій формі може здійснюватися [2, с. 75]:

- Президентом України;

- органами державної влади, органами влади Автономної Республіки Крим або органами місцевого самоврядування (адміністративний порядок);

- нотаріусом;
- самою особою (самозахист цивільних прав).

Встановлено, що будь-яка особа перед зверненням до суду (або замість цього) може подати до Апеляційної палати заперечення проти рішення Державної служби щодо набуття прав інтелектуальної власності. Таким чином, слід погодитися з думкою О. Харитової, що попереднє звернення до Апеляційної палати не є обов'язковим [3].

Для адміністративного захисту суб'єктивних прав характерне те, що вона може здійснюватися за ініціативою як фізичних осіб, так і державних органів (наприклад, прокуратури), органів місцевого самоврядування (органи опіки й опікування), громадських об'єднань (професійних спілок).

Адміністративний порядок захисту регулюється загальним законодавством і спеціальними нормативно-правовими актами (законами Верховної Ради, указами Президента, постановами Кабінету Міністрів). Серед них – закони України «Про звернення громадян», «Про захист прав споживачів», «Про надзвичайний стан», Митний кодекс України, Указ Президента України «Про заходи щодо забезпечення конституційних прав громадян на звернення». У повсякденній роботі різних органів виконавчої влади та місцевого самоврядування видаються також індивідуальні акти, якими задовольняються ті чи інші конкретні права й інтереси особи і, відповідно, гарантується реалізація цих прав та задоволення інтересів (рішення голів місцевих державних адміністрацій і виконавчих комітетів рад). У будь-якому випадку ознакою адміністративної форми захисту є те, що це діяльність уповноважених державних органів, органів місцевого самоврядування і посадовців, а не суду. Цим зумовлені як достоїнства, так і недоліки адміністративної форми захисту. До основних переваг можна віднести:

- відносну простоту, що пов'язано з відсутністю жорстких вимог до оформлення звернення та порядку його подання;

- відсутність необхідності оплачувати державне мито;

- можливість оскарження незадовільної відповіді у вищестоящу інстанцію або до суду;

- оперативність.

Адміністративна форма захисту правового статусу має й істотні недоліки:

- обмеженість засобів і способів захисту суб'єктивних прав;

- наявність великої кількості нормативних правових актів, що регулюють порядок звернення до різних органів;

- складнощі у визначенні компетенції уповноважених органів і посадовців;

- відомча заінтересованість;

- відсутність єдиного механізму виконання рішень, прийнятих в адміністративному порядку.

Одним із основних органів, що здійснюють захист суб'єктивних прав громадян, є прокуратура. При здійсненні своїх функцій прокурор:

- розглядає та перевіряє заяви, скарги, інші повідомлення про порушення прав і свобод людини та громадянина;

- роз'яснює потерпілим порядок захисту їх прав і свобод;

- вживає заходи із попередження та припинення порушень прав і свобод людини та громадянина, притягнення до відповідальності осіб, які порушили закон, і відшкодування заподіяного збитку;

- використовує передбачені законом повноваження (наприклад, вимагає від керівників та інших посадовців представлення необхідних документів, матеріалів, статистичних, інших відомостей, виділення фахівців для з'ясування питань, що виникли, викликає посадовців і громадян для пояснень із приводу порушень законів).

Наступна форма захисту суб'єктивних прав – самозахист, який є юридично значимою дією особи з відновлення порушених елементів правового статусу, а також усунення загрози їх порушення без звернення до судових та інших уповноважених органів. Реалізація конкретних способів самозахисту можлива не лише за законом, а й за договором, оскільки не включення до умов договору можливості використання тих або інших дій для самозахисту може у разі їх застосування, бути оскаржене та визнане неправомірним.

Слід зазначити, що закон не містить переліку осіб, які мають право на самостійний захист своїх цивільних прав. Отже, ним мають право скористуватись як фізичні, так і юридичні особи, права, яких порушені. На нашу думку, у разі неможливості самостійного захисту своїх цивільних прав потерпілою стороною, вона може звернутися за допомогою у здійсненні права на самозахист до інших осіб (тобто вдатися до так званої товариської взаємодопомоги).

Підставою для застосування самозахисту цивільних прав є будь-яке їх порушення. Це може бути як злочин, так і адміністративні або цивільні правопорушення. В деяких випадках потрібно неодноразове порушення права. Від характеру порушення та ступеня його небезпеки залежить лише вибір способу самозахисту і визначення меж його реалізації. Важливо, щоб порушення норм цивільного права було реальним, а не передбаченим (оскільки у цьому випадку ми матимемо справу з самоуправством).

Способи самозахисту цивільних прав, що впливають із договірних відносин, є заходами, що приймаються правомочною особою як суб'єктом цивільних правовідносин, спрямовані на захист суб'єктивних прав та інтересів, тобто прав та інтересів, що випливають із зобов'язань (наприклад, утримання комісіонером винагороди, яка належить йому, з сум, що підлягають передачі комітентові, безакцентне списання заборгованості, утримання речі тощо). Дії, спрямовані на самостійний захист прав, можуть полягати не лише у вжитті якихось заходів безпосередньо самою правомочною особою, а й у вимозі дотримуватись або здійснити певного роду

дії від іншої сторони. Ці дії теж спрямовані на захист своїх прав у разі їх порушення, наприклад вимога кредитора поруки третіх осіб за боржника як обов'язкова умова для отримання кредиту тощо, які залежно від їх основного функціонального навантаження можуть розглядатися й як засоби забезпечення зобов'язань. Крім того, такі вимоги можуть виражатися в примушуванні іншої сторони дотримуватися передбаченої для конкретної угоди форми, оскільки неналежне її оформлення тягне визнання її недійсною. Відповідно, укладена таким чином угода втрачає будь-яку можливість свого захисту перед порушенням.

Із метою забезпечення правового захисту фізичних і юридичних осіб, ефективної реалізації права на самозахист слід визначити умови правомірності його реалізації. Їх вироблення має особливе значення, оскільки відсутність хоча б одного з них свідчить про неправомірність дій, здійснюваних особою в цілях самозахисту.

Можливість реалізації права на самозахист не обмежена тільки часом до подання позову до суду. Застосування заходів самозахисту суб'єктивних прав можливе і в цілях захисту своїх прав, в доповнення судового рішення або, наприклад, у випадках винесення судом першої інстанції рішення без урахування всіх обставин справи, що порушує права та законні інтереси осіб, які звернулися за захистом; коли порушення є таким, що триває і почалося ще до звернення до суду, або ж право виникло в результаті судового розгляду та порушення настало після набирання судового рішення законної сили.

Так, громадянка звернулася в прокуратуру із скаргою на нібито самоуправні дії, що виразилися в примусовому виселенні її з квартири. При перевірку виявилось, що було рішення суду у цивільній справі про виселення заявниці з квартири, яке набуло законної сили й яке вона не виконувала добровільно. Тоді відповідач у відсутності позивачки виніс її речі у безпечне місце. При цьому будь-якого майнового збитку заподіяно не було. Дії відповідача в даному випадку були визнані правомірними та такими, що відповідають вимогам ст. 19 ЦК України. Але недопустимим є самозахист права після закінчення порушення, оскільки дії виходитимуть за межі, що допускаються законом і носитимуть характер самоуправства.

Закон не обмежує кількість способів самозахисту, що можуть бути застосовані до правопорушника. Вони можуть застосовуватись як окремо, так і в комплексі, але з дотриманням умов їх правомірної реалізації.

Стаття надійшла до редакції 14.03.2013 р.

The article deals with various forms of implementing the classification of legal guarantees of civil rights on the entity that implements these guarantees.

В статье рассматриваются разные классификации форм реализации юридических гарантий гражданских прав в зависимости от субъекта, реализующего эти гарантии.

На нашу думку, самозахист, як одна з форм захисту цивільних прав, що допускається законом – це захід державного примусу. Зазначене впливає з делегування державою особі права самостійно захищати свої права, а також можливості у випадку недостатньо ефективної реалізації права на самозахист звернутися за захистом до держави (в особі її органів) або інших компетентних органів.

Основною функцією самозахисту є, передусім, захист цивільних прав від порушення (правоохоронна функція). Окремі способи самозахисту можуть виконувати й інші функції, похідні від основної. На нашу думку, доцільно виділити лише деякі, найбільш загальні з них (наприклад, превентивну (попереджувальну); припиняючу, забезпечення належного виконання зобов'язань; забезпечення недоторканності права; гарантійну (утримання речі); відновну тощо.

Висновки

Самозахист цивільних прав слід розуміти як дії правомочної особи, що допускаються законом або договором, спрямовані на забезпечення недоторканності права, припинення порушення та ліквідацію його наслідків. Вказані форми захисту суб'єктивних прав не виключають один одного. Спірні ситуації вимагають застосування різних форм захисту. В одних випадках ефективнішою може виявитись адміністративна форма захисту (наприклад, при вирішенні конфліктних питань, пов'язаних із захистом прав споживачів), в інших — судова (наприклад, при визнанні права власності). Є також ситуації, коли оптимальним буде застосування заходів самозахисту (самозахист прав інтелектуальної власності в глобальній мережі Інтернет).

При виборі форми захисту необхідно також враховувати, що рішення по спору, прийняте в адміністративному порядку, може бути оскаржене до суду. У зв'язку з цим, як свідчить практика, доцільно спочатку використати адміністративний порядок захисту. У разі ж винесення рішення, яке не задовольняє заявника, воно може бути оскаржене в судовому порядку.

Список використаних джерел

1. *Гражданское право* / Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. – М., 1996. – 543 с.
2. *Шевченко Я. М.* Цивільне право України: У 2 т. – К., 2003. – Т. 1. – 408 с.
3. *Харитонов О. І.* До проблеми визначення юрисдикції адміністративних судів у сфері захисту прав інтелектуальної власності // *Право України*. – 2011. – № 4. – С. 116–127.



УДК 347.4

Тетяна Матвєєнко,*здобувачка кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та психології
Національної академії внутрішніх справ*

КЛАСИФІКАЦІЯ ДОГОВОРІВ ЯДЕРНОГО СТРАХУВАННЯ

У статті здійснена спроба розробити теоретичну юридичну класифікацію договорів ядерного страхування з урахуванням законодавчого та практичного вітчизняного і зарубіжного досвіду щодо визначення договору страхування, а також наукової думки у сфері договірно-правового забезпечення страхування.

Ключові слова: страхові зобов'язання, цивільно-правовий договір, договір страхування, договір обов'язкового страхування відповідальності, договір ядерного страхування.

На сучасному етапі страхування все більше перетворюється на універсальний засіб захисту майнових інтересів юридичних і фізичних осіб різних форм власності від стихійних лих, катастроф техногенного характеру й інших негативних явищ. Промислове використання ядерної енергії та пов'язані з цим ризики поставили завдання перед розвинутими в економічному плані державами створити особливу систему фінансової безпеки з метою захисту як власників атомних електростанцій від загрози відшкодування збитку третім особам, так і інтересів потерпілих.

Чинне цивільне та страхове законодавство України регулює суспільні відносини, що виникають при застосуванні цивільно-правового інституту ядерного страхування, шляхом застосування двох основних законодавчих категорій: «договір» і «договір страхування». Договір страхування як особлива категорія цивільного права України та страхового законодавства є основною формою опосередкування цивільно-правових відносин в ядерній сфері. Так, встановлення загальних типових ознак договорів страхування та визначення відмінностей між ними дозволить на науковій основі систематизувати договори ядерного страхування, на які припадає вагомий частини комплексного правового інституту ядерного страхування.

Питання про класифікацію договорів страхування (поділ, групування, систематизація) є одним із центральних питань теорії та практики цивільного права. Саме договори страхування відображають конкретні майнові інтереси громадян та юридичних осіб, пов'язані із забезпеченням надійного страхового захисту об'єктів страхування в ядерній сфері.

Метою цієї статті є уточнення та висвітлення юридичної класифікації договорів ядерного страхування з урахуванням правової природи договірних відносин і галузевої специфіки ядерного страхування.

Загальні питання правової природи договорів, у тому числі договорів страхування, досліджувалися вченими-юристами О. Іоффе, О. Садиковим, Г. Шершеневичем, В. Грибановим, В. Пугінським, В. Тарховим, І. Новіцьким, Л. Лунцом, М. Малєїним, О. Комаровим, В. Райхером, О. Красавчиком, Г. Матвєєвим та ін. Дослідженням проблем галузевої специфіки договорів ядерного страхування займаються такі відомі зарубіжні вчені як К. Шеффлер, Х. Пельцер, Я. Лопуські, А. Йойриш, О. Супутаєва, О. Чопорняк та ін., а також вітчизняні – Г. Балок, С. Плачкова, Ю. Крупка, Ю. Шемшученко та ін.

Вітчизняна індустрія ядерного страхування перебуває ще на початковому етапі свого становлення. Проте на сьогодні страховики пропонують комплекс страхових послуг у сфері ядерного страхування, нові види страхового захисту. У зв'язку з цим науково-теоретична класифікація договорів страхування ядерних ризиків потребує відповідних змін і доповнень.

Страхові зобов'язання відповідно до класифікації, що пропонується рядом авторів, є самостійною групою у загальній системі зобов'язань [1, с. 25]. М. Гордон виділяє договір страхування у самостійну групу зобов'язань на підставі використання класифікаційного критерію, який включає в себе сукупність економічних та юридичних ознак: договору про виробництво відповідних грошових виплат у разі настання передбаченої у конкретному договорі події [2].

Різноманітність сучасних видів страхування зумовлює широке коло договорів страхування. Кожному договору страхування властиві як загальні ознаки даної правової категорії, так і ознаки, притаманні лише конкретному виду договорів страхування. Однак поділ страхування за відповідними об'єктами, за якими визначалися галузі страхування, не є достатнім для виявлення майнових інтересів страхувальників і виокремлення конкретних видів договорів страхування, їх науково-теоретичного розмежування.

Розробляючи класифікацію договорів ядерного страхування, слід спиратися на відповідний законодавчий і практичний вітчизняний і зарубіжний досвід щодо визначення договору страхування, а також на досягнення наукової думки у сфері страхування. Класифікацію договорів ядерного страхування можна визначити як упорядковану систему поділу договорів на окремі групи (системи) за класифікаційними ознаками належності до певного типу об'єктів страхування.

Різноманітність видів договорів ядерного страхування зумовлена конкретними майновими інтересами страхувальника, починаючи від проектування ядерних реакторів, їх подальшої експлуатації і закінчуючи транспортуванням ядерного палива тощо.

З метою наукової класифікації договорів страхування ядерних ризиків, необхідно визначити юридичні критерії, які дозволять, зокрема, розмежувати різні види договорів. Що стосується **договорів особистого страхування**, то класифікація провадиться за колом страхових випадків [3, с. 226]. Особисте страхування провадиться на випадок смерті страхувальника (застрахованого), тимчасової або постійної втрати ним працездатності (втрати здоров'я), дожиття страхувальника (застрахованого) до кінця строку дії договору страхування або до визначеної в договорі події. Особливістю цієї галузі страхування є поєднання в її рамках усіх видів страхування, що пов'язані із страховим захистом життя та здоров'я особи, а також додатковим пенсійним її забезпеченням.

Юридичний аналіз такого класифікаційного критерію, як страховий випадок, дає підстави визначити групи договорів особистого страхування в ядерній сфері:

- договори страхування життя;
- договори страхування від нещасних випадків.

Зазначений поділ договорів особистого ядерного страхування носить матеріальний характер і відноситься до самого змісту відповідних страхових правовідносин.

Страхування життя як підгалузь особистого страхування в ядерній сфері передбачає обов'язок страховика здійснити страхову виплату згідно з договором страхування у разі смерті застрахованої особи, а також, якщо це передбачено договором страхування, у разі дожиття застрахованої особи до закінчення строку дії договору страхування та (або) досягнення застрахованою особою визначеного договором віку. Умови договору страхування життя можуть також передбачати обов'язок страховика здійснити страхову виплату у разі нещасного випадку, що стався із застрахованою особою, та (або) хвороби застрахованої особи.

У свою чергу до групи договорів особистого страхування життя в ядерній сфері за колом страхових випадків входять такі види договорів страхування:

договір змішаного страхування життя, в якому об'єднується кілька самостійних договорів,

зокрема на три випадки: дожиття до закінчення строку страхування; смерть застрахованого; втрата здоров'я від нещасних випадків [4, с. 79];

договір спрощеного змішаного страхування (аналогічне коло страхових випадків);

договір страхування на випадок смерті та інвалідності (на певний строк і довічно) [3, с. 226].

Інша група договорів особистого ядерного страхування (ядерний інцидент) – договори страхування від нещасних випадків, що передбачають обов'язок страховика здійснити страхову виплату у фіксованій сумі або у розмірі часткової чи повної компенсації додаткових витрат застрахованого внаслідок настання страхового випадку (при цьому можлива комбінація двох видів виплат).

Договір особистого страхування від нещасних випадків при ядерному інциденті укладається на випадок:

нанесення шкоди здоров'ю застрахованого внаслідок нещасного випадку; смерті застрахованого внаслідок нещасного випадку; втрати (постійної або тимчасової) працездатності (загальної чи професійної) внаслідок нещасного випадку, за винятком видів страхування, які відносяться до медичного страхування.

Друга група договорів особистого страхування від нещасних випадків охоплює види *договорів ядерного страхування працівників, чия робота пов'язана з особливою небезпекою для життя та здоров'я*: договір індивідуального страхування від нещасних випадків; договір колективного страхування працівників від нещасних випадків за рахунок коштів підприємств і організацій. Цей поділ договорів особистого страхування від нещасних випадків на зазначені види договорів страхування здійснюється залежно від суб'єкта, який вносить страхові внески з метою забезпечення захисту майнових інтересів фізичних осіб.

У страхуванні від нещасних випадків за рахунок застрахованих, обсяг відповідальності (за смерть та інвалідність) визначається колом страхових випадків. Іншою є ситуація при страхуванні від нещасних випадків за рахунок підприємств і організацій, де обсяг відповідальності у більшості випадків обмежений виключно нещасними випадками, які мали місце в процесі виконання застрахованим службових обов'язків. Зазначене дозволяє дійти висновку, що в обох групах страхові зобов'язання страховика охоплюють випадок смерті та випадок втрати працездатності (інвалідності) від ядерного інциденту. Однак основна відмінність між договором страхування життя і договором страхування від нещасних випадків полягає в тому, що страхові зобов'язання страховика за інвалідність (втрату працездатності) обмежені, як правило, одним і тим самим колом страхових випадків, а відносно страхових зобов'язань у разі смерті коло страхових випадків, навпаки, мають суттєві відмінності. У першому випадку (страхування життя) зобов'язання страховика по страховій виплаті виникає у разі смерті з будь-якої причи-

ни. У другій групі (страхування від нещасних випадків) зобов'язання страховка встановлюється по страховій виплаті у більшості випадків за смерть, яка настала від нещасного випадку.

Застрахованими в галузі особистого ядерного страхування виступають працівники АЕС і персонал об'єктів ядерної інфраструктури (наприкладі ЧАЕС – це робітники інфраструктури міста Чорнобиль, а саме – зони відчуження). За кожним із існуючих на сьогодні видів договорів особистого ядерного страхування застрахованими є життя та здоров'я працівників АЕС і персоналу об'єктів інфраструктури (зони відчуження), оскільки страхові суми виплачуються у випадку смерті або інвалідності (втрата працездатності).

У системі договорів майнового страхування у науковій літературі визначають такі класифікаційні критерії [3, с. 220]:

- за формою власності, що є об'єктом страхового захисту (категорії страхувальників);
- за об'єктами страхування;
- за страховими випадками.

При цьому поділ системи договорів майнового страхування за об'єктами страхування та страховими випадками, як правило, збігається, оскільки від роду об'єкта страхування залежить коло можливих по відношенню до нього страхових випадків.

За останніми двома критеріями, договори майнового ядерного страхування пропонуємо поділити на два види:

- договори страхування матеріальних предметів від вогню й інших небезпек, зокрема будівель, споруд, транспортних засобів, устаткування, сировини, готової продукції;
- договори страхування ядерних об'єктів від аварій, крадіжок та інших імовірних небезпек.

У доктрині цивільного права юридична наука визначає класифікацію договорів майнового страхування за формою власності суб'єктів. За цим критерієм у системі договорів майнового страхування можна виділити такі групи договорів:

договір страхування майна, що є власністю юридичних осіб;

договір страхування майна, що перебуває у власності фізичних осіб.

Групою договорів майнового ядерного страхування є договори про страхування майна, власником якого виступають громадяни й юридичні особи. Диференціація правового режиму страхування майна юридичних осіб (власників ядерних установок) дає підстави виділити у системі договорів майнового страхування за формою власності такі самостійні види договорів страхування, як договори страхування майна державних і приватних суб'єктів господарської діяльності. Зазначений поділ договорів майнового страхування виявляється, перш за все, в існуванні створених за цією ознакою самостійних видів договорів страхування.

Наведена класифікація свідчить, що договори особистого ядерного страхування (на відміну від договорів майнового ядерного страху-

вання) не мають розмежування за соціальним статусом застрахованих. Відсутній у договорах особистого ядерного страхування також поділ на види договорів за об'єктами страхування: за характером особистих благ, що підлягають страхуванню.

У порівнянні з теоретичними дослідженнями критеріїв класифікації видів договорів у галузях особистого та майнового ядерного страхування, у науці страхового права найважливішою видається класифікація видів договорів у системі *договорів обов'язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду*.

Особливістю системи договорів страхування у галузі страхування відповідальності є те, що, по-перше, третьою особою (застрахованою особою) виступають будь-які (наперед не обумовлені) фізичні або юридичні особи; по-друге, попередньо не визначається застрахована особа (фізична чи юридична). При цьому виявлення вказаних третіх осіб завжди відбувається безпосередньо при заподіянні шкоди.

Враховуючи складність поставленого завдання, вважаємо за доцільне провести багатоступеневу класифікацію договорів у галузі страхування відповідальності, що дозволить правильно виявити конкретні види договорів страхування відповідальності.

Покладаючи в основу класифікації такий критерій, як об'єкт страхування, можна виділити: договори страхування відповідальності за шкоду, заподіяну третім особам (позадоговірної відповідальності); договори страхування відповідальності по договору (договірної відповідальності) [5, с. 529–530]. Такий критерій застосований також у класифікації видів договорів у галузі майнового страхування.

Залежно від суб'єктів господарської діяльності, у першій групі договорів страхування виокремлюють такі види договорів страхування відповідальності:

- договір страхування цивільної відповідальності власників автотранспортних засобів;
- договір страхування цивільної відповідальності суб'єктів перевезення небезпечних вантажів;
- договір страхування цивільної відповідальності підприємств – джерел підвищеної небезпеки.

У другій групі договорів страхування за вказаним критерієм виділяють, зокрема, такі види договорів:

- договір страхування професійної відповідальності суб'єктів нотаріальної діяльності, діяльності медичних працівників;
- договір страхування відповідальності суб'єктів за невиконання договірних зобов'язань.

Для подальшого наукового дослідження видів договорів страхування, важливого значення набуває питання класифікації у пешій групі договорів страхування позадоговірної (деліктної) відповідальності в ядерній сфері. У цій групі договорів об'єктом страхування є майнові інтереси страхувальника, пов'язані з відшкоду-

ванням ним шкоди, заподіяної особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі внаслідок цієї діяльності. Застосування при класифікації цієї групи договорів страхування таких критеріїв, як суб'єкт господарської діяльності та страховий випадок, у теоретичному аспекті дозволяє виокремити такі види договорів страхування:

- договори про страхування відповідальності підприємств – джерел підвищеної небезпеки;

- договори страхування цивільної відповідальності за:

- нанесення шкоди життю та здоров'ю або майну фізичним особам (колективне страхування персоналу АЕС за рахунок засобів підприємства від нещасних випадків і захворювань від ризику радіаційної дії; особисте страхування фізичних осіб від ризику радіаційної дії;

- заподіяння шкоди юридичним особам (страхування цивільної відповідальності експлуатуючих організацій, що ініціюється законодавством відносно власників ядерних об'єктів, для забезпечення гарантованого та швидкого відшкодування збитків третім особам за ядерний збиток; страхування майнових інтересів експлуатуючих організацій, пов'язане з відшкодуванням збитків власникові ядерних об'єктів, у тому числі з відшкодуванням втрат за пошкодження устаткування, а також дезактивацією забрудненого устаткування та приміщень, позаплановими зупинками ядерних виробництв із різних причин); страхування цивільної відповідальності підприємств за збитки, заподіяні радіаційним впливом при транспортуванні ядерних матеріалів; страхування підприємницьких ризиків, пов'язаних із діяльністю ядерних об'єктів.

Види договорів страхування відповідальності зазначеної групи договорів страхування мають комплексний характер. Зумовлено це тим, що при проведенні відповідного страхування одночасно забезпечується страховий захист майнових інтересів, пов'язаних із життям і здоров'ям третьої особи, її майна. Іншими словами, договори про страхування цивільної відповідальності в ядерній сфері охоплюють об'єкти особистого страхування та майнового страхування.

Таким чином, спираючись на досягнення науки страхового та цивільного права, а також на аналіз сучасного цивільного та страхо-

вого законодавства, можна визначити критерії розмежування видів договорів ядерного страхування:

- у договорах особистого страхування це коло випадків, у договорах майнового страхування – форма власності.

- щодо договорів страхування відповідальності виокремлення видів договорів страхування здійснюється шляхом класифікації за об'єктом страхування, суб'єктами господарської діяльності та страховими випадками.

Висновки

Формування ринкової економіки потребує формування нових підходів до страхування, зокрема, розширення різноманітних видів страхових послуг залежно від страхового інтересу страхувальника. Сучасні темпи розвитку ядерної енергетики та технологій, а також діяльність ядерних страхових пулів на міжнародній арені вимагають доповнення відповідної сфери новими видами договору страхування ядерних ризиків, що, у свою чергу, потребує розроблення нових та вдосконалення існуючих видів договорів страхування.

Запропонована класифікація видів договорів ядерного страхування має сприяти глибокому з'ясуванню їх змісту, виявленню властивих їм ознак і особливостей, подальшому вдосконаленню законодавства щодо розроблення нових видів договорів страхування тощо. Наведена класифікація є також необхідним засобом вивчення правового змісту конкретних договірних страхових правовідносин, особливостей їх правового регулювання в ядерній сфері.

Список використаних джерел

1. Иоффе О. С. Обязательственное право. – М., 1975. – 252 с.
2. Гордон М. В. Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юридического института. – 1954. – Вып. 5.
3. Райхер В. К. Общественно-исторические типы страхования. – М., 1947. – 270 с.
4. Базилевич В. Д., Базилевич К. С. Страхова справа. – К., 1997. – 795 с.
5. Гражданское право / Е. Ю. Валявина, Н. П. Василевская, Н. Д. Егоров и др. – М., 1998. – Ч. 2. – 784 с.

Стаття надійшла до редакції 25.02.2013 р.

In the proposed article is completed development theoretical law classification of the nuclear insurance contracts, based on an appropriate legislative and practical domestic and international experience on definition insurance contract and progress of the science thoughts in the sphere of contractual and legal ensuring insurance.

В статтє осуцествлена попытка разработать теоретическую юридическую классификацию договоров ядерного страхования с учетом законодательного и практического отечественного и зарубежного опыта относительно определения договора страхования, а также научной мысли в сфере договорно-правового обеспечения страхования.



УДК 347.214.2

Аріна Савченко,

канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та масових комунікацій
Харківського національного університету внутрішніх справ

КРИТЕРІЇ ДИФЕРЕНЦІАЦІЇ НЕРУХОМОГО МАЙНА В ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ: ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ

У статті досліджені критерії віднесення майна до нерухомого та визначені шляхи їх формального удосконалення відповідно до реалій сьогодення.

Ключові слова: нерухомість, міцний зв'язок, знецінення (знос), призначення, будівлі, споруди, критерії диференціації, фундамент.

Нерухомість у цивільному праві України – багатоманітне явище, внаслідок чого неможливо надати вичерпний перелік об'єктів нерухомості чи сформулювати чіткі критерії віднесення об'єктів до нерухомого майна, оскільки кожна сфера цивільно-правових відносин, предметом регулювання якої є нерухомість, використовує об'єкти, що мають економічне значення та є пріоритетними, а також прибутковими саме для неї.

Із розвитком норм законодавчого регулювання нерухомого майна, дослідженням окремих питань якого в різний час займалися провідні вчені-цивілісти М. Брагінський, В. Вітрянський, Б. Гонгало, О. Козир, В. Лапач, Є. Мічурін, І. Спасибо-Фатєєва та ін., традиційний підхід до розуміння нерухомості та критеріїв її диференціації поступово, але змінюється, і від того, наскільки юридично грамотно та чітко законодавець сформулює критерії віднесення майна до нерухомого, залежить благоустрій громадян і попередження безсистемного віднесення різних видів майна до нерухомості, щоб не допустити умовності самого поняття «нерухоме майно».

Метою цієї статті є дослідження критеріїв віднесення майна до нерухомого та визначення шляхів їх формального вдосконалення відповідно до реалій сьогодення.

У статті 181 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України законодавець закріпив визначення нерухомого майна, використавши два підходи: *по-перше*, виділив критерії (ознаки) віднесення об'єктів до нерухомих (міцний зв'язок об'єктів із земельною ділянкою – невід'ємно пов'язані з нею), неможливість переміщення об'єктів без їх знецінення та неможливість переміщення об'єктів без зміни їх призначення; *по-друге*, вказав на конкретні об'єкти, які за своїм статусом є нерухомими

речами (земельна ділянка, а також об'єкти, розташовані на ній – споруди, будинки тощо). Якщо другий спосіб визначення нерухомості складнощів у застосуванні на практиці не викликає, то визначення нерухомості через використання абстрактних ознак – міцний зв'язок із землею, неможливість переміщення об'єктів без їх знецінення та зміни призначення – викликає труднощі, оскільки в законодавстві відсутнє легальне визначення зазначених понять.

Заслужує на увагу точка зору М. Єгорова, згідно з якою критерій найбільшої важливості, значущості суспільних відносин страждає відомою невизначеністю, у зв'язку з чим його не можна визнати науково бездоганним [1, с. 38]. Крім того, ознак у відносно визначених поняттях недостатньо для того, щоб можна було зробити однозначний висновок відносно їх змісту. Це призводить до того, що недостатні ознаки таких понять виявляються вже у конкретних ситуаціях. Тому особливе місце в їх тлумаченні відводиться правозастосуванню, адже саме на практиці формулюється зміст оціночного поняття. Так, основним критерієм віднесення майна до нерухомого є нерухомість об'єкта за своєю природою. Саме тому важливу роль серед інших об'єктів нерухомості відіграє земельна ділянка, яка, безумовно, є об'єктом цивільного права та майже єдиним тілесним об'єктом нерухомості [2, с. 48], що домінує над іншими. Адже земельна ділянка в силу своїх природних властивостей є нерухомим об'єктом природи, який сформувався в ході природного розвитку.

Першочерговим значенням земельної ділянки як речі є те, що вона об'єднує навколо себе іншу нерухомість. Саме тому основною ознакою нерухомого майна є зв'язок із землею. Йдеться про безпосередній, фізичний контакт, переривання якого призведе до серйоз-

ної шкоди для об'єкта нерухомості, що на ній розміщений. Земельна ділянка – це об'єкт нерухомості, створений природою без участі людини, який у силу своїх фізичних властивостей не може бути переміщений або змінений. Що стосується інших об'єктів нерухомості (будинків, споруд, будівель), то вони є результатом праці людини та пов'язані з природною основою настільки, що не можуть функціонувати у відриві від неї.

Термін «міцний зв'язок», що широко використовується в побуті й юридичній термінології, запозичений із ст. 4 «Основ цивільного законодавства Союзу РСР та республік» від 31.05.1991 р. Однак зазначений критерій віднесення об'єкта до нерухомості відсутній у нормах ст. 181 ЦК України. У визначенні нерухомого майна, яке міститься в Законі України «Про іпотеку» від 05.06.2003 р. № 898-IV, термін «міцний зв'язок» замінено на «невід'ємно пов'язані із землею».

Міцний зв'язок із земельною ділянкою забезпечує наявність такої конструкції, як фундамент, що є опорною конструкцією будови. Відповідно до наказу Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України «Про затвердження Інструкції про порядок проведення технічної інвентаризації об'єктів нерухомого майна» від 24.05.2001 р. № 127, *фундаментом* є підземна частина будинку, через яку передається навантаження від його наземної частини на ґрунт. Фундамент є основним конструктивним елементом побудови та критерієм розмежування будов, що віднесені законодавством до нерухомості, від тимчасових споруд, на які поширюється режим рухомої речі.

Крім того, будівлі, поставлені на землю, але не укріплені в ній (лави, альтанки, палатки), повинні вважатися рухомими речами. Будівлі без фундаменту, які можна перемістити, не можуть вважатися нерухомістю [3, с. 167], оскільки саме наявність фундаменту дозволяє вести мову про капітальний характер об'єкта нерухомості. Отже, невід'ємний зв'язок із земельною ділянкою, тобто стаціонарність, забезпечується наявністю такої несучої конструкції, як фундамент, оскільки, побудова без фундаменту є мобільною і не може вважатися нерухомим майном. У зв'язку з цим критерій неможливості переміщення об'єктів без їх знецінення та зміни призначення, вказані у ст. 181 ЦК України, носять оціночний характер та є досить спірними. Адже тлумачення будь-якого терміна означає надання йому певного змістовного значення, що перетворює його на поняття, зумовлене образом мислення, в даному випадку – економічного, в якому формується сенс слів.

Знецінення – це економічна категорія, що є похідною від слова «ціна», має спектр фінансових значень, пов'язаних із падінням і зниженням ціни, а також представляє собою часткову або повну втрату майном своєї пер-

шочергової вартості внаслідок порушення його нормального стану чи погіршення якості.

Термін «знецінення» використовується в економічному обороті з метою оцінки вартості майна. Однак із часом сформувався звичай (традиція) називати загальне знецінення майна терміном «зносом», який застосовувався у політекономічному сенсі (фізичний і моральний) за часів Радянського Союзу.

У правовому полі нашої країни знецінення ототожнюється із зносом. Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Національного стандарту № 1 «Загальні засади оцінки майна і майнових прав» від 10.09.2003 р. № 1440, *знос (знецінення)* – це втрата вартості майна порівняно з вартістю нового майна. Знос за ознаками його виникнення поділяється на фізичний, функціональний та економічний (зовнішній). Фізичний і функціональний знос може бути таким, що технічно усувається, і таким, що не усувається або усунення якого є економічно не доцільним. Отже, *фізичний знос* – це знос, зумовлений частковою або повною втратою первісних технічних і технологічних властивостей об'єкта оцінки (нерухомого майна); *функціональний знос* – це знос, зумовлений частковою або повною втратою первісних функціональних (споживчих) характеристик об'єкта оцінки (нерухомого майна); *економічний (зовнішній) знос* – це знос, зумовлений впливом соціально-економічних, екологічних та інших факторів на об'єкт оцінки (нерухоме майно).

Економічний або зовнішній знос не має потреби розглядати, оскільки він зумовлений факторами, що не залежать від людини та носять більш глобальний характер. Що стосується фізичного та функціонального зносу (знецінення) об'єкта нерухомості, то вони характеризуються зменшенням корисності як самого об'єкта, так і його споживчої привабливості, яка виражається у зниженні його вартості (знеціненні) під впливом різних факторів.

У міру експлуатації об'єкта поступово погіршуються його параметри, що характеризують конструктивну надійність будинків і споруд, а також їх функціональна відповідність поточному, а тим більше – майбутньому використанню. Крім того, на вартість нерухомості впливають і зовнішні фактори, зумовлені зміною ринкового середовища, накладенням обмежень на визначене використання будинків і споруд.

Тлумачення терміна «знецінення (знос)» дозволяє зробити висновок, що використаний законодавцем у ст. 181 ЦК України критерій віднесення майна до нерухомого як неможливість його переміщення через знецінення об'єкта нерухомого майна є юридично застарілим і не підлягає застосуванню до будівель та споруд. По-перше, знецінення об'єкта нерухомості є результатом дії зовнішніх і внутрішніх умов господарювання та не може

відбутися шляхом вчинення «одноразової дії людини та техніки» – переміщення у просторі, оскільки знецінення – це процес, який полягає в постійній, довготривалій експлуатації об'єкта. По-друге, знецінення об'єкта нерухомості пов'язане з його ринковою вартістю та цінністю самого об'єкта, на які процес переміщення може вплинути й позитивно: залежно від того, куди буде переміщено об'єкт (центральна частина міста, приморська зона тощо), зросте його ціна. По-третє, підставою віднесення будівель і споруд до числа нерухомих речей є те, що вони можуть служити відповідно до свого функціонального призначення лише у поєднанні з будь-якою земельною ділянкою, а не з конкретно визначеною.

Якщо враховувати можливості переміщення будівель і споруд, які мають певну цінність, на значні відстані, то фактор можливого переміщення більшості будівель і споруд взагалі не має вирішального значення. Якщо буквально тлумачити критерій віднесення об'єктів до нерухомості через неможливість їх переміщення без знецінення, передбачений ст. 181 ЦК України, то в разі існування можливості переміщення об'єкта нерухомого майна без його знецінення він вже не буде вважатися нерухомим. Але ж це не так!

Такий критерій, як неможливість переміщення без знецінення об'єкта та зміни його призначення, може мати місце лише при вилученні майна із звичного для нього середовища, а не під час простого переміщення. Однак мова йде не про заміну однієї земельної ділянки на іншу, а про абсолютне перенесення об'єкта на інший природний об'єкт, який виступатиме як основа для укріплення фундаменту (повиснути в повітрі, розміститися на поверхні води тощо), що в принципі неможливо [4, с. 56]. Йдеться про матеріальний зв'язок цих двох об'єктів, тобто не про зв'язок із конкретною земельною ділянкою, а про зв'язок із землею взагалі.

Можливість істотної зміни місця розташування будівель і споруд шляхом їх переміщення, навіть без неспіврозмірної шкоди їх призначенню, не спростовує стабільності технічного зв'язку будівель та споруд із земельною ділянкою, не робить їх рухомими (мобільними) речами, оскільки їх суть та призначення саме в тому, щоб бути міцно пов'язаними із землею. Споруди за своєю природою не призначені для переміщення, оскільки зміст поняття «нерухомість» має розширюватися відповідно до вдосконалення технічної інфраструктури сфери людського існування.

На сьогодні будівельна наука та практика знають випадки переміщення будівель і споруд, але слід враховувати доцільність такого переміщення, оскільки це процес трудомісний і витратний. Крім того, така властивість об'єкта нерухомості, як можливість його переміщення, не закладається з початком будівель-

них робіт щодо його зведення, не зазначається в проектно-кошторисній документації на будівництво та не може виступати критерієм розмежування об'єктів нерухомості на ті, що можуть бути переміщені у просторі, та ті, що не можуть бути переміщені. Адже можливість переміщення існуючого об'єкта нерухомого майна прораховується на підставі існуючих будівельних показників, структурних елементів і матеріалів, з яких побудовано споруду чи будівлю. Саме тому будівлі та споруди призначаються до переміщення лише після серйозного техніко-економічного обґрунтування, після опрацювання всіх альтернативних варіантів, оскільки переміщення – це процес, який обов'язково має бути виправданим.

Іншою частиною досліджуваного критерію віднесення об'єктів до нерухомого майна є неможливість їх переміщення без зміни призначення. Традиційно цивільне законодавство для позначення об'єктів, які виникли в результаті будівельної діяльності людини та відносяться до об'єктів нерухомості, використовує поняття «будівлі» та «споруди», що визнані рукотворною нерухомістю, для якої «невід'ємний зв'язок із земельною ділянкою» виражається, перш за все, у фізичній єдності з певною земельною ділянкою, яка складає «звичне середовище використання».

У положеннях Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна», затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 28.10.2004 р. № 1442, міститься уточнення зазначених об'єктів будівництва: *споруди* – це земельні поліпшення, що не належать до будівель і приміщень, призначені для виконання спеціальних технічних функцій (дамби, тунелі, естакади, мости тощо); *будівлі* – це земельні поліпшення, в яких розташовані приміщення, призначені для перебування людини, розміщення рухомого майна, збереження матеріальних цінностей, здійснення виробництва тощо. Слід зазначити, що на будівлі, як і на споруди, покладено певну функцію, яка й є критерієм їх розмежування. Так, за функціональним призначенням будівлі поділяються на дві групи: цивільні та промислові. До цивільних відносяться будівлі, призначені для обслуговування побутових, комунальних і суспільних потреб людей. До цієї групи входять житлові та громадські будівлі. Промислові – це будівлі, в яких виконуються різні виробничі процеси, пов'язані з виробництвом сировини, її обробкою та виготовленням продукції.

На споруди покладено переважно технічну функцію. Тому, незважаючи на стрімкий розвиток науки та техніки у сфері переміщення об'єктів будівництва, споруди переміщення не підлягають: по-перше, через нерозривний зв'язок із земельною ділянкою, на якій вони розміщені; по-друге, їх розміщення на певній земельній ділянці зумовлене природними, економічними чи технологічними фак-

торами; по-третє, покладені на них функції покликані забезпечувати потреби або певного регіону, або держави в цілому.

Призначення – це функція, що задається із самого початку проектування об'єкта будівництва, окреслена у відповідних документах і не залежить від фактичного використання об'єкта [5, с. 46–51]. Відповідно, призначенням (метою) будівель і споруд є задоволення різного роду житлових, побутових та інших особливо важливих потреб населення; крім того, більшість зазначених об'єктів є стратегічними об'єктами нашої країни (метрополітен, дамби тощо). Тому використання в якості критерію віднесення об'єктів до нерухомості неможливість їх переміщення без зміни призначення є не зовсім вдалим. По-перше, на сьогодні переміщення будівель є цілком можливим; по-друге, зміна призначення – це самостійне явище, яке не пов'язане з переміщенням об'єкта нерухомості та може бути змінено у процесі його використання (переведення приміщень із житлового фонду у нежитловий і навпаки); по-третє, переміщення саме собою не може призвести до зміни призначення будівлі. Врешті-решт, такий об'єкт будівництва буде переміщено або успішно, із збереженням усіх його юридично-технічних характеристик і властивостей, або буде частково чи повністю зруйнований. Але навіть у випадку його часткового руйнування він вважатиметься нерухомістю через невід'ємний зв'язок із земельною ділянкою та капітальний характер.

Вважаємо, що із урахуванням тих обставин, що в будівництві йде пошук нових методів удосконалення процесу переміщення будівель і споруд, положення ст. 181 ЦК України в частині віднесення до нерухомості об'єктів, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни призначення, потребує уточнення: *до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких в інше місце є неможливим без втрати їх якісних і функціональних характеристик (властивостей).*

З метою створення повного уявлення про об'єкти будівництва, необхідно висвітлити ще

один, крім фактичного, критерій віднесення майна до нерухомості, пов'язаний з його юридичною природою. Суть цього критерію полягає в тому, що нерухомим можна вважати не будь-яке майно, невід'ємно пов'язане із земельною ділянкою, а лише те, права на яке зареєстровані в установленому законом порядку. Безумовно, державна реєстрація є важливим елементом правового режиму нерухомості, однак виникає проблема взаємоузгодження ознак нерухомості та державної реєстрації, що породжує спори в науковій цивілістичній спільноті.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що нерухомість є такою в силу притаманних їй ознак, які розглядаються законодавством як ознаки нерухомого майна, а досліджені норми чинного законодавства дають можливість стверджувати, що майно визнається нерухомим у силу своїх природних властивостей (нерозривний зв'язок із земельною ділянкою), капітального характеру та неможливості переміщення без втрати його якісних і функціональних характеристик (властивостей). Державна ж реєстрація виступає скоріше наслідком створення об'єкта нерухомості, певним важелем, за допомогою якого об'єкт нерухомості може бути введений у цивільний оборот, а не критерієм віднесення об'єкта до нерухомого майна.

Список використаних джерел

1. Єгоров Н. Д. Право собственности в системе советского права // Правоведение. – 1979. – № 3.
2. Чубаров В. В. Проблемы правового регулирования недвижимости. – М., 2006.
3. Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула, 2001. – 720 с.
4. Кузьмина И. Д., Луконкин В. И. Правовой режим самовольной постройки // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. – 2001. – № 11. – С. 127–135.
5. Мічурін Є. Нерухомість з особливим правовим режимом: правове регулювання, обмеження, особливості здійснення права власності та відчуження // Нотаріат для вас. – 2008. – № 3. – С. 46–51.

Стаття надійшла до редакції 18.01.2013 р.

In article investigates the criteria of the property to the real estate and the ways of their formal perfection according to the realities of today.

В статті досліджені критерії отнесення имущества к недвижимому и определены пути их формального совершенствования в соответствии с реалиями сегодняшнего дня.



УДК 347.19:334.788(477)

Катерина Добкіна,*доцент кафедри правосуддя
юридичного факультету
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

ОРГАНИ УПРАВЛІННЯ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВИХ ПАЛАТ УКРАЇНИ

У статті розкривається поняття «орган юридичної особи», аналізуються положення чинного національного законодавства стосовно утворення органів управління юридичних осіб, зокрема Торгово-промислової палати України, формулюються пропозиції щодо вдосконалення Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні».

Ключові слова: органи юридичних осіб, правосуб'єктність юридичної особи, неприбуткові організації.

У Швейцарському цивільному кодексі вказано, що юридична особа вважається дієздатною з моменту утворення необхідних за законом чи статутом органів [1]. Таким чином, виникнення юридичної особи пов'язується з моментом формування органів державної реєстрації, а не реєстрації. Дійсно, в одних випадках момент виникнення юридичної особи залежить від організаційно-правової форми юридичної особи, обраної засновниками, в інших – від часу створення її органу та фактичного початку виконання ним своїх функціональних обов'язків. У цивільному законодавстві України виділяється декілька можливих варіантів реалізації правосуб'єктності юридичної особи:

- через органи юридичної особи, про що йдеться в ч. 1 ст. 92 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України;
- через учасників юридичної особи, про що йдеться в ч. 2 ст. 92 ЦК;
- за допомогою інституту представництва (ч. 3 ст. 237 ЦК).

Слід зазначити, що слово «орган» походить від грецького *organon*, що в перекладі означає знаряддя, інструмент.

Визначення поняття «орган юридичної особи» на даний момент залишається дискусійним. Воно відсутнє і в законодавстві. Однією з найважливіших ознак юридичної особи є можливість самостійно виступати у цивільному обороті. Визнаючи існування юридичної особи, законодавство у той самий час визначає орган, через який вона повинна реалізовувати свою цивільну діяльність. На думку М. Суворова, ведення справ усіма членами організації є недоцільним: чим складніший і чисельніший склад юридичної особи, тим доцільніша необхідність зосередити деталі управління в руках відносно небагатьох осіб, через яких діятиме корпорація [2].

Орган юридичної особи розуміється як її складова частина, яка в межах своїх повноважень формує та виражає її волю. Так, М. Брагинський вважає, що орган – це частина юридичної особи, яка формує та виражає зовні волю останньої [3]. Такої ж позиції дотримується і Є. Суханов, зазначаючи, що орган юридичної особи не виступає самостійним суб'єктом права [4]. На думку К. Мукашевої, органи юридичної особи – це передбачені законодавчими актами або установчими документами структурні ланки юридичної особи [5].

Свого часу Г. Шершеневич зазначав, що органи юридичної особи є її представниками: володіючи майновою правоздатністю, юридична особа як фікція та така, що позбавлена можливості самостійно вступати у відносини з третіми особами, укладати угоди, потребує, очевидно, особливих представників, дії яких можна було б вважати діями самої юридичної особи. Через посередництво цих органів юридична особа набуває права та бере на себе обов'язки. Представники, діяльність яких замінює відсутність дієздатності юридичної особи, виконують своє завдання в межах вказівок закону (публічна юридична особа) або наданого їм повноваження (приватна юридична особа), але вони не можуть виходити за рамки мети, заради якої існує юридична особа. Г. Цепов вважає, що орган юридичної особи є її законним представником; його повноваження засновані на вказівці закону, а сам орган є не тільки можливим, а й у багатьох випадках необхідним та обов'язковим представником, який має бути у кожній юридичній особі. За допомогою такої конструкції, можна до мінімуму звести труднощі при вирішенні судових спорів, створити надійні гарантії для діяльності юридичних осіб, захистивши їх від можливих зловживань із боку директорів.

В. Грибанов розглядав юридичну особу як соціальну реальність, певне суспільне утворення. Як і будь-який суб'єкт права, юридична особа володіє правоздатністю та дієздатністю. У діяльності юридичної особи знаходиться своє вираження воля і держави, і адміністрації, і трудового колективу. У цивільному обороті юридична особа виступає через свої органи чи представників. У зовнішніх відносинах воля юридичної особи формується та виражається її адміністрацією і керівником, які виступають як органи юридичної особи. Дії органів, як і представників, визнаються діями самої юридичної особи лише у випадках, коли орган чи представник діє в межах визначених за ним повноважень. Однак, на відміну від органу, представник є самостійним суб'єктом. Повноваження представника вказуються у довіреності, а повноваження органу визначаються статутом юридичної особи.

Орган юридичної особи О. Красавчиков розумів як повноважну посадову особу (або групу таких осіб), яка здійснює керівництво діяльністю організації. На його думку, орган юридичної особи слід називати керівним органом. Разом із тим слід зазначити, що не всі органи юридичної особи здійснюють керівництво нею. Так, у Законі про торгово-промислові палати вищим органом виступають загальні збори, а виконавчим (який здійснює керівництво поточною діяльністю) має бути правління чи інший орган, визначений статутом. У зв'язку з цим необхідно розподіляти органи юридичної особи на керівні й інші структурні органи залежно від характеру їх повноважень і завдань, які вони виконують.

Розкриваючи поняття «орган юридичної особи» через категорію «особа», можна зробити висновок, що орган юридичної особи не є самостійним суб'єктом цивільно-правових відносин. С. Клімкін зазначав, що орган юридичної особи, укладаючи відповідні правочини, приймаючи відповідні рішення, не є носієм суб'єктивних прав та обов'язків. Їх носієм виступає юридична особа, від імені якої діє її орган [6]. Система органів юридичної особи визначається законом та установчими документами. Структура та порядок створення органів юридичної особи визначається організаційно-правовою формою, в якій вона створена. При цьому законом визначаються органи, функціонування яких є обов'язковим, та органи, що створюються на розсуд засновників.

Згідно з ч. 3 ст. 92 ЦК України орган або особа, яка відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону виступає від її імені, зобов'язана діяти в інтересах юридичної особи, добросовісно і розумно та не перевищувати своїх повноважень. Дії органу юридичної особи визнаються діями самої юри-

дичної особи. Проте у випадку, коли дії органів юридичної особи не пов'язані із цілями останньої, чи, навпаки, унеможливають досягнення поставлених цілей, або орган діє з перевищенням своїх повноважень, дії органу юридичної особи не визнаються діями самої юридичної особи. Це правило передбачене у ч. 4 ст. 92 ЦК, згідно з якою члени органу юридичної особи й інші особи, які відповідно до закону чи установчих документів виступають від імені юридичної особи, порушують свої обов'язки щодо представництва, несуть солідарну відповідальність за збитки, завдані ними юридичній особі.

Торгово-промислові палати створюються за принципом добровільного об'єднання їх засновників. Торгово-промислові палати створюються на території Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя (регіональні торгово-промислові палати). У межах кожної з цих адміністративно-територіальних одиниць може бути створена лише одна торгово-промислова палата. Основним завданням торгово-промислової палати є захист і представництво суб'єктів підприємницької діяльності, а їх члени не мають ніяких майнових прав, не несуть відповідальності за зобов'язаннями палати. Таке правове положення має спільні ознаки з об'єднаннями громадян.

Діяльність торгово-промислової палати припиняється шляхом її ліквідації, отже, вона не може бути реорганізована в іншу юридичну особу. Відповідно до ст. 10 Закону «Про торгово-промислові палати в Україні» майно та кошти після задоволення вимог усіх кредиторів розподіляються в порядку, передбаченому законодавством. Але такого законодавчого акта на сьогодні не існує.

У деяких країнах торгово-промислові палати виконують функції об'єднань роботодавців. Із прийняттям Закону «Про торгово-промислові палати в Україні» ситуація в системі торгово-промислових палат стабілізувалася. Було завершено формування палат в областях та Автономній Республіці Крим. В Україні діяли 27 регіональних палат, які мали чималий досвід надання учасникам зовнішньоекономічної діяльності різноманітних послуг. Із упевненістю можна стверджувати, що у діяльності системи торгово-промислових палат нашої держави розпочинався новий період. Вдалося зберегти досвідчені кадри, реформувати систему органів управління відповідно до вимог ринкової економіки, посилити зв'язки з виробничниками, налагодити співробітництво з структурами торгово-промислових палат як близького, так і далекого зарубіжжя.

Згідно із статутом Торгово-промислової палати України органами управління палати

є загальні збори членів палати, рада палати та президія. Членами торгово-промислової палати України є торгово-промислові палати, юридичні особи, які створені та діють відповідно до законодавства України, громадяни України, зареєстровані як підприємці, та їх об'єднання. Члени регіональних торгово-промислових палат одночасно є членами Торгово-промислової палати України.

Торгово-промислові палати виступають у цивільному обороті через свої органи, що реалізують у такий спосіб свою правосуб'єктність. На сьогодні в Законі «Про торгово-промислові палати в Україні» немає чіткості щодо поняття «орган торгово-промислової палати». В юридичній літературі є точка зору, згідно з якою орган є частиною юридичної особи і разом із нею становить одне ціле. При цьому дії органу розглядаються як дії самої юридичної особи. Цієї позиції дотримуються М. Брагинський, В. Долинська, І. Єлісєєв та ін. Аналогічне формулювання містить і юридичний словник, який визначив орган як частину юридичної особи, що формує та виражає його волю.

У свою чергу, Ю. Толстой і О. Сергєєв зазначають, що орган юридичної особи – це правовий термін, який означає особу (одноособовий орган) чи групу осіб (колегіальний орган), яка (які) представляє (ють) інтереси юридичної особи у відносинах з іншими суб'єктами права без спеціальних на те уповноважень (без доручення).

Деякі вчені, до яких можна віднести С. Ландкофа, В. Борисову, розглядають орган юридичної особи як особу, що виражає зовні волю юридичної особи й є її представником. Б. Черепакін, О. Красавчиков, навпаки, вважали, що представниками юридичної особи можуть бути тільки конкретні особи (громадяни або юридичні особи), а не орган, оскільки він не вправі бути представником. У випадку, коли ці особи уповноважені органом юридичної особи, матиме місце добровільне представництво; якщо ж вони наділені повноваженнями в силу закону – зобов'язальне представництво.

Стаття надійшла до редакції 25.03.2013 р.

A concept «Organ of legal entity opens up in the article». Positions of current national legislation are analysed in relation to formation of organs of management of legal entities, in particular the Commercial and industrial chamber of Ukraine. Given suggestion in relation to perfection of Law of Ukraine «About commercial and industrial chambers in Ukraine».

В статье раскрывается понятие «орган юридического лица», анализируются положения действующего национального законодательства относительно образования органов управления юридических лиц, в частности Торгово-промышленной палаты Украины, формулируются предложения относительно совершенствования Закона Украины «О торгово-промышленных палатах в Украине».

Оскільки орган не може не формуватися в структурі юридичної особи, він, безумовно, означає особу (одноособовий орган) чи групу осіб (колегіальний орган), який необхідно розглядати як особливого представника юридичної особи; при цьому представника законного, оскільки його повноваження засновані на законі та можуть здійснюватися без доручення.

Компетенція виконавчого органу поширюється на вирішення всіх питань, які не є виключною компетенцією інших органів управління, визначену законами й установчими документами організації.

Аналіз наведених норм, що стосуються структури органів управління торгово-промисловими палатами, свідчить, що юридичний рівень і ступінь опрацьованості таких норм впливають як на правовий статус членів таких об'єднань, так і на статус організації в цілому. Тому недбалість у підготовці та прийнятті локальних правових актів, різноманітних внутрішніх документів зумовлює негативні правові наслідки для організації, майже постійну зміну керівництва, призводить до майнових збитків і навіть до судової відповідальності.

Список використаних джерел

1. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. 1. – 832 с.*
2. *Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву. – М., 2000. – 299 с.*
3. *Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: В 5 кн. – М., 2001. – Кн. 2. – 783 с.*
4. *Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. – М., 1991. – 240 с.*
5. *Мукашева К. В. Юридические лица // Актуальные вопросы коммерческого законодательства в Республике Казахстан и практика его применения. – Алматы, 1996. – Т. 1. – С. 59–63.*
6. *Климкин С. И. Реализация правоспособности юридического лица через его органы // Цивилистические записки. – М., 2001. – С. 159–166.*



УДК 349.42

Олександра Філюк,*аспірантка кафедри трудового, господарського та екологічного права
юридичного факультету
Східноєвропейського національного університету ім. Лесі Українки*

ЩОДО ПОНЯТЬ «ОХОРОНА» ТА «ЗАХИСТ» МАЙНОВИХ ПРАВ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРОВИРОБНИКІВ

У статті досліджуються охорона та захист майнових прав сільськогосподарських товаровиробників, основні теоретичні аспекти таких правових категорій, їх особливості.

Ключові слова: захист прав, охорона прав, суб'єктивне право, майнові права, сільськогосподарський товаровиробник.

Із розвитком аграрно-майнових відносин все більшого значення набуває інститут охорони та захисту майнових прав суб'єктів аграрного права – виробників сільськогосподарської продукції, порядок діяльності якого визначають положення чинного цивільного, господарського, аграрного та земельного законодавства, створюючи, таким чином, правову базу його функціонування. Така правова база характеризується значною кількістю правових актів, що пояснюється юридичними особливостями аграрних захисних правовідносин, в яких загально-правові дефініції «охорона» та «захист» також набувають специфічних ознак у рамках аграрного права. Відсутність теоретичних досліджень створює необхідність вивчити та надати юридичну характеристику охороні та захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників як аграрно-правовим категоріям.

Питання охорони та захисту майнових прав як цивільно-правової категорії досліджувалися багатьма цивілістами, зокрема В. Грибановим, Е. Сухановим та ін., однак вони не розглядали захист саме як аграрно-правову категорію, яка має багато особливостей, що пояснюється специфікою аграрно-майнових правовідносин, які передують захисним. Над особливостями аграрно-майнових правовідносин працюють В. Єрмоленко, А. Земко. Однак питання охорони та захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників залишається мало дослідженим.

Законодавчою базою нашого дослідження є Конституція України, Цивільний кодекс (далі – ЦК) України, Господарський кодекс (далі – ГК) України, Земельний кодекс (далі – ЗК) України, закони України «Про фермерське господарство», «Про сільськогосподарську кооперацію», «Про особисте селянське господарство».

Метою цієї статті є розкриття сутності охорони та захисту майнових прав сільсь-

когосподарських товаровиробників, встановлення їх юридичного змісту в рамках аграрно-правового понятійного апарату.

Основою формування інституту охорони та захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників є фундаментальні положення цивільно-правової науки. Положення щодо захисту, закріплені у ЦК України, можуть бути використані також для захисту майнових прав сільськогосподарського товаровиробника як учасника аграрних правових відносин, із урахуванням особливостей об'єкта захисту та специфіки правового становища суб'єктів аграрного права. Крім ЦК України, порядок захисту майнових прав суб'єктів господарювання закріплено в ГК України (статті 20, 147). Ці положення певною мірою схожі із тими, що закріплені у ЦК України, однак мають і суттєві відмінності. Це означає, що учасники аграрних відносин – суб'єкти господарювання – можуть захищати свої порушені, невизнані або оспорювані майнові права в порядку, передбаченому ГК України. Слід також зазначити, що для захисту майнових прав суб'єктів сільськогосподарського товарного виробництва можуть застосовуватися норми ЗК України (ст. 152). Однак пріоритетне місце серед джерел, які визначають порядок захисту прав суб'єктів аграрного права, посідають аграрні закони («Про фермерське господарство», «Про особисте селянське господарство», «Про сільськогосподарську кооперацію» тощо). Звичайно, норми вказаних законів не формують у повному обсязі процедуру захисту прав аграрних суб'єктів, однак це не зменшує їх ролі в регламентації аграрних захисних правовідносин, оскільки основна їх мета – врегулювання будь-яких матеріальних аграрних правовідносин, похідними від яких є захисні правовідносини.

Майнові права сільськогосподарських товаровиробників є самостійною групою прав,

що є складовою аграрної правосуб'єктності сільськогосподарських товаровиробників. Так, право власності фермерського господарства на вироблену сільськогосподарську продукцію (ст. 14 Закону України «Про фермерське господарство») є складовою частиною прав фермерського господарства, як суб'єкта аграрно-майнових правовідносин.

Відомо, що будь-які суб'єктивні права передбачають можливість активних дій для задоволення власних потреб. Крім того, такі права включають також можливість вимагати від інших осіб належної поведінки. При порушенні, оспоруванні або невизнанні прав виникає можливість захисту таких прав.

У юридичній літературі поняття «захист прав» має схожі ознаки з поняттям «охорона прав», оскільки і охорона, і захист прав підпорядковані спільній меті – охороні інтересів правопорядку. Однак, на відміну від захисту, охорона прав має постійний характер, її метою є забезпечення здійснення таких прав та недопущення їх порушень. Охорона забезпечується, перш за все, державою, яка встановлює суб'єктивні права та передбачає їх захист. Тому носій права може самостійно вживати різні заходи щодо охорони своїх інтересів: заходи охорони своїх речей (замки, сигналізації тощо), забезпечувати доказами кредиторські права (документи) тощо. Важливо, щоб заходи самоохорони були законними.

Під охороною майнових прав сільськогосподарських товаровиробників слід розуміти сукупність правових норм, що регулюють аграрно-майнові правовідносини з метою забезпечення їх нормального розвитку. Охорона майнових прав – правовий засіб, що попереджує порушення, а захист є явищем, яке настає за порушенням і тягне за собою відновлення майнового права сільськогосподарського товаровиробника. За допомогою охорони та захисту сільськогосподарський товаровиробник реалізує майнові права, а у випадку порушення – відновлює їх. Так, ст. 10 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» встановлено, що підстави, порядок і майнові наслідки припинення членства в кооперативі визначаються його статутом; виключення з членів кооперативу може бути оскаржено в судовому порядку. Це означає, що член кооперативу, який, наприклад, не згоден із майновими наслідками припинення свого членства в кооперативі, може звернутися до суду з вимогою про поновлення його членства в кооперативі, тобто відновлення становища, яке існувало до порушення.

В основі правової охорони майнових прав визначальним є забезпечення непорушності таких прав, а також наявність заходів, спрямованих на попередження порушень. Захисні норми спрямовані, передусім, на відновлення порушеного майнового права й усунення перешкод для здійснення таких прав

сільськогосподарським товаровиробником, що досягається шляхом вчинення відповідних дій, вказівка на які міститься у захисній нормі.

Що стосується категорії «захист прав», то і в законодавстві, і в науковій літературі цей термін розуміється в різних значеннях. Оскільки необхідність у захисті прав виникає при їх порушенні, оспоруванні або загрозі порушення, то право на захист слід розглядати як надану уповноваженій особі можливість вжиття заходів правоохоронного характеру для відновлення порушеного або оспоруваного права [1, с. 266].

Право на захист передбачає, *по-перше*, можливість використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу на правопорушників, захищати право власними діями фактичного порядку (самозахист прав); *по-друге*, можливість застосування безпосередньо уповноваженою особою юридичних засобів оперативного впливу на правопорушника; *по-третьє*, можливість звернення до компетентних державних або суспільних органів із вимогою примусу зобов'язаної особи до певної поведінки [2, с. 107]. Таким чином, слід розрізняти охорону майнових прав сільськогосподарських товаровиробників та їх захист. Що стосується захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників, то це поняття має ряд особливостей. По-перше, такий захист є діяльністю кількох суб'єктів, тобто має системний характер. По-друге, захист спрямований на досягнення конкретно визначеної мети, тобто діяльність суб'єктів правовідносин щодо захисту майнових прав спрямована на збереження майнового права сільськогосподарського товаровиробника.

Особливості захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників полягає в тому, що це правозастосовча діяльність, яка здійснюється компетентним органом чи у випадках, передбачених законом, сільськогосподарським товаровиробником самостійно; механізм такої діяльності регламентується державою у відповідних нормативно-правових актах; підставою застосування такого захисту є порушення, невизнання чи оспорування майнових прав; обов'язкова наявність суб'єкта – сільськогосподарського товаровиробника, майнові права якого порушені, невизнані чи оспорувані; диспозитивний характер захисту.

Зважаючи на викладене *захист майнових прав сільськогосподарських товаровиробників* пропонується визначати як передбачену нормами права комплексну систему заходів та способів, що застосовуються державою в особі уповноважених органів і посадових осіб, органами місцевого самоврядування, судами та самими сільськогосподарськими товаровиробниками для збереження, відновлення та охорони майнових прав.

Право на захист майнових прав сільськогосподарських товаровиробників складається із засобів матеріально-правового та проце-

суально-правового характеру, які взаємодіють між собою. Матеріальна сторона права на захист характеризується наявністю в уповноваженої особи – сільськогосподарського товаровиробника – трьох груп можливостей: самозахист майнових прав; застосування до правопорушника правових засобів оперативної дії; звернення до компетентного органу для захисту прав з вимогою застосувати засоби державного примусу.

Для самозахисту майнових прав характерним є те, що сільськогосподарський товаровиробник захищає свої права самотужки, своїми власними діями, що не заборонені законом. Такі дії можуть бути як передбачені законом, так і впливати із прийнятої в суспільстві поведінки.

Засоби оперативної дії – це юридичні засоби правоохоронного порядку, що застосовуються сільськогосподарським товаровиробником до особи, яка порушила його майнове право, без звернення до уповноваженого органу за захистом прав.

Можливість звернення до компетентного органу за захистом майнового права є одним із основних видів захисту прав, дієвість якого підтверджується наявністю державного примусу.

Процесуальна сторона права на захист характеризується наявністю певної процедури, що визначається законом. Сільськогосподарський товаровиробник є носієм права на звернення до суду за захистом порушеного, невизнаного чи оспорюваного майнового права. Це впливає з положень Конституції України, цивільного, господарського, аграрного та земельного законодавства, відповідно до яких правам, що охороняються законом, гарантується судовий захист.

Матеріальна та процесуальна сторона права на захист майнових прав взаємодіють між собою та спрямовані на досягнення спільної мети – забезпечення повного, всебічного й оперативного захисту.

Сутність захисту майнових прав сільськогосподарських товаровиробників ґрунтується на забезпеченні можливості здійснення сільськогосподарським товаровиробником на свій розсуд своїх майнових прав із обранням відповідних способів і засобів захисту, передбачених різними нормами чинного законодавства. Це означає, що у випадку оспорювання, порушення або невизнання майнових прав суб'єктів сільськогосподарського товарного виробництва використовуються відповідні загальні цивільно-правові, госпо-

дарсько-правові, аграрно-правові чи земельно-правові способи захисту прав. Однак тільки у поєднанні цивільного, господарського, земельного й аграрного законодавства, з урахуванням специфіки аграрно-майнових правовідносин, можливий повний та ефективний захист майнових прав сільськогосподарського товаровиробника.

Аналіз норм згаданих галузей права, якими регулюються відносини захисту майнових прав аграрних товаровиробників, свідчить, що вони закріплюють як спільні, так і специфічні способи захисту прав, між ними існують як субординаційні, так і тісні координаційні зв'язки. Вирішення спорів, що виникають із аграрно-майнових правовідносин, або спорів, однією стороною в яких виступає суб'єкт аграрного виробництва, має ґрунтуватися не тільки на матеріальних і процесуальних нормах суміжних галузей права, а й на матеріальних нормах аграрного права.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що захист майнових прав аграрних товаровиробників є комплексним інтегрованим інститутом аграрного права. Це означає, що для регулювання суспільно-правових відносин у межах такого інституту необхідно запозичити й адаптувати норми суміжних галузей права. Таким чином, відбувається інтеграція правових норм, яка не є новацією аграрного права. Стрімкий розвиток суспільних відносин зумовлює виникнення нових галузей права, в рамках яких виникають нові інститути. Чинне законодавство не завжди може відповідати вимогам, які висувають такі зміни. Відсутність спеціальних законів або їх недосконалість призводить до того, що більш поширеною стає практика використання загальних норм права при регулюванні окремих правових інститутів. Таким чином, знову постає питання про необхідність створення та прийняття єдиного кодифікованого акта, який би вирішив проблему правового регулювання всього комплексу аграрних відносин, у тому числі інституту захисту прав. В умовах відсутності в Україні такого акта, аграрне право використовує відповідні норми Цивільного, Господарського, Земельного кодексів для захисту майнових прав аграрних товаровиробників.

Список використаних джерел

1. *Гражданское право*: Ч. 1 / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1997. – 600 с.
2. *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – 411 с.

Стаття надійшла до редакції 02.11.2012 р.

The article is devoted to the research of the security and protection of property rights of agricultural commodity producers, theoretical bases of such legal categories, and also their features is investigated.

В статье исследуются охрана и защита имущественных прав сельскохозяйственных товаропроизводителей, основные теоретические основы таких правовых категорий, их особенности.



УДК 347.232.4

Тетяна Простибоженко,

аспірантка

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

НАПРЯМИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПОРЯДКУ НАБУТТЯ ПРАВ НА ЗЕМЕЛЬНУ ДІЛЯНКУ ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ

Стаття присвячена дослідженню окремих теоретичних і практичних проблем набуття прав на земельну ділянку за набувальною давністю, пошуку шляхів вирішення існуючих проблем застосування набувальної давності щодо земельних ділянок.

Ключові слова: набувальна давність, давність користування, земельна ділянка, право власності, землекористування.

Земля як об'єкт правовідносин завжди займала особливе місце у правовому регулюванні суспільних відносин. Земельна реформа в Україні передбачає залучення земельних ділянок у цивільний оборот і створення ринку землі. Передумовою цього є перехід від виключно державної власності на землю до розвитку різних видів власності на землю, передусім приватної.

Введений у дію у 2002 р. Земельний кодекс (далі – ЗК) України, який покликаний забезпечити правову основу для переходу права власності на землю від держави до суб'єктів приватного права, запровадив нові підходи до набуття прав на землю, серед яких особливе місце посідає набувальна давність.

Дослідженням проблем застосування набувальної давності в національному земельному праві займалися такі науковці, як М. Шульга, В. Маковій, М. Самбор, М. Федорченко [1–4], які у своїх працях звертали увагу на місце давності користування серед способів набуття прав на земельну ділянку, співвідношення норм земельного та цивільного законодавства України, механізм набуття прав на землю за набувальною давністю, суб'єкта набувальної давності, термінологічні неузгодженості ЗК України.

Попри існуючі наукові розробки, за межами досліджень залишаються окремі питання порядку набуття прав на земельну ділянку за давністю користування, зокрема види речових прав на земельну ділянку, що можуть набутися, а також їх обсяг залежно від суб'єкта.

Метою цієї статті є аналіз окремих теоретичних і практичних проблем порядку набуття прав на земельну ділянку за набуваль-

ною давністю, а також вироблення пропозицій щодо напрямів їх вирішення.

В абзаці 2 ч. 1 ст. 344 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України міститься бланкетна норма, яка відсилає до спеціального закону для вирішення питання про набуття права власності на земельну ділянку за набувальною давністю. Таким законом виступає Земельний кодекс (далі – ЗК) України, де набувальній давності присвячена ст. 119, відповідно до ч. 1 якої громадяни, які добросовісно, відкрито та безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну ділянку, можуть звернутися до органу державної влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування. Розмір цієї земельної ділянки встановлюється у межах норм, визначених цим Кодексом. Згідно з ч. 2 ст. 344 ЗК України передача земельної ділянки у власність або у користування громадян на підставі набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому цим Кодексом.

Слід зазначити, що в нормі абзацу 2 ч. 1 ст. 344 ЦК України йдеться лише про набуття права власності на земельну ділянку при відсиланні до спеціального закону, який чітко передбачає можливість набуття земельної ділянки в силу набувальної давності як у власність, так і в користування. Недоліки формулювання абзацу 2 ч. 1 ст. 344 ЦК України дають підстави окремим науковцям [2, с. 65] ставити під сумнів наявність безпосереднього зв'язку між вказаною нормою та ст. 119 ЗК

України. У зв'язку з цим доцільно внести зміни до абзацу 2 ч. 1 ст. 344 ЦК України, передбачивши в ній пряме відсилання до ЗК України, а також виключити посилання на набуття права власності, обмежившись вказівкою, що особливості набувальної давності щодо земельної ділянки регулюються ЗК України.

З формулювання ст. 119 ЗК України випливає, що набувальна давність у земельному праві є не окремою підставою набуття права власності на земельну ділянку, а лише передумовою для звернення до відповідного органу влади з клопотанням про виділення земельної ділянки у власність або у користування, на що звертали увагу як науковці, так і практики, зокрема, М. Шульга [1, с. 117], В. Маковій [2, с. 68–69], М. Федорченко [4, с. 15–17], М. Самбор [3, с. 273–274]; така позиція знайшла відображення в національній судовій практиці, зокрема, в ухвалі Верховного Суду України від 12.06.2008 р., ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 08.02.2012 р. та ін.

Т. Завязун вказував на доцільність зміни підходу до сутності набувальної давності в земельному праві України та необхідність нового погляду на неї як на самостійну підставу набуття прав на земельну ділянку [5, с. 18]. Однак доводиться констатувати, що в сучасних умовах така трансформація неможлива без внесення системних змін до ЗК України.

Поза увагою М. Федорченка, який здійснив ґрунтовний аналіз термінологічних протиріч і неузгодженостей у нормах ЗК України [4, с. 5–20], та інших дослідників набувальної давності залишилося питання невдалого використання законодавцем у ч. 1 ст. 119 ЗК України словосполучення «на підставі набувальної давності». По-перше, в ст. 116 ЗК України, яка має назву «Підстави набуття прав на землю», не йдеться про набувальну давність як підставу набуття права власності або права користування земельною ділянкою. По-друге, безпосередньою підставою набуття прав на земельну ділянку за давністю користування є відповідне рішення компетентного органу влади. По-третє, в ЦК України термін «підстава» використовується для позначення способу набуття права власності, у тому числі за набувальною давністю. Іншими словами, у національному законодавстві термін «підстава» вживається, передусім, для позначення способів набуття прав на майно, а тому використання зазначеного терміна у ст. 119 ЗК України є таким, що не відповідає правовій природі набувальної давності в земельному праві.

Вже зазначалося, що відповідно до ч. 2 ст. 119 ЗК України передача земельної ділянки у власність або у користування в силу набувальної давності здійснюється в порядку, встановленому ЗК України. Разом із тим ЗК України не передбачає окремого порядку набуття прав на земельну ділянку за набувальною давністю, що дає підстави для висновку про застосування норм щодо інших підстав набуття прав на земельну ділянку до правовідносин, що виникають у зв'язку з давністю користування.

Аналіз змісту ст. 119 у взаємозв'язку із ст. 116 ЗК України свідчить, що набуття права власності в силу набувальної давності здійснюється в рамках такої підстави набуття права власності, як приватизація земельної ділянки, якою особа користується (п. «а» ч. 3 ст. 116 ЗК України). Слід погодитися з М. Федорченком [4, с. 18] та М. Самбором [3, с. 274], що в даному випадку стосовно набуття права власності в силу ст. 119 ЗК України застосуванню підлягає порядок, передбачений ст. 118 ЗК України, яка регламентує питання безоплатної приватизації земельних ділянок громадянами.

Із змісту глави 15 ЗК України «Право користування землею» вбачається, що правовою підставою користування земельною ділянкою для фізичних осіб є договір оренди, який до недавня був єдиною можливою правовою підставою користування громадянами земельною ділянкою державної або комунальної власності, яка могла бути надана їм за набувальною давністю. З прийняттям Закону України «Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України» від 27.04.2007 р. ЗК України доповнено главою 16¹ «Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб або для забудови», яка регламентує відносини з приводу реалізації таких речових прав щодо землекористування, як емфітевзис і суперфіцій. Із змісту ст. 102¹ ЗК України, статей 407, 413 ЦК України вбачається, що емфітевзис і суперфіцій виникають на підставі договору, рішення про укладення якого щодо земель державної або комунальної власності очевидно приймається відповідним органом державної влади або органом місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених статтями 7–12, 16, 17, 122 ЗК України.

Надання земельних ділянок у користування на підставі оренди, емфітевзису чи суперфіцію здійснюється в порядку ст. 123 ЗК України, яка з огляду на предмет її регулю-

вання є загальною щодо всіх випадків надання земельних ділянок у користування, що також підтверджується судовою практикою, зокрема, постановою Вищого господарського суду України від 04.10.2011 р. Тобто, як і у випадку набуття права власності, набуття права землекористування за набувальною давністю здійснюється в загальному порядку.

Заслугує на увагу можливість встановлення земельного сервітуту в силу ст. 119 ЗК України. Аналіз глави 16 ЗК України («Право земельного сервітуту») та глави 32 ЦК України («Право користування чужим майном») свідчить, що земельний сервітут є речовим правом щодо користування чужою земельною ділянкою. Згідно із ст. 100 ЗК України, ст. 402 ЦК України сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або рішенням суду, тобто набувальна давність у національному законодавстві не є безпосередньою підставою для встановлення сервітуту, як це має місце, наприклад, за цивільними кодексами Франції (статті 690, 695), Німеччини (ст. 1033), Швейцарії (ст. 731), Польщі (ст. 292), Нідерландів (ст. 72 книги 5), Чехії (ст. 1245). Разом із тим давність користування в земельному законодавстві України не є самостійною підставою виникнення права, а виступає лише передумовою для звернення до органу державної влади або органу місцевого самоврядування, який і приймає рішення про виділення земельної ділянки у власність або надання її у користування шляхом укладення відповідного договору. Крім того, положення ст. 119 ЗК України передбачають вимогу саме щодо користування земельною ділянкою, а не володіння нею. При цьому використання в ЗК України, зокрема у статтях 20, 23, 64, 65, 90, 91, 95, таких слів, як «господарювати» або «використовувати» для позначення отримання користувачем корисних властивостей земельної ділянки, свідчить, що законодавець у поняття «користування» вкладає ширший зміст, який, зокрема, охоплює випадки користування земельною ділянкою за сервітутом (тобто і випадки користування без отримання корисних властивостей землі та навіть без володіння земельною ділянкою). З огляду на викладене, не можна погодитися з науковцями, які розглядають користування лише як можливість цільового господарського використання землі та видобування з неї корисних властивостей [2, с. 70; 6, с. 310–311].

Отже, оскільки сервітут передбачає користування земельною ділянкою без володіння нею, а його встановлення можливе на підставі договору з власником земельної ділянки, використовуючи граматичний спосіб

тлумачення положень ст. 119 ЗК України, можна дійти висновку про відсутність законодавчих перешкод, а відтак можливість встановлення земельного сервітуту з посиланням на набувальну давність шляхом укладення відповідного договору з органом державної влади чи органом місцевого самоврядування за заявою давнісного користувача. Разом із тим 15-річний строк давності користування для встановлення сервітуту видається занадто тривалим, а тому було б доцільно скоротити такий строк, наприклад, до трьох років, оскільки такий строк становить позовну давність і є згідно із ст. 102 ЗК України, ст. 406 ЦК України припиняючим щодо земельного сервітуту у разі його невикористання.

Питання розміру земельної ділянки, права на яку можуть набуватися в силу набувальної давності, регламентується в загальному порядку, як і питання набуття таких прав. Слід погодитися з М. Самбором, що оскільки набуття права власності за набувальною давністю здійснюється шляхом приватизації, то розмір земельної ділянки визначається відповідними нормами ЗК України, а саме ст. 121, яка встановлює норми безоплатної передачі земельних ділянок [3, с. 274–275]. Але оскільки ні ЗК України, ні Закон України «Про оренду землі» не встановлюють обмежень щодо розміру земельної ділянки, яка може надаватися у користування, то логічним є висновок про відсутність обмежень щодо розміру земельної ділянки, яка може бути набута в користування в силу набувальної давності.

Відсутність окремого порядку набуття прав на земельну ділянку за набувальною давністю по суті нівелює її значення, оскільки особа має можливість набути право на землю без необхідності посилатися на давність користування. Натомість посилання на набувальну давність може створювати додаткові ускладнення для особи у вигляді необхідності доведення дотримання її умов. У зв'язку з цим ми вважаємо за доцільне законодавчо закріпити окремий порядок виділення у власність і надання у користування земельних ділянок за набувальною давністю. Такий порядок повинен бути більш спрощеним, порівняно з передбаченим статтями 118, 123 ЗК України, що має полягати, зокрема, у скороченні строків розгляду заяви громадянина, зуженні переліку необхідних документів і переліку підстав для відмови у виділенні земельної ділянки. Доцільно також передбачити збільшені, порівняно з передбаченими ст. 121 ЗК України, розміри земельних ділянок, що можуть набуватися у власність у силу набу-

вальної давності. Крім того, необхідно закріпити переважне право громадянина перед іншими особами на отримання земельної ділянки, якою він користується, у власність або у користування в силу набувальної давності, як це має місце відповідно до ст. 72 ЗК Республіки Вірменія.

Інша група проблемних питань пов'язана з платою та строком надання земельної ділянки в користування за набувальною давністю. Чинний ЗК України не передбачає жодних винятків із загального правила, наділяючи таким чином відповідні органи влади широкими дискреційними повноваженнями, у тому числі можливостями для зловживання. Так, за результатом розгляду заяви про надання земельної ділянки в оренду за набувальною давністю особі може бути запропоновано укласти короткостроковий договір оренди з високою платою і без права пролонгації, що позбавить таку особу заінтересованості в легалізації свого фактичного землекористування. У зв'язку з цим, на нашу думку, необхідно передбачити строк, на який земельна ділянка має надаватися особі у користування в силу набувальної давності. Ми вважаємо, що це має бути доволі тривалий проміжок часу, наприклад 30–50 років, оскільки користувач зарекомендував себе як «добросовісний», належним чином використовує земельну ділянку і в такий спосіб не допускає погіршення її корисних властивостей або простою. Ми також вважаємо, що плата за користування земельною ділянкою має бути відсутня або принаймні бути нижчою в порівнянні з рештою передбачених ЗК України підстав надання земельних ділянок у користування. Зазначене стосується шляхів вирішення проблемних питань давнісного землекористування в межах існуючих правових конструкцій. Альтернативним шляхом врегулювання вказаних проблемних питань може стати запровадження для цілей набувальної давності в частині виникнення права користування окремої правової конструкції позитивного безоплатного користування земельною ділянкою, подібно до інституту позитивного спадкового володіння, який існує в низці пострадянських країн.

Залежно від цільового призначення земельних ділянок чинний ЗК України містить обмеження щодо набуття їх у власність негромадянами України. Системний аналіз статей 22, 116 і 119 ЗК України у їх взаємозв'язку дає підстави для висновку, що земельні ділянки сільськогосподарського призначення можуть набуватися у власність лише громадянами України, а в користування – й іноземцями та особами без громадянства.

Набуття права власності на земельні ділянки житлової та громадської забудови не передбачає обмежень залежно від належності до громадянства України. Однак, незважаючи на відсутність прямої заборони набуття негромадянами України права власності на земельні ділянки житлової та громадської забудови, сукупний аналіз ч. 1 та ч. 3 ст. 81 ЗК України дає підстави стверджувати, що іноземці й особи без громадянства не можуть набувати у власність вказані категорії земельних ділянок несільськогосподарського призначення в силу набувальної давності, оскільки ч. 3 ст. 81 ЗК України серед підстав набуття права власності вказаними суб'єктами не виділяє таку підставу, як приватизація земельної ділянки (на відміну від громадян України). А саме приватизація земельної ділянки, яка перебуває в користуванні особи, є підставою для набуття права власності на неї за набувальною давністю.

Таким чином, набуття права власності за набувальною давністю на земельні ділянки незалежно від їх цільового призначення можливе лише громадянами України. Іноземці й особи без громадянства можуть набувати земельні ділянки в силу набувальної давності лише у користування. У зв'язку з цим потребує узгодження використання термінів «громадяни» та «громадяни України» у статтях 81, 116 ЗК України, оскільки використання в останній терміна «громадяни» може бути підставою для помилкового висновку, що негромадяни України також можуть бути суб'єктами приватизації земельних ділянок.

На особливу увагу заслуговує питання захисту прав давнісного землекористувача. Слід констатувати, що всупереч положенням статей 395–397 ЦК України, згідно з якими фактичне володіння є речовим правом на чуже майно та підлягає захисту нарівні з правом власності відповідно до положень глави 29 ЦК України, в національній судовій практиці має місце підхід про відсутність права на захист у давнісного землекористувача. Так, Верховний Суд України у своїх ухвалах від 20.10.2005 р. і 12.06.2008 р. вказав, що оскільки давнісний користувач не звернувся до органу місцевого самоврядування із заявою про виділення йому земельної ділянки, якою він користується, то передача такої ділянки третім особам за рішенням органу місцевого самоврядування є законним, а вимоги давнісного користувача не мають законних підстав. Враховуючи існування негативної судової практики, на нашу думку, доцільно чітко передбачити для давнісного користувача право на захист свого користування.

Висновки

Відсутність окремого порядку набуття прав на земельну ділянку за набувальною давністю та недосконалість правового регулювання захисту давнісного землекористування нівелюють значення інституту набувальної давності в земельному законодавстві України, а поширення на випадки землекористування, що виникло за набувальною давністю, загальних положень про строк і плату за користування земельною ділянкою позбавляють давнісного користувача заінтересованості в легалізації свого фактичного землекористування. У зв'язку з цим вдосконалення законодавчого регулювання набувальної давності в земельному праві має здійснюватися шляхом закріплення окремого порядку набуття прав на землю за набувальною давністю, який повинен бути простіший за загальний порядок і передбачати врегулювання питань розміру земельної ділянки, яка може набуватися у власність, плати та стро-

ку надання земельної ділянки у користування. Також необхідно закріпити право давнісного користувача на захист свого фактичного землекористування і його переважне право на отримання земельної ділянки у власність або у користування.

Список використаних джерел

1. Шульга М. Набувальна давність на земельну ділянку: на шляху з минулого в майбутнє // Вісник Академії правових наук України. – 2002. – № 4. – С. 116–126.
2. Маковій В. П. Набувальна давність у цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 216 с.
3. Самбор М. Набуття права власності на земельні ділянки на підставі набувальної давності: український досвід // Право України. – 2011. – № 2. – С. 270–277.
4. Федорченко М. С. Набувальна давність у земельному праві України: науково-практичний коментар. – К., 2007. – 64 с.
5. Завязун Т. Право собственности – по давности // Юридическая практика. – 2007. – № 23.
6. Земельный кодекс Украины: Науково-практичний коментар / За ред. В. І. Семчика. – К., 2004. – 748 с.

Стаття надійшла до редакції 25.01.2013 р.

The article is devoted to analysis of some theoretical and practical issues of acquisition of ownership or land use rights for acquisitive prescription. The author comes to the conclusion about evening-out of this law institute in land law of Ukraine because of shortcomings of the legislative regulation of these legal relations. The author offers possible solutions to solve existing problems of application of acquisitive prescription for land plots.

Статья посвящена исследованию отдельных теоретических и практических проблем приобретения права на земельный участок в силу приобретательной давности, поиску путей решения существующих проблем применения приобретательной давности относительно земельных участков.



УДК 347.9

Віталій Короленко,

канд. юрид. наук,

старший науковий співробітник

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва НАПрН України

ПРОВАДЖЕННЯ У ЗВ'ЯЗКУ З НОВОВІЯВЛЕНИМИ ОБСТАВИНАМИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

У статті досліджуються проблеми застосування норм про відкриття провадження та вирішення справи по суті у зв'язку з нововиявленими обставинами в цивільному судочинстві, формулюються пропозиції щодо забезпечення права сторін на участь у провадженні за нововиявленими обставинами та однакового застосування відповідного процесуального законодавства.

Ключові слова: перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами, відкриття провадження за нововиявленими обставинами, скасування судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами.

Право кожного на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру, закріплено у ст. 6 Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод. Конвенція є частиною національного законодавства України як чинний міжнародний договір, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Відбувається також імплементація норм Конвенції до відповідних процесуальних кодексів України, які покликані сприяти здійсненню такого права людини.

Оскільки розгляд справи у цивільному судочинстві є обмеженим у часі, до прийняття рішення у справі сторони можуть не знати про всі обставини, які мають значення для справедливого її вирішення, перш за все, пов'язані з діями іншої сторони. Такі обставини можуть стати відомі стороні після набрання рішенням суду законної сили. Тому з метою забезпечення справедливості та законності судових рішень, із певним, на перший погляд, обмеженням інших принципів цивільного судочинства, у цивільному процесуальному законодавстві закріплено інститут перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. Однак навіть після внесення останніх змін до цивільного процесуального законодавства у провадженні за нововиявленими обставинами існує низка проблем теоретичного та практичного характеру, що стосуються, насамперед, послідовності процесуальних дій і повноважень суду по закінченні кожного з етапів такого провадження.

Питання правового регулювання процедури перегляду рішень судів у цивільних справах у зв'язку з нововиявленими обставинами були предметом дослідження таких радянських і вітчизняних науковців, як С. Абрамов, М. Авдюков, С. Васильєв, В. Горшенєв, М. Гурвіч, П. Заворотко, І. Зайцев, М. Зейдер, В. Комаров, О. Кудрявцева, Д. Луспенік, Д. Полумордвінов, В. Тертишніков, Г. Фазікош, Н. Чечина, Д. Чечот, М. Штефан, В. Щеглов, К. Юдельсон та ін. Проте проблеми, що виникають у зв'язку з недосконалістю цивільного процесуального законодавства в частині регулювання провадження за нововиявленими обставинами, потребують нового доктринального вирішення з урахуванням змін, внесених до цивільного процесуального законодавства наприкінці 2011 р.

Метою цієї статті є виявлення та вирішення теоретичних і практичних проблем інституту перегляду судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами в цивільному судочинстві.

Порядок перегляду справ у зв'язку з нововиявленими обставинами визначається главою 4 розділу V Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України. Згідно із ст. 361 ЦПК України рішення або ухвали суду, якими закінчено розгляд справи, що набрали законної сили, а також судовий наказ можуть бути переглянуті у зв'язку з нововиявленими обставинами. Підстави для перегляду рішення, ухвали чи судового наказу у зв'язку з нововиявленими обставинами визначені у ст. 361 ЦПК України.

Об'єктом перегляду у зв'язку з нововиявленими обставинами, зазначає М. Пшонка, можуть бути будь-які судові рішення, якими закінчено розгляд справи й які набрали законної сили (наприклад, про закриття провадження у справі, про залишення заяви без розгляду), судовий наказ. Для такого перегляду характерно те, що виявлено обставини, які суд не міг оцінити під час ухвалення судового рішення, оскільки вони не були і не могли бути йому відомі: про них стало відомо тільки після ухвалення рішення суду, постановлення ухвали суду чи видачі судового наказу (йдеться про обставини, які існували на момент вирішення справи, але з різних причин не були відомі суду, й які були виявлені після набрання судовим рішенням законної сили; при цьому такі обставини повинні впливати на правильність судового рішення) [1, с. 736].

На думку І. Грішина та І. Грішиної, перегляд за нововиявленими обставинами судових рішень можливий, якщо після набрання ними законної сили були встановлені істотні для справи обставини, які не були і не могли бути відомі заявникові та суду, який їх постановив. При цьому метою перегляду вони називають перевірку законності й обґрунтованості судових рішень, що набрали законної сили [2, с. 86]. Таке розуміння мети перегляду рішень за нововиявленими обставинами викликає певні заперечення. Адже суд у відповідному провадженні не перевіряє законність та обґрунтованість раніше постановленого рішення – рішення на момент його ухвалення враховувало всі відомі суду та доведені сторонами обставини справи і було постановлене з урахуванням норм процесуального та матеріального права. Таким рішенням встановлювалася формальна істина на підставі наданих суду доказів.

Через неможливість у відносно короткі строки, відносно обмеженими процесуальними засобами встановити об'єктивну істину в процесуальному законодавстві запроваджено інститут перегляду судових рішень за нововиявленими обставинами. Цей інститут значною мірою обмежує принцип стабільності судового рішення, але спрямований на забезпечення ухвалення в цивільному судочинстві таких рішень, які найповніше враховують обставини справи. При цьому на другий план можуть відсуватися такі принципи, як принцип розумних строків вирішення справи.

Неявка осіб, які беруть участь у справі, за ЦПК УРСР не перешкоджала лише вирішенню питання про наявність підстав для перегляду рішення за нововиявленими обставинами. При розгляді справи по суті після скасування рішення застосовувалися правила про наслідки неявки осіб, які беруть участь у

справі, передбачені для провадження у суді відповідної інстанції.

У першій редакції ЦПК України 2004 р. у провадженні за нововиявленими обставинами передбачалось вирішення питання про обґрунтованість заяви. При цьому відсутність осіб, які беруть участь у справі, не перешкоджала розгляду заяви. У разі обґрунтованості заяви рішення скасовувалось, а справа направлялася на перегляд по суті з урахуванням нововиявлених обставин (справа розглядалась у порядку, передбаченому для розгляду справи у відповідній інстанції, в тому числі з урахуванням загальних норм про наслідки неявки осіб, які беруть участь у справі).

У відповідні положення ЦПК України Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку здійснення судочинства» від 20.12.2011 р. внесені незначні за обсягом, проте досить суттєві зміни. Перш за все, зазнала змін сукупність і послідовність процесуальних дій у провадженні у зв'язку з нововиявленими обставинами. Кодекс доповнено ст. 364¹ «Відкриття провадження за нововиявленими обставинами», якою вперше передбачено постановлення ухвали про відкриття провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами. Суддя, якому заява передається за результатами автоматизованого розподілу справ, повинен протягом трьох днів перевірити її на відповідність вимогам ст. 364 цього Кодексу та вирішити питання про відкриття провадження за нововиявленими обставинами. Відкривши провадження за нововиявленими обставинами, суддя надсилає особам, які беруть участь у справі, копії заяви про перегляд, призначає дату, час і місце судового засідання.

Виходячи з положень ст. 293 ЦПК України, ухвала про відкриття провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами окремо від рішення суду оскарженою бути не може. Натомість, згідно з п. 17 ст. 293 ЦПК України оскарженню підлягає ухвала про відмову у відкритті провадження за нововиявленими обставинами.

Слід зазначити, що в резолютивній частині ухвали про відкриття провадження за нововиявленими обставинами судді Керченського районного суду Автономної Республіки Крим Л. Біленка від 20.04.2012 р. у справі № 108/3789/12р вказано, що ухвала може бути оскаржена лише в частині недотримання правил підсудності в апеляційному порядку до Апеляційного суду Автономної Республіки Крим через Керченський міський суд шляхом подання апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції протягом п'яти днів з дня отримання копії ухвали. Така можливість оскарження ухвали про відкриття провадження за нововиявленими обставинами передбачена п. 5 ч. 1 ст. 293 ЦПК України.

У резолютивній частині зазначеної ухвали суддя призначає час і дату розгляду справи й у порядку підготовчих дій зобов'язує сторони до початку розгляду справи по суті вчинити певні дії з надання доказів, заперечень тощо. Такий підхід до формування резолютивної частини ухвали про відкриття провадження за нововиявленими обставинами відповідає положенням ст. 365 ЦПК України, згідно з яким справа розглядається за правилами, встановленими цим Кодексом для провадження у суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. Отже, в даній справі суддя повинен був провести підготовчі дії. Можливості іншого їх процесуального оформлення не вбачається.

Однак у постановлених судами ухвалях, якими заяви про перегляд за нововиявленими обставинами приймаються до розгляду, спостерігається доволі спірне розуміння норм процесуального права.

Так, 01.08.2012 р. суддя Суворовського районного суду м. Одеси, розглянувши заяву про перегляд рішення суду за нововиявленими обставинами по цивільній справі № 1527/11725/12, керуючись статтями 119–122, 364, 364¹, 293 ЦПК України ухвалив: а) відкрити провадження у справі за позовом Суворовської районної адміністрації Одеської міської ради до ОСОБИ 1, третя особа – КП ЖКС «Пересипський», про виселення; б) призначити справу до розгляду; в) копію ухвали направити сторонам. У резолютивній частині також зазначено, що Ухвала може бути оскаржена до апеляційного суду Одеської області протягом 5 днів шляхом подачі апеляційної скарги до Суворовського районного суду м. Одеси.

Не можна погодитися, перш за все, з тим, що суддя на підставі ст. 364¹ «Відкриття провадження за нововиявленими обставинами» КПК України постановив таку ухвалу, розглянувши заяву про перегляд за нововиявленими обставинами. Слід розрізняти розгляд заяви та перевірку заяви на відповідність вимогам ст. 364 ЦПК України. Виходячи з положень ч. 2 ст. 364¹ ЦПК України, в описовій частині ухвали про відкриття провадження за нововиявленими обставинами або про відмову у відкритті провадження за нововиявленими обставинами слід зазначити, що суд постановляє її не розглянувши заяву, а перевіривши її на відповідність вимогам ст. 364 ЦПК України. Суд не врахував цього, через що помилково, на нашу думку, застосував положення ст. 293 ЦПК України щодо можливості оскарження такої ухвали без застереження щодо підстав оскарження.

Проблемною видається також нова редакція ст. 365 ЦПК України. Нею визначено порядок розгляду заяви, обов'язок повідомлен-

ня осіб про час і місце розгляду, повноваження суду за наслідками розгляду та право апеляційного оскарження. Частина 2 ст. 365 ЦПК України є визначальною для всього розгляду заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами. В ній зазначено, що розгляд заяви здійснюється судом за правилами, встановленими цим Кодексом для провадження у суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. Розглянувши заяву, суд може скасувати судові рішення, що переглядається, та прийняти нове судові рішення або залишити заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами без задоволення. Отже, у суду тепер з'явилося повноваження за наслідком розгляду заяви не лише скасувати рішення, а й прийняти нове рішення по суті справи. Як зазначено у п. 17 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про застосування цивільного процесуального законодавства про перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами» від 30.03.2012 р. № 4, виходячи із змісту статей 364¹, 365 ЦПК України перевірка наявності підстав для скасування судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами або підстав для скасування судового рішення проводиться в одному судовому засіданні. Заява розглядається судом за правилами, встановленими ЦПК для провадження у суді тієї інстанції, яка здійснює такий перегляд. Суд розглядає справу по суті спору з урахуванням встановлених судом нововиявлених обставин.

Право суду, який розглядає заяву про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами, розглядати справу по суті та приймати у справі рішення по суті заявлених вимог із урахуванням нововиявлених обставин вимагає зміни підходу до сповіщення осіб, які беруть участь у справі, та наслідків їх неявки. Якщо раніше (за ЦПК УРСР і за первинною редакцією ЦПК України) у провадженні за нововиявленими обставинами рішення по суті спору не приймалося, то і не було потреби у забезпеченні присутності при розгляді відповідної заяви осіб, які беруть участь у справі. Тобто неявка таких осіб не перешкоджала розгляду заяви. Фактично, якщо порівнювати попереднє та поточне правове регулювання провадження за нововиявленими обставинами, до внесення змін 2011 р. таке провадження відповідало теперішньому лише в частині відкриття провадження. Власне перегляд по суті відбувався в іншому провадженні – звичайному для відповідної інстанції. Після скасування рішення справа розглядалася по суті і наслідки неявки сторін, інших осіб, які беруть участь у справі, визначалися загальними правилами провадження

у відповідній інстанції. Натомість зараз при розгляді справи по суті у зв'язку з нововиявленими обставинами не можуть бути застосовані положення ст. 169 ЦПК України, оскільки згідно з ч. 1 ст. 365 ЦПК України неявка осіб, які беруть участь у справі, не є перешкодою для розгляду справи. Таким чином створені передумови для порушення, перш за все, такого принципу цивільного судочинства, як змагальність сторін, а також позбавлення сторін можливості скористатися правами, якими наділяє їх процесуальний закон.

Отже, з огляду на зміни структури провадження за нововиявленими обставинами, розширення повноважень суду щодо прийняття рішення за наслідками розгляду заяви, слід внести зміни до ч. 1 ст. 365 ЦПК України, вилучивши з неї останнє речення: «Неявка цих осіб не є перешкодою для розгляду заяви». Забезпечення повноцінної участі сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, у перегляді судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами повинно запобігати надмірному навантаженню на суди вищестоящих інстанцій через оскарження відповідних рішень.

Оскарження судового рішення за результатами розгляду заяви передбачено чинною редакцією ч. 3 ст. 365 ЦПК. Однак суди на даний час не завжди однозначно застосовують норми цивільного процесуального законодавства в частині визначення повноважень суду за результатами розгляду заяв у зв'язку з нововиявленими обставинами

Так, 16.07.2012 р. Любашівський районний суд Одеської області у справі № 1518/97/2011, розглянувши у судовому засіданні цивільну справу за заявою про перегляд рішення за нововиявленими обставинами, керуючись статтями 361–363, 365 ЦПК України, ухвалив:

задовольнити заяву ОСОБИ 1 про перегляд за нововиявленими обставинами рішення по справі;
скасувати рішення по справі;
призначити справу до розгляду.

При цьому у резолютивній частині не зазначено, чи підлягає ця ухвала оскарженню. Така ухвала суперечить положенням ст. 364¹ та ч. 2 ст. 365 ЦПК України. Адже справа призначається до розгляду ухвалою про відкриття провадження за нововиявленими обставинами. Прийняти ж рішення про задоволення заяви про перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами та скасувати рішення можна лише розглянувши заяву по суті та, одночасно, постановивши нове рішення у справі з урахуванням нововиявлених обставин.

Неправильність застосування судами першої інстанції норм ЦПК України, коли рішення скасовується у зв'язку з нововиявле-

ними обставинами та справа призначається до розгляду, підтверджується рішеннями апеляційних судів.

Ухвалою від 05.07.2012 р. Апеляційний суд Київської області у справі № 22-ц-2994/12, керуючись статтями 307, 312 ЦПК України, постановив ухвалу, якою скасував ухвалу Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 02.04.2012 р. про скасування рішення суду за нововиявленими обставинами та призначення справи до розгляду. Справу було повернуто до суду першої інстанції на новий розгляд.

Скасовуючи ухвалу суду першої інстанції, апеляційний суд виходив з того, що, задовольняючи заяву про перегляд у зв'язку з нововиявленими обставинами рішення Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 20.10.2008 р., суд, порушуючи вимоги закону, виніс ухвалу про скасування вказаного рішення та призначив справу до судового розгляду. Проте відповідно до ч. 2 ст. 365 ЦПК України розгляд заяви здійснюється судом за правилами, встановленими цим Кодексом для провадження у суді тієї інстанції, яка здійснює перегляд. Суд може скасувати судові рішення, що переглядається, та прийняти нове судові рішення або залишити заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими обставинами без задоволення лише розглянувши заяву по суті, що виключає призначення справи до розгляду.

Проте апеляційне оскарження ухвал, якими у зв'язку з нововиявленими обставинами скасовується рішення, але нове не постановляється та справа призначається до розгляду, не завжди можливе. Адже відповідні ухвали не підлягають оскарженню. Оскарженню підлягає лише рішення про задоволення заяви та постановлення нового рішення або ухвала про відмову в задоволенні заяви про перегляд. Згідно із ст. 293 ЦПК України окремо від рішення суду можуть бути оскаржені ухвали суду першої інстанції, вказані у ч. 1 цієї статті. Даний перелік не передбачає оскарження такої ухвали за винятком випадків, коли її постановлено з порушенням правил про підсудність. Отже, відповідно до ч. 2 ст. 293 ЦПК України, суд першої інстанції повинен був повернути апеляційну скаргу заявнику з огляду на те, що вона не підлягає оскарженню окремо від рішення суду. І практика свідчить, що такі випадки непоодинокі.

Слід зазначити, що така ситуація породжує ще одне питання: якщо суд ухвалою скасовує рішення та призначає справу до розгляду, то яке рішення він винесе у разі, коли в ході розгляду з'ясується, що підстав для зміни рішення у зв'язку з нововиявленими

обставинами немає? Очевидно, якщо підстав для зміни рішення немає, суддя повинен відмовити у задоволенні заяви та залишити рішення без змін. Але в даній ситуації рішення скасоване. І суд не уповноважений ч. 2 ст. 365 ЦПК України повертати законну силу скасованому раніше в тому самому провадженні рішенню. Тому він повинен постановити таке саме за змістом рішення, яке було скасоване. Але і це суперечить логічній конструкції «скасувати і постановити нове або відмовити у задоволенні заяви».

Аналіз деяких проблемних питань практики застосування судами норм процесуального права про перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами дозволяє зробити такі висновки:

змінами до ЦПК України у 2011 р. було об'єднано у провадженні за нововиявленими обставинами дві раніше самостійні процесуальні стадії – розгляд заяви про перегляд судового рішення у зв'язку з нововиявленими обставинами та вирішення справи по суті з урахуванням нововиявлених обставин;

з метою забезпечення реалізації процесуальних прав осіб, які беруть участь у справі, при перегляді судового рішення по суті з урахуванням нововиявлених обставин слід виключити з ч. 1 ст. 365 ЦПК України речення «Неявка цих осіб не є перешкодою для розгляду справи»;

у постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України від 30.03.2012 р. № 4 слід однозначно вказати, що у провадженні за нововиявленими обставинами рішення, що переглядається, може бути скасоване лише за умови, що суд розглянув заяву по суті та дійшов висновку, що нововиявлені обставини доведені належними доказами та вони впливають на раніше ухвалене рішення. При цьому слід зазначити, що в тому самому процесуальному документі має бути винесене нове рішення по суті справи з урахуванням доведених нововиявлених обставин.

Проведене дослідження виявило лише деякі недоліки практики застосування норм ЦПК України про перегляд судових рішень у зв'язку з нововиявленими обставинами. Зокрема, потребують подальшого дослідження питання апеляційного оскарження ухвал, що постановляються в провадженні за нововиявленими обставинами.

Список використаних джерел

1. *Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар* / С. С. Бичкова, Ю. В. Білоусов, В. І. Бірюков та ін.; За ред. С. С. Бичкової. – К., 2010. – 896 с.
2. *Гришин И. П., Гришина И. И.* Гражданский процесс: вопросы и ответы / Под ред. М. К. Треушников. – М., 2000. – 224 с.

Стаття надійшла до редакції 18.03.2013 р.

This article investigates the problem of unequal application of civil procedural legislation to review proceedings in relation to the new circumstances.

В статье исследуются проблемы применения норм об открытии производства и решении дела по сути в связи с вновь открывшимися обстоятельствами в гражданском судопроизводстве, формулируются предложения относительно обеспечения права сторон на участие в производстве по вновь открывшимся обстоятельствам и единообразного применения соответствующего процессуального законодательства.



УДК 347.94

Максим Гетманцев,

асистент кафедри правосуддя

Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича

ДЖЕРЕЛА ФОРМУВАННЯ РЕЧОВИХ ДОКАЗІВ

У статті досліджуються джерела речових доказів як певний матеріалізований об'єкт зовнішнього світу, в якому в той чи інший спосіб знайшли своє відображення різні факти й обставини, що мають значення для справедливого і своєчасного вирішення цивільної справи по суті.

Ключові слова: поняття джерел речових доказів, характеристика джерел речових доказів, особливості дослідження джерел речових доказів, різновиди джерел речових доказів.

Ухвалення справедливого та неупередженого рішення по конкретній цивільній справі безпосередньо залежить від змісту й якості поданих сторонами та досліджених у судовому засіданні багатьох різновидів доказів, у тому числі речових. При цьому відомості про факти, отримані судом із речових доказів, у свою чергу, також мають своє походження, оскільки отримані внаслідок сприйняття різних фактів і зберігання даних про них. І якщо термінологічний глосарій доказового права розроблений досить детально представниками різних напрямів і течій усіх без винятку процесуальних наук, то безпосереднього аналізу форм зовнішнього закріплення, тобто джерел цих носіїв інформації, досі здійснено не було. Вважаємо це суттєвим недоліком вітчизняного цивільного процесу й істотною прогалиною чинного цивільного процесуального законодавства нашої держави, який у межах наукового дослідження ми зробимо спробу подолати шляхом з'ясування процедури дослідження речових доказів і на цій основі поліпшити процедуру здійснення правосуддя в цілому.

Дослідженню проблеми, що розглядається, в різні часи приділяли увагу представники різних теоретичних і процесуальних наук В. Арсеньєв, Р. Белкін, С. Бичкова, Ю. Білоусов, А. Боннер, А. Вишинський, А. Власов, М. Гурвіч, А. Давтян, А. Клейнман, В. Комаров, В. Кройтор, Л. Лісницька, Б. Матюшин, С. Михайлов, В. Молчанов, І. Решетнікова, В. Тертишников, М. Треушников, С. Фурса, Т. Цюра, Ю. Червоний, С. Чернооченко, Д. Чечот, Н. Чечіна, М. Шакарян, В. Щеглов, К. Юдельсон, В. Ярков.

Метою цієї статті є аналіз науково-теоретичних праць і положень чинного законо-

давства з метою виявлення й усунення існуючих прогалин щодо законодавчого регулювання джерел речових доказів.

У переважній більшості цивільних справ речові докази виступають як встановлений із певного джерела факт, що є підставою для висновку про предмет спору. У зв'язку з цим, як стверджує М. Строгович, впливає подвійне значення самого поняття «доказ»: з одного боку, речовий доказ означає джерело відомостей про ті факти, що підлягають встановленню, з іншого – речовий доказ означає той факт, з якого робиться висновок про інший факт [1, с. 81–82]. Подібне формулювання існує у країнах англо-американської системи права відповідно до якого, джерелом речових доказів може виступати як безпосередньо об'єкт спору, так і сторонні предмети, які виявилися мовчазними очевидцями подій, що відбувалися й у будь-який спосіб втілили їх у собі [2, с. 231]. Представники інших процесуальних галузей права також чимало уваги приділяли дослідженню цього питання. Зокрема Є. Додін, зазначав, що в адміністративному процесі предмети матеріального світу виступають джерелами речових доказів, зазвичай, у таких випадках: при відхиленні їх від адміністративно-технічних норм (Держстандартів та інших нормативів); за наявності на них (у них) змін, пов'язаних із фактом, що встановлюється [3, с. 93]. У кримінальному процесуальному праві, на думку О. Муравіна, будь-який доказ припиняє бути таким, якщо позбавити його змісту (фактичних даних, що в ньому є), власне, і фактичні дані, знання припиняють бути такими даними без їх матеріального джерела [4, с. 102].

Збігаються погляди науковців і з приводу джерел формування та походження речових

доказів у цивільному процесуальному праві. Зокрема, А. Кисельов джерелом речових доказів визначає різні матеріальні об'єкти [5, с. 87]. Продовжує ці міркування Ю. Червоний, який також стверджує, що у речових (тобто, предметних) доказах джерелом є матеріальні об'єкти, які зовнішніми ознаками й якостями передають інформацію про обставини, що мають значення для справи [6, с. 145]. На нашу думку, найбільш повним і влучним є визначення поняття «джерело речового доказу», запропоноване В. Колдіним, відповідно до якого речовим джерелом доказової інформації слід розуміти будь-який матеріальний носій, що відображає важливу для справи інформацію у формі фізичного сигналу [7, с. 7].

Викладене дозволяє сформулювати власне визначення поняття «джерела речового доказу». Це певний матеріалізований об'єкт зовнішнього світу, на якому в той чи інший спосіб знайшли своє відображення різні факти й обставини, що мають значення для справедливого та своєчасного вирішення цивільної справи по суті.

Попри здавалось би рідкісну однозначність учених у визначенні поняття, що розглядається, в теорії цивільного процесуального права висловлювалися досить суперечливі та неординарні підходи до дослідження цього питання. Так, складно погодитися з В. Арсеньєвим, який вважає, що першоджерелом речових доказів виступатиме місце їх виявлення та вилучення [8, с. 119]. На нашу думку, ототожнення різних за інформативним наповненням процесуальних понять (місце знаходження речового доказу та джерело речового доказу) є безпідставним, оскільки в силу своєї необґрунтованості призводить до суміщення різнопорядкових категорій процесуальної науки. Заперечують проти такого твердження і дослідники адміністративного процесуального права В. Колпаков, В. Гордєєв, які вважають, що саме речові докази є першоджерелом факту вчинення дії чи події, прямим доказом її здійснення [9, с. 51].

Не менш суперечливим є також твердження В. Арсеньєва, який джерелами «матеріалізованих» відомостей про певні факти, що мають значення для справи, називає самі ж речі [8, с. 119]. Ми не погоджуємося з такою позицією й у зв'язку з цим вважаємо неприпустимим формулювання, закріплене в ч. 2 ст. 84 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, в якому зазначається, що процесуальними джерелами доказів серед іншого є і речові докази. Вважаємо таке ототожнення понять недоцільним, оскільки виходить, що джерелом речового доказу є самі речові

докази, тобто докази є джерелом самих себе. Навряд чи можна ставити в один термінологічний ряд поняття, що визначаються самі через себе; цим самим, замість спрощення процедури правозастосування, створюються додаткові правові колізії та неузгодженості. Р. Белкін переконує, що в такій ситуації правильніше було б вести мову про таке джерело речових доказів не як про річ, предмет чи речові утворення, а про те, що доказом є не сама річ, а її властивості [10, с. 15]. Крім того, згідно з висновками В. Молчанова, у західно-європейському праві речові докази традиційно називаються «реальними», оскільки їх джерелами є безпосередні об'єкти [11, с. 290]. На думку Т. Степанової, такі поняття, як «джерело» і «доказовий факт», у свою чергу, теж є самостійними речовими доказами, а тому кожне з них має бути і належним, і допустимим [12, с. 185].

Слід зазначити, що джерела будь-яких відомостей для того, щоб бути достатніми та належними доказами у цивільній справі, мають втілюватись у відповідній процесуальній формі. Зокрема, М. Треушніков вважає, що будь-які судові докази обов'язково містять у собі два тісно взаємопов'язаних елементи: фактичні дані як зміст доказів і засоби доказування як процесуальну форму [13, с. 92]. Дійсно, джерело речового доказу та фактичні дані (безпосередній речовий доказ) окремо одне від одного не можуть бути використані в процесі здійснення правосуддя у цивільних справах, оскільки у відриві один від одного вони не є доказом. Наприклад, мобільний телефон (джерело речового доказу – буквенних повідомлень) без сприйняття інформації конкретного смс (речового доказу) не може бути засобом пізнання того, що сталося насправді, а тому не може розглядатися як доказ. Отже, слід погодитися з В. Гордєєвим та В. Колпаковим, які зазначають, що не можуть бути доказами в судочинстві й фактичні дані, що розглядаються окремо від законного джерела [9, с. 10].

Наведене свідчить, що речові докази й їх джерела перебувають у складному взаємоузгодженому зв'язку, на що неодноразово звертали увагу різні науковці. Так, ще в середині минулого століття Л. Ульянова сформулювала тезу, яка й досі залишилася неспростованою аксіомою та використовується дослідниками різних процесуальних галузей права: фактичні дані та їх процесуальні джерела становлять нерозривну єдність [14, с. 14]. Продовжив ці міркування В. Арсеньєв, який зазначив, що у випадку, коли під речовими доказами розуміти тільки фактичні дані, а їх

джерела залишати поза межами цього поняття, то стає незрозумілим, звідки беруться самі фактичні дані, як встановлюються факти у справі [15, с. 10]. Не спростовні ці аргументи й у працях наших сучасників, які стверджують, що речові докази й їх джерела з'єднані між собою як два обов'язкових елементи, які у відриві один від одного не утворюють доказу [16, с. 39–40]. Тому слід погодитися з М. Строговичем: якість доказу залежить від властивостей джерела, в якому знаходить вираження його зміст [1, с. 288].

У теорії та практиці застосування норм цивільного процесуального права термін «джерело доказів», як правило, використовується як підстава для класифікації судових доказів різного рівня. Так, Л. Звягінцева стверджує, що за джерелом формування судові докази поділяються на письмові та речові докази [17, с. 30]. На думку Н. Чечіної та Д. Чечота, за джерелом отримання докази поділяються на особисті (де джерелом відомостей є людина) та речові (де безпосереднім джерелом виступає певна річ або предмет) [18, с. 214]. Погоджуються з ними С. Васильєв [19, с. 152] і С. Черноченко [20, с. 120–121]. За ознакою джерела доказів, нарівні з особистими та предметними доказами, деякі автори виділяють і третій вид – змішані докази [11, с. 139].

Як свідчать наведені класифікації джерел речових доказів, науковці розмежовують поділ речових доказів за джерелом формування та джерелом отримання. Цей важливий нюанс суттєво впливає на зміст самих речових доказів і процедуру їх дослідження. На нашу думку, особливості формування речових доказів полягають у тому, що зміст речових доказів (фактичні дані) є результатом об'єктивного та суб'єктивного відображення обставин цивільних процесуальних правовідносин через якості (ознаки) матеріального об'єкта та свідомість сторони, суддів, інших учасників процесу. Натомість отримання джерел речових доказів більше характеризує процедуру вчинення таких процесуально важливих дій, як подання речових доказів, витребування речових доказів, дослідження речових доказів за їх місцезнаходженням тощо, які в сукупності мають відповідати вимогам цивільного процесуального законодавства в сенсі належності та допустимості.

Заслуговує на увагу підхід до проведення класифікації джерел речових доказів, продемонстрований С. Курильовим, який відносив до них і висновки експерта. На його думку, джерелом речового доказу є предмет, що виступає об'єктом експертного дослідження, а джерелом особистого доказу – експерт,

який проводить дослідження цього предмета і тому саме експерт, вивчаючи предмет, перетворює отримані з цього джерела речового доказу відомості та сам стає джерелом нового особистого доказу – висновку експерта [21, с. 177].

Більш розгорнуту класифікацію джерел речових доказів пропонує В. Колдін, який поділяє речові джерела доказів на: предмети, речовини, сліди-відображення, матеріальні комплекси (природні матеріальні комплекси; техногенні матеріальні комплекси; ситуаційні матеріальні комплекси), матеріальна обстановка події, матеріали справи [7, с. 7].

Вважаємо, що наведені класифікації речових доказів за їх джерелом мають неабияку наукову та практичну цінність, оскільки дозволяють акцентувати увагу на особливостях способів і методів дослідження власне джерела доказів та оцінки доказової інформації залежно від того, що саме є джерелом речових доказів. При цьому речовий характер джерела речового доказу є ознакою кожного різновиду джерел речових доказів, незалежно від підстави для класифікації. Адже в цьому розумінні самі речові утворення є джерелами (формою) відомостей про факти, а вже ознаки цих предметів, відображені суб'єктами доказування та закріплені в протоколах огляду чи інших процесуальних актах, слугують змістом цих доказів.

Висновки

Джерелом речового доказу є певний матеріалізований об'єкт зовнішнього світу, в якому в той чи інший спосіб знайшли своє відображення різні факти й обставини, що мають значення для справедливого та своєчасного вирішення цивільної справи по суті.

На нашу думку, слід розмежовувати речові докази за джерелами їх формування та одержання. Так, особливості формування речових доказів полягають у тому, що зміст речових доказів (фактичні дані) є результатом об'єктивного та суб'єктивного відображення обставин цивільних процесуальних правовідносин через якості (ознаки) матеріального об'єкта, свідомість сторін, суддів, інших учасників процесу. Натомість отримання джерел речових доказів більше характеризує процедуру вчинення таких процесуально важливих дій, як подання речових доказів, витребування речових доказів, дослідження речових доказів за їх місцезнаходженням тощо, які в сукупності мають відповідати вимогам цивільного процесуального законодавства в сенсі належності та допустимості.

Чисельні класифікації речових доказів за їх джерелом відіграють важливу наукову та практичну роль, оскільки дозволяють акцентувати увагу на особливостях способів і методів дослідження власне джерела доказів і оцінки доказової інформації залежно від того, що саме є джерелом речових доказів.

Список використаних джерел

1. *Строгович М. С.* Избранные труды: Теория судебных доказательств. – М., 1991. – 300 с.
2. *Гражданский процесс зарубежных стран* / Под ред. А. Г. Давтян. – М., 2008. – 480 с.
3. *Додин Е. В.* Доказательства в административном процессе. – М., 1973. – 192 с.
4. *Муравин А. Б.* Уголовный процесс: вопросы Общей части. – О., 1997. – 480 с.
5. *Гражданский процесс.* – М., 2002. – 228 с.
6. *Цивільний процес України* / За ред. Ю. С. Червоного. – К., 2007. – 392 с.
7. *Вещественные доказательства: Информационные технологии процессуального доказывания* / Под ред. В. Я. Колдина. – М., 2002. – 896 с.
8. *Арсеньев В. Д.* Вопросы общей теории судебных доказательств. – М., 1964. – 177 с.
9. *Колпаков В. К., Гордеев В. В.* Докази і доказування в адміністративному судочинстві. – Чернівці, 2010. – 55 с.
10. *Белкин Р. С.* Собирание, исследование и оценка доказательств. – М., 1966. – 295 с.
11. *Молчанов В. В.* Основы теории доказательств в гражданском процессуальном праве. – М., 2012. – 360 с.
12. *Степанова Т.* Місце судових доказів у процесі розгляду господарських спорів // Вісник господарського судочинства. – 2001. – № 4. – С. 183–186.
13. *Арбитражный процесс* / Под ред. М. К. Треушников. – М., 1997. – 253 с.
14. *Ульянова Л. Т.* Оценка доказательств судом первой инстанции. – М., 1959. – 168 с.
15. *Арсеньев В. Д.* Доказывание фактических обстоятельств в советском уголовном процессе: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1967. – 23 с.
16. *Бедняков Д. И.* Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М., 1991. – 208 с.
17. *Звягинцева Л. М., Плюхина М. А., Решетникова И. В.* Доказывание в судебной практике по гражданским делам. – М., 1999. – 288 с.
18. *Гражданский процесс* / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – М., 2001. – 544 с.
19. *Васильев С. В.* Гражданский процесс. – Х., 2006. – 512 с.
20. *Чернооченко С. І.* Цивільний процес України. – К., 2004. – 472 с.
21. *Курылев С. В.* Основы теории доказывания в советском правосудии. – Минск, 1969. – 203 с.

Стаття надійшла до редакції 17.02.2013 р.

As material evidence source some materialized object of an external world on what in that or a different way have found the display the various facts and circumstances that matter for the fair and timely permission of a civil case as a matter of fact acts.

В статтє исследуются источники вещественных доказательств как некоторые материализованные объекты внешнего мира, в котором в тот или иной способ нашли свое отображение различные факты и обстоятельства, имеющие значение для справедливого и своевременного разрешения гражданского дела по сути.



УДК 347.62

Олена Некрасова,*канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри цивільного та трудового права
Таврійського національного університету ім. В. І. Вернадського*

ЗАСТОСУВАННЯ АНАЛОГІЇ ДО РЕГУЛЮВАННЯ СІМЕЙНИХ ВІДНОСИН

У статті розглядаються правові підстави та механізм застосування інституту аналогії в сімейному праві, обґрунтовується доцільність застосування за аналогією норм цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин, формулюються пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства з урахуванням цих положень.

Ключові слова: аналогія закону, аналогія права, сімейне право, цивільне право.

У правозастосовчій практиці час від часу виникають ситуації, коли відсутні законодавчі приписи, що регулюють відповідні суспільні відносини. Цивільно-процесуальне законодавство України, в свою чергу, закріплює заборону відмови у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, що регулює спірні відносини (ч. 9 ст. 8 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України). Це призводить до застосування такого регулятора відносин, як аналогія.

Інститут аналогії є оперативним засобом подолання прогалин у праві. Він відіграє важливу роль у механізмі правового регулювання, оскільки є засобом, який дозволяє праву бути одночасно стабільним і гнучким інструментом регулювання суспільних відносин. Безумовно, аналогія закону, або аналогія права, використовувана в конкретних ситуаціях, сама собою є тимчасовим явищем, яке дозволяє знайти вихід із нетривіальної ситуації, що створилась. Якщо аналогія з'явилась у судовому рішенні, це означає, що в законодавстві повинна бути норма, яка регулюватиме нові відносини.

Застосування механізму аналогії допускається з метою регулювання суспільних відносин у приватноправовій сфері. Категорично заборонено застосування аналогії лише в кримінальному праві, що зумовлено специфікою відносин у цій галузі права. На особливу увагу заслуговує механізм реалізації аналогії в сімейному праві та можливість застосування за аналогією цивільно-правових норм, оскільки цивільне та сімейне право – найближчі галузі, наділені спільними ознаками.

Ідея нетипових ситуацій правозастосовчого процесу у випадку прогалин у праві висунута й обґрунтована В. Лазарєвим [1, с. 42–50].

У буквальному значенні, прогалина визначається як порожнє, незаповнене місце, пропуск; у переносному – як недогляд, недолік. Зокрема, Я. Фархтдінов зазначає, що прогалину в праві можна вести мову у випадках, коли відсутня норма права відносно питань, які перебувають у сфері нормативно-правового регулювання або коли відносини, що підлягають за своєю природою правовому регулюванню, чинними нормами права не охоплені [2, с. 144]. Нетиповість правозастосовчої техніки при прогалинах у праві полягає в тому, що в системі права відсутня правова норма, яка регулює те або інше відношення, але спірна ситуація повинна бути вирішена за допомогою застосування аналогії. Цікавими є міркування А. Певзнера із цього приводу. Вони стосуються особливостей цивільно-правового регулювання, але зроблені вченим висновки більш актуальні для сімейного права, оскільки неминучість існування прогалин у сімейному праві припускається характером відносин, які входять до предмету правового регулювання цієї галузі права. Так, А. Певзнер вказує на те, що специфічною особливістю цивільно-правового регулювання є не регламентація конкретних відносин правовими нормами, а захищеність цих відносин. Правовий захист не обов'язково повинен спиратися на конкретну норму, а може виходити з існуючого в суспільстві правопорядку, з усієї сукупності норм цивільного права з урахуванням тих цілей, яким служать ці норми. Цивільне право не знає замкнутого кола правових інститутів, а судовому захисту підлягають відносини, які прямо не передбачені нормами права, зокрема, Цивільним кодексом (далі – ЦК) [3, с. 9–11].

Вирішуючи питання про наявність прогалини, не слід розглядати як прогалину ситу-

ацію, коли законодавець із метою «нормативної економії» при регулюванні однотипних відносин залишає деякі з них без належного врегулювання, посиляючись на застосування до цих відносин норм права, що вирішують подібні відносини, оскільки в таких випадках має місце субсидіарне застосування права, як у випадку застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин на підставі ст. 8 Сімейного кодексу (далі – СК) України.

У теорії права розрізняють два способи казуального подолання прогалин у праві: аналогію закону (*analogia legis*) і аналогію права (*analogia juris*). Аналогія закону застосовується тоді, коли відсутня норма права, що передбачає конкретне відношення, але існує така, яка регулює подібне відношення. При аналогії закону встановлюються подібність і розходження в ознаках прогальних і врегульованих відносин. У випадку істотності подібності та незначності розходження юридичні наслідки, передбачені для врегульованого відношення, переносяться на відношення подібне, але не врегульоване конкретною нормою права. За своєю логічною природою аналогія права тотожна з аналогією закону, а відрізняється від неї тим, що оперує більшим обсягом правового матеріалу. В юриспруденції під аналогією права, як правило, розуміють ситуацію, за якої суспільні відносини, що перебувають у сфері правового регулювання, не врегульовані ні конкретними нормами права, ні нормами права, що регулюють подібні відносини, а вирішення ситуації відбувається з урахуванням загальних засад і змісту чинного законодавства. Окремі автори, виступаючи за застосування аналогії закону, вважають неможливим або небажаним застосування аналогії права, оскільки вона меншою мірою відповідає завданню зміцнення законності та створює більше можливостей для вияву суб'єктивного розсуду посадових осіб [4, с. 278–279]. Однак суддя, застосовуючи аналогію права, не вносить нічого нового в систему правових норм; він керується загальними засадами та змістом законодавства, що підлягають конкретизації через загальні або спеціальні принципи. Якщо такі принципи не виражені в законодавстві, вони виводяться з дотриманням логічних правил дедукції; міркування будуються в межах чинного права, судді не доводиться самому ставати «законодавцем». Крім цього, рішення суду у випадках, коли застосовується аналогія, містять правоположення, які суттєво збагачують юридичну практику та можуть слугувати підґрунтям для розвитку законодавства [5, с. 119].

При вирішенні справи по аналогії закону чи аналогії права обов'язковим є дотримання таких умов:

- аналогія допустима лише у випадку повної чи часткової відсутності правових норм;
- суспільні відносини, до яких застосовується аналогія, повинні знаходитись у сфері правового регулювання;
- повинна бути схожість між обставинами справи та наявною нормою за суттєвими юридичними ознаками;
- пошук норми, що регулює аналогічний випадок, повинен здійснюватися спочатку в актах тієї ж галузі права, а за її відсутності – в іншій галузі права й у законодавстві в цілому;
- винесене в процесі використання аналогії правове рішення не повинно суперечити нормам закону, його меті;
- обов'язково має бути мотивоване пояснення причин застосування рішення по аналогії до конкретного випадку.

Заповнення прогалин у сімейному законодавстві за допомогою аналогії закону або аналогії права передбачене ст. 10 СК України, в якій закріплено: якщо певні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права).

Заслужовує на увагу можливість застосування за механізмом аналогії норм чи принципів не тільки сімейного, а й цивільного права, оскільки ситуація, коли норм сімейного права недостатньо для врегулювання спірних відносин, є цілком реальною. Така позиція не суперечить ч. 1 ст. 7 СК України, відповідно до якої сімейні відносини регулюються СК та іншими нормативно-правовими актами (передусім, ЦК України). Наприклад, у СК України відсутня норма, яка надавала би одному з подружжя право привілейованої купівлі частки майна після визначення часток у праві спільної сумісної власності без її реального поділу в натурі. Заповнити цю прогалину можна за допомогою аналогії, застосувавши відповідну норму ЦК України про спільну часткову власність, а саме – ч. 1 ст. 362. Але в будь-якому випадку вирішення спірних відносин за допомогою аналогії закону із використанням норм цивільного права не має суперечити сутності сімейних відносин. У зв'язку із зазначеним доцільно викласти ч. 1 ст. 10 СК України у такій редакції: «Якщо сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу або Цивільного кодексу України, які регулюють подібні відносини (аналогія закону)» [6, с. 8].

Якщо відсутні норми СК чи ЦК, які можна застосувати для вирішення конкретної ситуації (навіть за аналогією закону), то у таких випадках необхідно застосувати аналогію права. Згідно з ч. 2 ст. 10 СК України, якщо «до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права)». Регулюючий вплив загальних засад права поширюється на прогальні відносини в силу того, що саме загальні засади права найбільше сприймаються правосвідомістю у зв'язку з тим, що це універсальний регулятор поведінки людей.

Викликає інтерес можливість застосування загальних засад цивільного законодавства при регулюванні сімейних відносин за аналогією права. Відомо, що цивільне право є основою приватноправового регулювання. Цим визначається його місце в правовій системі як основної, базової галузі, призначеної для регулювання приватних, насамперед майнових, відносин, а сімейне та цивільне право – найближчі галузі права, які наділені родинними ознаками. Із цього випливає, що загальні норми та принципи цивільного права можуть застосовуватися до регулювання будь-яких відносин, що входять у приватноправову сферу, у тому числі сімейних відносин. Крім того, сімейне право не затверджує деякі важливі принципи правового регулювання, що містяться серед загальних засад цивільного законодавства та мають значення для сімейного права (неприпустимість позбавлення права власності, свобода договору). Безумовно, ці принципи важливі для регулювання не тільки цивільних відносин, а й сімейних. Тому доцільно застосовувати за аналогією права загальні засади як сімейного законодавства, так і цивільного.

Слід зазначити, що при застосуванні аналогії права необхідно враховувати принципи справедливості, добросовісності та розумності, відповідність моральним засадам суспільства. Ці принципи містяться серед загальних принципів цивільного та сімейного права, во-

ни відповідають Загальній декларації прав людини, Європейській конвенції про захист прав людини та основних свобод, Міжнародному пакту про громадянські і політичні права. Тривалий час радянська правова доктрина відкидала можливість застосування таких оцінюваних категорій, як добросовісність, розумність, справедливість у цивільному праві, називаючи їх «каучуковими», «гумовими», такими, що призводять до безмежного судового розсуду. Однак практика застосування у західних правових системах таких категорій, як «добрі звичаї», «добросовісність», «справедливість», надає судам більше можливостей з'ясувати у повному обсязі фактичні обставини справи та встановити об'єктивну істину [7, с. 3–4].

Зважаючи на викладене, ч. 2 ст. 10 СК України доцільно викласти таким чином: «Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного чи цивільного законодавства».

Список використаних джерел

1. Лазарев В. В. Эффективность правоприменительных актов (вопросы теории). – Казань, 1975. – 208 с.
2. Фархтдинов Я. Ф. Источники гражданского процессуального права. – Казань, 1986. – 176 с.
3. Певзнер А. Г. Понятие гражданского правоотношения и некоторые вопросы субъективных гражданских прав // Ученые записки ВЮЗИ: Вопросы гражданского права. – М., 1958. – Вып. 5. – С. 3–34.
4. Рясенцев В. А. Семейное право. – М., 1971. – 296 с.
5. Алексеев С. С. Право: азбука–теория–философия. Опыт комплексного использования. – М., 1999. – 712 с.
6. Некрасова О. В. Застосування цивільного законодавства до регулювання сімейних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008. – 16 с.
7. Кузнецова Н. С. Поняття та принципи цивільного права: Система цивільного права та система цивільного законодавства України // Українсько-нідерландський проект «Впровадження нового Цивільного кодексу в Україні». – К., 2005. – С. 1–6.

Стаття надійшла до редакції 30.01.2013 р.

Article is devoted legal grounds and the mechanism of application of institute of analogy in a family law. Possibility and the expediency of application by analogy of norms of the civil legislation to regulation of family relations is considered, offers on improvement of the current legislation taking into account these positions are made.

В статтє рассматриваются правовые основания и механизм применения института аналогии в семейном праве, обосновывается целесообразность применения по аналогии норм гражданского законодательства к регулированию семейных отношений, формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства с учетом этих положений.



УДК 347

Галина Дмитриченко,

аспірантка Київського університету права

КОЛІЗІЯ ПРАВА НА ТОРГОВЕЛЬНУ МАРКУ ТА ГЕОГРАФІЧНЕ ЗАЗНАЧЕННЯ НА МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОМУ РІВНІ

Стаття присвячена дослідженню співвідношення прав на торговельну марку та географічне зазначення на міжнародно-правовому рівні, можливих конфліктів між ними, принципів їх розв'язання.

Ключові слова: географічні зазначення, торговельні марки, конфлікт, зіткнення прав.

У період транзитивних перетворень сучасних реалій важливого значення набуває створення ЕС, використання конкурентоспроможної продукції та надання широкого спектра послуг. Разом із ефективною охороною інтелектуальної власності це потребує формування відповідного механізму правомірного використання таких об'єктів інтелектуальної власності, як торговельна марка та географічне зазначення, які об'єднують родовим поняттям «зазначення походження товару».

Правове регулювання права інтелектуальної власності на географічне зазначення та торговельну марку здійснюється Цивільним кодексом (далі – ЦК) України, Паризькою конвенцією про охорону промислової власності (1883 р.), Мадридською угодою про міжнародну реєстрацію знаків та Протоколом до неї, Ніццькою угодою про міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків, законами України «Про охорону прав на зазначення походження товарів», «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» та ін.

До позначень, що індивідуалізують виробника, продукцію, належать географічні зазначення. Розрізняють просте та кваліфіковане зазначення походження товарів. *Просте зазначення місця походження товару* – це будь-яке словесне або зображувальне (графічне) позначення, що прямо чи опосередковано вказує на географічне місце походження товару. *Кваліфіковане зазначення місця походження товару* – це назва географічного місця, яке вживається як позначення у назві товару, що походить із зазначеного географічного місця та має особливі властивості, виключно або в основному зумовлені характерними для цього географічного місця природними умовами чи поєднанням цих при-

родних умов із характерним для цього географічного місця людським фактором.

Географічне зазначення походження товару – це назва географічного місця, яка вживається як позначення у назві товару, що походить із цього географічного місця та має певні якості, репутацію, інші характеристики, в основному зумовлені притаманними для цього географічного місця природними умовами чи людським фактором або поєднанням цих природних умов та людського фактора.

Торговельна марка – це позначення або комбінація позначень. Такими позначеннями можуть бути слова, у тому числі власні імена, літери, цифри, зображувальні елементи, кольори та комбінації кольорів, будь-які комбінації таких позначень. Цей перелік позначень, що можуть отримати характер торговельної марки, не є вичерпним.

Проблема, що розглядається, є актуальною в контексті інтеграції України до європейського співтовариства та подальшої активності у межах Світової організації торгівлі.

Метою цієї статті є аналіз співвідношення прав на торговельні марки та географічні зазначення на міжнародно-правовому рівні, дослідження можливих конфліктів між ними, принципів їх розв'язання.

За умов розвинутих ринкових відносин, міжнародної торгівлі значно зростає значення спеціальних позначень, що використовуються виробниками для виокремлення й індивідуалізації себе та результатів своєї діяльності. Одночасно, спостерігається збільшення випадків виникнення порушення суб'єктивних прав на засоби індивідуалізації. Насамперед, конфліктні ситуації можуть виникнути при зіткненні прав на географічне зазна-

чення та торговельну марку, оскільки як власник зареєстрованої торговельної марки має виключне право забороняти всім третім сторонам, без його згоди, використовувати ідентичні або схожі позначення для товарів і послуг, стосовно яких зареєстрована торговельна марка, так і будь-яка заінтересована сторона має право вживати законні засоби проти будь-якого використання, що є актом недобросовісної конкуренції в значенні, передбаченому ст. 10-bis Паризької конвенції про охорону промислової власності 1883 р., зокрема використання неправдивого (фальшивого) зазначення або такого зазначення, що вводить споживача в оману щодо справжнього місця походження товару.

Окремі аспекти правової охорони географічного зазначення як об'єкта права інтелектуальної власності розглядалися у працях таких українських правознавців, як А. Кодинець, М. Архіпова, Ю. Бошицький, О. Підпригора, Є. Харитонов, Р. Шишка. Цих питань торкалися також практики Г. Андрощук, І. Дармограй, С. Дмитрієва, І. Кожарська, А. Медведєв, М. Паладій та ін. Серед російських учених слід згадати С. Горленко, В. Дозорцева, Є. Мамюфу, С. Шатрова.

Зважаючи на велике різноманіття національних законів і правових норм, у цій статті ми розглядатимемо тільки положення міжнародних угод щодо співвідношення прав на торговельні марки та географічні зазначення, конфлікти між ними і принципи їх вирішення.

Основними міжнародно-правовими актами у сфері, що розглядається, є Лісабонська угода про захист зазначень місця походження виробів та їх міжнародної реєстрації 1958 р. (далі – Лісабонська угода) та Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності 1994 р. (далі – Угода ТРІПС), які оперують різним термінологічним апаратом.

Лісабонська угода закріплює дефініцію «найменування місця походження» (*appellation of origin*) і тлумачить її як географічну назву країни, району або місцевості, яка використовується для позначення виробу, що походить з цієї місцевості, якість і властивості якого визначаються виключно або суттєвою мірою географічним середовищем, у тому числі природними й етнографічними факторами [1, с. 9].

Угода ТРІПС вживає поняття «географічне зазначення» (*geographical indication*), яке формулює як зазначення, що визначають товар як такий, що походить із території країни-учасниці, регіону або місцевості на її території; при цьому особлива якість, репутація або інші характеристики такого товару знач-

ною мірою пов'язані з його географічним походженням [1, с. 37].

Аналіз дефініцій «географічне зазначення» та «найменування місця походження» свідчить про їх близькість. Лісабонська угода передбачає, що відомство будь-якої країни – учасниці Лісабонської угоди зобов'язане надавати охорону найменуванню місця походження, зареєстрованому на міжнародному рівні, якщо воно не заявило протягом одного року з дати отримання повідомлення про міжнародну реєстрацію, про те, що не може гарантувати в цій країні охорону даного найменування, – ст. 5 (3).

На практиці трапляється, що назві місця походження, яка одержала міжнародну реєстрацію, відмовлено в охороні у країні – учасниці Лісабонської угоди через те, що така назва вважається родовим терміном у цій країні або через те, що з нею конфліктуватимуть існуючі пріоритетні права [1, с. 19]. Якщо заява, згідно із ст. 5 (3), що стосується даного найменування місця походження, що отримало міжнародну реєстрацію, не була зроблена, це найменування місця походження охороняється згідно зі ст. 3. Крім того, ст. 5 (6) передбачає, що у випадку, якщо найменування, яке охороняється в країні після його міжнародної реєстрації, вже використовується третіми сторонами в даній країні з дати, передуючої повідомленню про таку реєстрацію, таким третім сторонам може бути надано право використовувати зазначене найменування місця походження протягом додаткового дворічного терміну після закінчення одного року, протягом якого можна зробити заяву згідно із ст. 5 (3), до того, як таке використання слід припинити. Іншими словами, Лісабонською угодою встановлено дворічний строк для припинення колізійного товарного знака. Таким чином, якщо чинне право на товарний знак вступає у конфлікт із пізніше зареєстрованим найменуванням місця походження, то право на товарний знак має бути припинено протягом наступних двох років [2, с. 105]. Закріплення зазначеного правила, на думку науковців, стало однією з причин низької популярності Лісабонської угоди серед міжнародної громадськості.

Пункт 3 ст. 22 Угоди ТРІПС містить зобов'язання для країни – члена СОТ, *ex officio*, якщо дозволяє її законодавство або на прохання заінтересованої сторони, відмовляти у реєстрації товарного знака або визнавати недійсною реєстрацію товарного знака, який містить або складається з географічного зазначення, стосовно товарів, які не походять

із зазначеної території, якщо використання зазначення у товарному знаку для таких товарів на території цієї країни має характер, що вводить в оману широкий загал щодо реального місця походження цих товарів.

Слід зазначити, що йдеться не про всі торговельні марки, а про ті, які складаються із географічних зазначень та застосовуються для маркування товарів, що не походять із відповідної місцевості. Торговельна марка може містити або складатися з географічного зазначення для товарів, які не походять із відповідної місцевості за умови, що таке використання торговельної марки не вводить в оману споживачів щодо справжнього місця походження товару.

Стаття 23 передбачає додаткову охорону географічних зазначень для вин і спиртних напоїв. Так, у реєстрації товарного знака для вин, який містить у собі або складається з географічного зазначення, що ідентифікує вина, або товарного знака для спиртних напоїв, який містить у собі чи складається з географічного зазначення, що ідентифікує спиртні напої, відмовляють або така реєстрація вважається недійсною *ex officio*, якщо це дозволяється згідно із законодавством Члена або на прохання заінтересованої сторони, щодо таких вин чи спиртних напоїв, які не мають цього походження. Таке використання товарних знаків забороняється незалежно від того, вводяться чи ні споживачі в оману щодо справжнього місця походження вин і спиртних напоїв.

У статті 24 Угоди ТРІПС передбачається ряд виключень із зобов'язань країн – членів СОТ відповідно до статей 22 та 23. У пункті 5 ст. 24 зазначається: якщо в країні – члені СОТ подана заява на реєстрацію чи товарний знак був добросовісно зареєстрований або якщо права на товарний знак отримані завдяки добросовісному використанню до дати застосування положень Угоди ТРІПС у цій країні або до того, як географічне зазначення одержало захист у країні свого походження, права на реєстрацію чи чинні права на зареєстрований товарний знак або право використовувати товарний знак не повинні ущемлятися на тій підставі, що товарний знак ідентичний із географічним зазначенням або подібний до нього [3, с. 101].

Товарний знак не може бути визнаний недійсним на підставі його тотожності або схожості з географічним зазначенням, якщо з дати його реєстрації чи використання пройшло п'ять років і він став широко відомим у країні – члені СОТ (п. 7 ст. 24 Угоди ТРІПС). Крім того, п. 3 ст. 24 передбачає як загальне

правило те, що при впровадженні положень ч. II розділу 3 Угоди ТРІПС країни – члени СОТ не повинні послаблювати охорону географічних зазначень, що існувала на території цієї країни – члена СОТ безпосередньо до дати набрання чинності Угодою СОТ.

Запит відповідно до розділу 3 ч. II Угоди ТРІПС у зв'язку із використанням або реєстрацією товарного знака (ймовірно, запит про заборону використання або про визнання недійсною реєстрації торговельної марки, що конфліктує з географічним зазначенням) повинен бути поданий протягом строку, передбаченого ст. 27 (п'ять років після того, як факт використання іншою особою зазначення, що охороняється, стало широко відомим на території Члена або після дати реєстрації товарного знака на території цього Члена за умови, що товарний знак був опублікований на цю дату, якщо така дата передує даті, коли факт використання іншою особою став відомим на території цього Члена за умови, що географічне зазначення не було використане або зареєстроване недобросовісно).

Угода ТРІПС створює правові рамки для вирішення конфліктів між географічними зазначеннями та торговельними марками з урахуванням дати набуття чинності Угоди ТРІПС для країн – членів СОТ, початку охорони географічних зазначень у країнах їх походження та часу набуття *bonafide* (добросовісних) прав на товарні знаки відносно позначень, які є ідентичними або подібними до географічних зазначень і застосовуються до товарів, для яких відповідне географічне зазначення є захищеним.

Разом із тим, виключеннями у ст. 24 частини II Угоди ТРІПС передбачені витончено збалансовані шляхи дозволу співвідношень прав на географічне зазначення та товарні знаки. Загалом, аналіз угоди ТРІПС дає підстави для висновку, що в ній закріплюється пріоритет права власників товарних знаків.

Однорідні товари, позначені єдиною географічною назвою у формі торговельної марки та у вигляді географічного зазначення, можуть мати різні ступінь якості та властивості. Постраждає у цьому випадку споживач, який не завжди може відрізнити товари різної якості, позначені однаковим чи подібним позначенням. Як зазначалося Міжнародною асоціацією з охорони інтелектуальної власності (AIPPI) на Конгресі у Гетеборзі у 2006 р. основним принципом у врегулюванні колізії між торговельною маркою та географічним зазначенням має бути принцип *qui prior est tempore, potior est jure* (хто перший у часі – той сильніший у праві) з метою недопущен-

ня ситуації введення громадськості в оману або незаконного присвоєння чужої репутації (раніше зареєстрованої торговельної марки або географічного зазначення, яке здобуло правову охорону), однак з урахуванням таких факторів: репутації засобів індивідуалізації, тривалості, сумлінності їх використання, ймовірності та ступеня плутанини.

У разі первинної реєстрації географічного зазначення тотожне позначення може отримати правову охорону у формі торговельної марки лише після одержання заявником права на використання такого зазначення. Якщо ж має місце протилежна ситуація, то права власника торговельної марки мають бути збережені, але уповноважений суб'єкт позбавляється можливості забороняти використання подібного до знака позначення у формі зареєстрованого географічного зазначення. Інший підхід до вирішення цього питання буде суперечити положенням Угоди ТРІПС.

Висновки

На початку третього тисячоліття ще не вдалося створити досконалого правового за-

безпечення та запровадити контроль таких об'єктів інтелектуальної власності, як географічне зазначення та торговельна марка. Для вирішення зазначеної проблеми потрібна уніфікація українського законодавства в аналізованій нами сфері відповідно до вимог законодавчих актів ЄС.

Кожний конфлікт, що виникає, необхідно розглядати в індивідуальному порядку. Важливо забезпечити однаковий рівень захисту для географічних зазначень і торговельних марок, оскільки за кожним із цих засобів індивідуалізації стоять права їх власників/користувачів.

Список використаних джерел

1. Кодинець А. О. Право на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг. – К., 2007. – 267 с.
2. Архипова М. І. Проблеми адаптації законодавства України щодо географічних зазначень відповідно до угоди про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) // Університетські наукові записки. – 2005. – № 24. – С. 102–107.
3. Покрещук О. Деякі міжнародно-правові положення вступу України в СОТ // Вісник академії правових наук України. – 2001. – № 21. – С. 104–113.

Стаття надійшла до редакції 18.01.2013 р.

This article is devoted to the research of a balance between trademarks and geographical indications in the international legal level, possible conflicts between them and principles of their solution.

Статья посвящена исследованию соотношения прав на товарные знаки и географические указания на международно-правовом уровне, возможных конфликтов между ними, принципов их решения.



УДК 346.1

Володимир Устименко,*д-р юрид. наук, професор,***Ольга Кучер,***аспірантка,**молодший науковий співробітник**Інституту економіко-правових досліджень**Національної академії наук України*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПЛАНУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ КНР

У статті розглядається досвід господарських реформ КНР, який свідчить про те, що механізм правового забезпечення планування господарської діяльності КНР є ефективним, адже економічні перетворення в країні спрямовані на застосування ринкових механізмів із збереженням державного регулювання економіки.

Ключові слова: план, ринок, система планування, механізм планування, правове забезпечення.

У публіцистичній, а нерідко й у науковій, літературі під впливом прихильників ідей ринкового фундаменталізму в економіці після проголошення незалежності України зазначалося, що план і ринок взаємовиключні поняття, оскільки, на їх думку, планова економіка не враховувала ринкових принципів. Однак уважне вивчення проблеми свідчить, що це не повною мірою відповідає дійсності, оскільки взаємне проникнення принципів економічних систем, які існували під час планового ведення господарства, мало місце. Більшість розвинутих країн світу давно використовували значний позитивний досвід планового регулювання економіки СРСР [1, с. 79].

У сучасних умовах взаємодія плану та ринку розглядається такими провідними китайськими економістами й юристами як Чжоу Сінчжень, Лю Гогуан, Лі Цзі Шень, як два абсолютно рівноцінні та взаємодоповнюючі поняття. Ринок супроводжується затяжними спадами попиту, інфляції, безробіття. Не може він ліквідувати і такі негативні явища, як поляризація населення за доходами, нерівномірний регіональний розвиток, екологічні та техногенні катаклізми. Ринок сам собою ніколи не забезпечує задоволення всіх загальнодержавних і суспільних потреб, а реагує лише на ті, що виявляються через платіжний попит. Ці негативи можуть бути компенсовані лише за допомогою втручання держави у ринкові процеси, як це і відбувається у більшості країн світу.

Метою цієї статті є вивчення деяких аспектів механізму правового забезпечення системи планування в КНР.

Ідея «ринкового планування», спрямована на створення механізму, який би орієнтував на ринок і пов'язував інтереси підприємців та суспільства. Суть ідеї «ринкового планування» полягає в тому, щоб розглядати план не як показник, якого потрібно досягти, а як досягнутий рівень, на який слід орієнтуватися та використовувати як базис поступального розвитку. Досягнутий рівень – база планування, оскільки суспільство не може йти від того, чого воно ще не досягло [2, с. 197]. Необхідно відштовхуватися від досягнутих параметрів в економіці та рухатися далі в удосконаленні виробничих відносин, підвищенні рівня технологічного розвитку шляхом застосування науки у виробництві, використання накопиченого досвіду.

Істотна відмінність системи планування в КНР від процесу розвитку індикативного планування в розвинутих країнах характеризується тим, що в розвинутих економіках у рамках державного регулювання доводилося знову створювати та впроваджувати елементи планування, які за своєю суттю не притаманні ринковій системі, але стали їй необхідними. У КНР навпаки в існуючу соціалістичну систему планування поступово «вбудовувалися» ринкові механізми, які видозмінили методи та способи реалізації планів, що розроблялися.

Реформування в КНР відбувалося не стихійно, не за рекомендаціями іноземних експертів, а згідно із власною довгостроковою стратегією, яка охоплює економічну систему, соціальні проблеми, проблеми національної безпеки в умовах відкритості країни зовнішньому світу. Стратегічні напрями реформ координуються за допомогою системи планування [3, с. 8]. Найважливішою умовою ефективності китайських реформ, безумовно, було те, що держава на всіх етапах контролювала ринкові процеси в країні. І досі в арсеналі держави залишаються методи прямого та непрямого регулювання, адміністративного впливу. Під її впливом і контролем знаходяться і вочевидь будуть знаходитись у найближчому майбутньому більшість елементів створюваної ринкової інфраструктури.

Розвиток системи планування в КНР пов'язаний із змінами базових принципів функціонування економіки, що полягають у поступовому відході від командно-розподільчих механізмів у бік ринкових. Ці зміни торкнулися практично всіх сфер соціально-економічного життя, у тому числі реформування існуючих інститутів (інститут власності, державного управління, законодавчо-правової бази) і створення нових. КНР займається плануванням економіки вже понад 50 років; плани розроблялися як в період планової економіки, так і в умовах «соціалістичної ринкової економіки». Перші плани забезпечували великомасштабне господарське будівництво з 1953 р., при їх розробленні використовувався досвід планування Радянського Союзу. Незалежно від річного або п'ятирічного терміну, вони носили назву «народногосподарський план».

Процес заміщення командно-розподільчих механізмів ринковими відбувався, на думку провідних китайських фахівців, відповідно до територіально-галузевого принципу [4, с. 150]:

- «територіальний» охоплює спочатку ринкові механізми спеціальних економічних зон і прибережних районів КНР і лише потім поступово поширює їх углиб країни;

- «галузевий» означає, що ринкові відносини почали поступово розвиватися спочатку в аграрній сфері, малому та середньому бізнесі, сфері послуг та експортному виробництві, а потім почали поширюватися на інші галузі економіки.

Сучасна система планування КНР передбачає багаторівневе управління за допомогою використання двох методів планування – прямого та непрямого, з урахуванням відмінностей у формах власності. Комплексне зба-

лансування – основний метод розроблення планів. Держава здійснює комплексне збалансування суспільного виробництва та суспільних потреб. Господарська діяльність включена в загальнодержавний план у різних непрямих формах і знаходиться під дією, яка спрямовується державним планом, або ж самостійно планується низовими плановими органами відповідно до суспільних потреб і змін, що відбуваються на ринку, в рамках, встановлених державним планом, і знаходиться під його контролем [5, с. 231].

Механізм планування в КНР – це єдина цілісна система, що складається з планів не тільки різних рівнів, а й різноманітної тривалості – довгострокові (10–20 років), середньострокові (5 років), річні. *Довгостроковий план* є документом програмного характеру, який відображає стратегію розвитку економіки, науки та техніки, соціальної сфери. Його основне завдання полягає в розробленні цієї стратегії на період дії плану відповідно до наукових прогнозів, визначених темпів економічного розвитку, основних показників, основних об'єктів будівництва, встановленої економічної політики, основних заходів щодо реалізації плану. Довгостроковому плануванню відводиться провідне місце в системі народногосподарського планування. Китайські фахівці пояснюють це такими обставинами:

- розроблення довгострокового плану сприяє максимальному використанню результатів науково-технічного прогресу. Тільки в довгостроковому плані можна з достатньою мірою достовірності дати прогнозні оцінки майбутніх проривів у науці та техніці на тривалу перспективу, визначити ступінь їх впливу на розвиток економіки;

- складання довгострокових планів сприяє вдосконаленню виробничої, технологічної та територіальної структури виробництва, а також підтримці сприятливого економічного середовища;

- довгостроковий план покликаний відігравати важливу роль у мобілізації та стимулюванні активності населення країни.

Середньострокові (п'ятирічні) плани є сполучною ланкою між довгостроковими та річними планами. В останніх здійснюється конкретизація завдань довгострокової стратегії. Середньостроковий (п'ятирічний) план є основною формою організації виробництва, будівництва та соціальної сфери. У середньостроковому плані особливе значення має опрацювання таких аспектів [6, с. 24]:

- темпів економічного зростання;
- основних пропорцій, що складаються в економіці країни;

- основних показників розвитку національної економіки;
- масштабів, напрямів та ефективності капітальних вкладень;
- ключових проблем розвитку, впровадження досягнень науково-технічного прогресу;
- середнього рівня життя міського та сільського населення країни;
- рівня комплексного використання природних ресурсів і ступеня захисту навколишнього середовища від забруднення;
- рівня народжуваності та природного приросту населення;
- найважливіших напрямів економічної та науково-технічної політики держави;
- основних заходів із забезпечення виконання плану.

Існуючий порядок складання народно-господарських планів передбачає рух інформації «зверху–вниз», «знизу–вгору», а також поєднання цих двох підходів. Як правило, при складанні довгострокових і середньострокових планів інформація рухається «двічі вниз, один раз вгору», оскільки спочатку Державна Рада розробляє планові показники та контрольні (рекомендаційні) цифри, потім адміністрації на рівні регіонів представляють вищим органам (міністерствам) свої проекти планів і, нарешті, Державний плановий комітет за допомогою комплексних балансів розробляє проект народногосподарського плану економічного та соціального розвитку.

Процедура складання плану виглядає таким чином: спочатку Комісія з економічних реформ у поєднанні з розробками довгострокового плану розроблюють річні та п'ятирічні плани; у них визначається коли й як проводити ті чи інші господарські заходи; попередньо збираються пропозиції та відповідна інформація з провінцій; складаються три варіанти кожного з таких планів: прискорений, середній та уповільнений; по кожному з варіантів обчислюються витрати на їх здійснення, оцінюються всі «за» і «проти»; кожен варіант обговорюється з ученими, представниками підприємств, відомств і регіонів.

Після відповідного доопрацювання всі три варіанти направляються на розгляд Державної Ради, яка після обговорення та доопрацювання представляє остаточний варіант Всекитайським зборам народних представників (далі – ВЗНП). Однак схвалений ВЗНП план не є директивою. Це тільки орієнтир на перспективу. Кожна адміністрація регіону і кожне міністерство на його основі складають свій власний план, в якому можуть передбачити більш швидку або більш повільну ре-

алізацію тих чи інших господарських заходів залежно від конкретної ситуації в регіоні або галузі. Для координації роботи співробітники Комісії з економічних реформ виїжджають на місця. Після затвердження планів соціально-економічного розвитку й економічної реформи Державна Рада щомісяця розглядає хід їх здійснення та вживає необхідних заходів із регулювання соціально-економічних процесів на макrorівні, у тому числі змін у нормативній базі [7].

Китайські вчені виділяють два шляхи правового забезпечення економічного планування:

загальнодержавне планування на основі програм соціально-економічного розвитку. Прикладом такого планування є 10-й п'ятирічний план соціально-економічного розвитку КНР (на 2001–2005 рр.), який ставив таку мету для адміністрацій провінцій, як «п'ятирічна міська зайнятість і передача робочої сили в сільськогосподарську сферу». Відповідно до положень цього документа необхідно було досягти показника – 40 мільйонів осіб сільської зайнятості, рівня зареєстрованого міського безробіття близько 5% і «заохочення розвитку інноваційних малих та середніх підприємств різних форм власності». З цієї метою у 2002 р. у КНР був спеціально розроблений Закон «Про стимулювання малого та середнього підприємництва» [8]. Таким чином, програмні цілі та завдання 10-го п'ятирічного плану соціально-економічного розвитку КНР формують правове забезпечення економічного планування;

планування в окремих галузях економіки, яке забезпечується нормативно-правовими актами, що розробляються на основі принципів економічної політики або економічного планування. Так, законодавство про комерційні банки передбачає специфічні засоби економічного регулювання їх діяльності шляхом встановлення процентних ставок і резервів. Центральний банк не визначає конкретні процентні ставки й обсяг резервів для комерційних банків, але вимагає від них діяти відповідно з розробленими приписами на різні періоди. Тобто після того, як Центральний банк (Народний банк Китаю) визначить макроекономічну політику за плановими цілями для різних періодів, він встановлює процентні ставки, резерви та повідомляє про це комерційні банки. Таким чином він робить мету та завдання загальнодержавного плану досяжними [9, с. 14].

Підготовка господарських рішень із питань, що виникають у процесі реалізації завдань держави в народному господарстві, й

їх правове забезпечення здійснюються в декілька етапів. Спочатку проводиться експериментальна перевірка запропонованих нововведень. При позитивному результаті експерименту приймається відповідне урядове рішення, що забезпечує його широке впровадження. Остаточні економічні відносини, що вже реально склалися, закріплюються законом. Тільки після накопичення позитивного досвіду протягом ряду років ставиться завдання про внесення відповідних змін до Конституції, якщо це потребує вирішення проблем регулювання відносин на конституційному рівні.

Весь регуляторний процес можна охарактеризувати наявністю досить великого обсягу підзаконних актів, а також індивідуально-визначених нормативно-правових актів, які спрямовані на виконання певних цілей. Розвиток китайського законодавства на сучасному етапі є досить зваженим. Так, багато нормативних актів приймаються як тимчасові положення. Крім того, китайський законодавець вважає за необхідне для оперативного вирішення проблем, що виникають у господарській практиці, приймати окремі закони. Правові акти у КНР переважно носять цільовий характер і регламентують порівняно вузьке коло питань, що дозволяє забезпечити поступовий рух суспільних відносин в економіці.

Вивчення тенденцій розвитку права КНР свідчить, що китайські фахівці все частіше приходять до необхідності розроблення окремого закону про економічне планування. При цьому слід зазначити, що раніше в процесі поширення відносин, притаманних ринковій економіці, державне регулювання ринку було поступово послаблено, а певний час по тому ринкове регулювання економіки виявило свої недоліки та «зайву свободу», що викликало серію «фінансових азіатських криз». Таким чином, питання про необхідність макроекономічного контролю знову було поставлено на порядок денний. Протягом часу цей процес то набував більшу значимість, то втрачав свою актуальність; при цьому державний план слугував основою створення нових відносин, тобто відносин економічного планування [9, с. 12].

Порядок складання всіх видів планів виходить з вимоги «управляти державою на основі закону». Всього визначено п'ять етапів планування в КНР [7]:

складання програм. Державна Рада КНР пропонує остаточний варіант проекту програми ВЗНП. Затверджений ВЗНП план направляється у відомства, що відповідають за планування; вони, у свою чергу, складають

проект програми на підставі вимог Державної Ради КНР;

складання плану по основних об'єктах. Такі плани складаються відомствами, що займаються плануванням державного розвитку, та місцевими органами влади. Вони спільно визначають на основі прогнозу економічного розвитку попит і пропозицію на ринку, основні об'єкти для планування;

складання галузевих програм. Відомства Державної Ради КНР складають галузеві програми, які повинні бути пов'язані одна з одною. Галузеві відомства вносять поправки в програму, а після доопрацювання вона затверджується відповідним відомством;

складання регіональних програм. Місцеві планові міністерства відповідають за складання проекту програми, який повинен бути пов'язаний із державною програмою економічного розвитку. До затвердження проект програми регіонального розвитку узгоджується з програмою будівництва основних об'єктів на місцях, програмою розміщення основних об'єктів розвитку природних ресурсів та інших об'єктів. Після цього програма обговорюється та затверджується на засіданні місцевих зборів народних представників і направляється у відповідні відомства;

виправлення в усіх видах програм. Після направлення затверджених програм їх не можна довільно змінювати як організаціям, так і окремим особам. Всі поправки повинні носити регулюючий характер.

Проведений аналіз свідчить, що планування є однією з найважливіших регулюючих функцій держави та вимагає глибокого вивчення. За минулі роки КНР вдалося за допомогою правових засобів створити ефективну функціонуючу систему економіки. Сформовані існуючою правовою системою КНР механізми управління та контролю економіки в цілому здатні локалізувати негативні явища. На тлі періодично виникаючих у світовій економіці фінансових криз побудова більш раціональної моделі економічного розвитку, стимулювання ефективного використання різних ресурсів на плановій основі стає ще більш необхідним і важливим.

Досвід господарських реформ КНР свідчить, що економічні перетворення в країні проводяться із застосуванням ринкових механізмів і збереженням державного регулювання економіки. У країні створена багатоукладна економіка, в якій функціонують державний сектор, індивідуальний і приватний, а також сектор, заснований на зарубіжному капіталі. Створені умови для розвитку різноманітних форм господарювання, одночас-

но з ринком споживчих товарів формуються ринки засобів виробництва, цінних паперів, праці тощо. Слід зазначити, що перехід до ринкової економіки спрямований не на демонтаж планової системи, а поєднання ринкових відносин із плановими засадами. Перехід же повинен здійснюватися від командних методів управління економікою до ринкових, від директивного планування – до індикативного. При цьому планування має відігравати суттєву роль в економіці КНР.

Лібералізацію необхідно здійснювати поступово, переходячи від одного етапу до іншого, без «шокової терапії».

На думку китайських економістів та юристів, твердження про те, що соціалістична економіка не сумісна з товарним господарством і ринковим регулюванням, помилкове. Можна впроваджувати ринкові відносини, розвивати товарне господарство, створювати механізм функціонування соціалістичної економіки на основі плану та ринку. Можливість органічного поєднання планового та ринкового регулювання доводить китайська економічна модель. План і ринок не є елементами, що регулюють різні галузі народного господарства; вони злиті воедино та регулюють господарську діяльність на різних рівнях: план – на макрорівні, а ринок – на мікрорівні.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що система планування має стратегічне значення та відіграє вирішальну роль у розвитку економіки КНР і багатьох країн світу. Стратегічні концепції довгострокового та середньострокового планування реалізуються через річні плани, перетворюються на практичні плани з чіткими завданнями, цілісними показниками, конкретними заходами. Одночасно річні плани виконують роль зворотного

зв'язку. Державні планові органи КНР мають можливість відповідно до нової ситуації та проблем, що виникають у процесі реалізації річного плану, переглядати п'ятирічні плани з тим, щоб вони в більшому ступені відповідали реальній дійсності. Все це дозволяє КНР мати стабільні темпи росту економіки, як в умовах стабільного світового економічного розвитку, так і в періоди кризових явищ.

Список використаних джерел

1. Мамутов В. К. Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности. – К., 1982. – 238 с.
2. Кочурова Л. И. Концепция рыночного планирования // Философия хозяйства. – 2004. – № 6. – С. 194–198.
3. Павловский М. Опыт Китая – уроки Украине // Голос Украины. – 1997. – № 34. – С. 8–9.
4. Михеев В. Эволюция социально-экономической модели Китая // Общество и экономика. – 2000. – № 3–4. – С. 148–189.
5. Тимощук М. Індикативне планування: зарубіжний досвід та перспективи його застосування в Україні // Регіональна економіка. – 2005. – № 3. – С. 230–236.
6. Попова Е. Індикативное планирование как основной метод формирования долгосрочной социально-экономической стратегии России // Инновации. – 2008. – № 9. – С. 15–27.
7. Кузык Б. Н., Кушлин В. И., Яковец Ю. В. Прогнозирование, стратегическое планирование и национальное программирование. – М., 2008. – 574 с.
8. Чэн Сывэй. О плане развития Китая в системе «социалистической рыночной экономики» // Учебная газета об общегосударственном управлении. – 2004. – № 2.
9. Ян Юньцзо, Фань Шуан. Экономическое планирование в Китае с точки зрения юриспруденции // Учение о праве управления. – 2010. – № 3. – С. 12–20.

Стаття надійшла до редакції 09.01.2013 р.

The present paper considered the experience of China's economic reforms, which suggests that the mechanism of legal support business planning in the People's Republic of China is an effective because economic reforms in the country focused on the use of market mechanisms for the conservation of state regulation of the economy.

В статье рассматривается опыт хозяйственных реформ КНР, который свидетельствует о том, что механизм правового обеспечения планирования хозяйственной деятельности КНР является эффективным, ведь экономические преобразования в стране направлены на применение рыночных механизмов с сохранением государственного регулирования экономики.



УДК 349.2

Ірина Козуб,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Чернівецького національного університету ім. Юрія Федьковича*

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ ТРУДОВОГО ПРАВА

У статті аналізується зміст основних конституційних принципів трудового права.

Ключові слова: принципи трудового права, свобода праці, свобода трудового договору, рівність трудових прав.

Принципи трудового права мають важливе значення, яке полягає в тому, що саме вони визначають зміст і сутність норм трудового права. На їх основі здійснюється правове регулювання трудових відносин, яке завжди має конкретну мету. Досягнення ж останньої неможливе без дотримання та реалізації принципів права.

Дослідженню принципів трудового права у радянський період присвячено багато досліджень, авторами яких були В. Андрєєв, О. Процевський, О. Смирнов та ін. На сучасному етапі розвитку трудового права науковий інтерес до даної тематики виявляють Н. Гетьманцева, В. Жернаков, О. Лавріненко, В. Щербина, О. Ярошенко та ін.

Метою цієї статті є дослідження змісту конституційних принципів трудового права, з'ясування проблемних питань у даній сфері та можливих шляхів їх вирішення.

Перш за все слід зазначити, що принципи трудового права за джерелом закріплення класифікують на конституційні та ті, що закріплені в інших законах, які регулюють трудові правовідносини.

У Конституції України зазначається, що кожен має право на працю, що передбачає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується (ст. 43). А це означає, що людина вільно розпоряджається своїми здібностями до праці. Свою здатність до праці людина може реалізувати вступаючи у різні правовідносини або ж у відносини, не врегульовані нормами права. Наприклад, свою здатність до праці людина реалізує та використовує щодня перебуваючи дома та виконуючи різного роду побутові обов'язки (обов'язки дружини, мами тощо). Людина також може реалізувати свою здатність до праці вступаючи, наприклад, до цивільно-правових, адмініст-

ративно-правових, трудових правовідносин. Примусити обрати один із можливих варіантів реалізації права на працю людину не може ніхто. Тільки вона вправі зробити такий вибір. Тим більше, що ст. 5¹ Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України гарантує працевдатним громадянам, які постійно проживають на території України, вільний вибір виду діяльності. Так, людина вільно вступає у трудові правовідносини, підставою виникнення яких є такий юридичний факт, як трудовий договір. Людина вільно обирає собі працю або вільно погоджується на неї. Останнє вона здійснює тоді, коли їй таку працю пропонують. Пропонуючи укласти трудовий договір, людині пропонують не просто працю, а конкретну роботу. Отже, принцип свободи праці у трудовому праві конкретизується у принципі свободи трудового договору.

Слід зазначити, що ніхто не може бути примусений до укладення трудового договору. Він укладається на підставі вільного волевиявлення його сторін: працівника та роботодавця. Разом із тим у трудовому законодавстві можна віднайти положення, що свідчать про те, що укладення трудового договору з деякими категоріями працівників роботодавцем має певний примусовий характер, що не притаманно трудовим правовідносинам, які виникають на підставі трудового договору (наприклад, ст. 14 Закону України «Про зайнятість населення» від 05.07.2012 р., ст. 19 Закону України «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні» від 21.03.1991 р. та ін.). Зокрема, йдеться про осіб, які недостатньо конкурентоспроможні на ринку праці. Для вказаної категорії осіб держава встановлює додаткові гарантії працевлаштування, зміст яких полягає у визначенні обов'язкової квоти та броні для їх працевлаштування. Роботодавці самостійно розраховують останні з урахуванням чисельності громадян, які на умовах повної зайнятості вже

працюють на підприємствах, в установах та організаціях і належать до таких, що неконкурентоспроможні на ринку праці. Роботодавці можуть звернутися за сприянням для працевлаштування даної категорії громадян до центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції.

Виникають слушні запитання: «В чому полягає примус при укладенні трудового договору із зазначеною категорією осіб; в чому полягає обмеження свободи трудового договору?» Справа в тому, що роботодавці за незабезпечення нормативів працевлаштування осіб, які недостатньо конкурентоспроможні на ринку праці, несуть відповідальність у встановленому законодавством порядку. А це вказує на те, що роботодавець, який має право на добір кадрів, усвідомлюючи негативні наслідки непрацевлаштування вказаних осіб, яких він може і не бажати бачити у якості працівників, дещо позбавлений права вільного волевиявлення у укладенні трудового договору з ними. При цьому ми не заперечуємо того, що власник підприємства, установи, організації чи уповноважений ним орган або фізична особа може й бажати укласти трудовий договір із зазначеною категорією осіб. Тобто, з одного боку, наявність обов'язку щодо працевлаштування осіб, які потребують соціального захисту, свідчить про обмеження свободи трудового договору, з іншого – держава не встановлює для роботодавця обов'язку із працевлаштування конкретної людини, а передбачає норматив для працевлаштування недостатньо конкурентоспроможних осіб на ринку праці, в межах якого роботодавець вільний у виборі та підборі кадрів та у свободі укладення трудового договору з тією людиною, яку він бажає працевлаштувати із визначеного державою нормативу.

З приводу обмеження свободи трудового договору зазначимо, що в науці трудового договору, крім зазначеного прояву обмеження свободи трудового договору, називають ще й такі:

стан здоров'я працівника. Відповідно до Закону України «Про охорону праці» від 14.10.1992 р. працівнику не може пропонуватися робота, яка за медичним висновком протипоказана йому за станом здоров'я. До виконання робіт підвищеної небезпеки та тих, що потребують професійного добору, допускаються особи за наявності висновку психологічної експертизи;

стать працівника. Відповідно до прямої вказівки ст. 43 Конституції України та її деталізації у КЗпП України (ст. 174) забороняється застосування праці жінок на важких роботах і на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, а також на підзем-

них роботах, крім деяких видів підземних робіт (нефізичних робіт або робіт із санітарного та побутового обслуговування). Це положення, на нашу думку, певним чином обмежує вільний вибір праці або вільне погодження на працю жінки. Адже, якщо держава проголосила принцип свободи праці, то заборону використовувати працю жінок на вказаних роботах вона не повинна була встановлювати. Така вказівка суперечить принципу свободи праці та значно обмежує свободу трудового договору. Жінка або чоловік самі вирішують працювати їм на вказаних роботах або не працювати. Пряма ж вказівка у законодавстві на заборону використання праці жінок на вказаних роботах позбавляє жінку права на вільний вибір виду трудової діяльності та реалізації права на працю;

наявність близьких родинних зв'язків. Відповідно до КЗпП України власник вправі запроваджувати обмеження щодо спільної роботи на одному і тому ж підприємстві, в установі, організації осіб, які є близькими родичами чи свояками (батьки, подружжя, брати, сестри, діти, а також батьки, брати, сестри і діти подружжя), якщо у зв'язку з виконанням трудових обов'язків вони безпосередньо підпорядковані або підконтрольні один одному. На підприємствах, в установах, організаціях державної форми власності порядок запровадження таких обмежень встановлюється законодавством. Зокрема, згідно із Законом України «Про державну службу» від 16.12.1993 р. не допускається призначення осіб на посади державної служби, на яких вони будуть безпосередньо підпорядковані близьким особам. Перебування у таких відносинах є однією із додаткових підстав для розірвання трудового договору з ініціативи власника або уповноваженого ним органу, адже відповідно до п. 4 ст. 41 КЗпП України останній може розірвати трудовий договір у випадках перебування всупереч Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. перебування у безпосередньому підпорядкуванні у близької особи;

обмеження права на реалізацію права на працю шляхом укладення окрім основного й трудового договору про сумісництво. Згідно з п. 4 Положення про умови роботи за сумісництвом працівників державних підприємств, установ та організацій, затвердженого наказом Міністерства праці, Міністерства юстиції та Міністерства фінансів України від 28.06.1993 р., керівники державних підприємств, установ, організацій, їх заступники, керівники структурних підрозділів державних підприємств, установ, організацій (цехів, відділів, лабораторій тощо) та їх заступники не мають права працювати за сумісництвом (за винятком наукової, викладацької, медичної

та творчої діяльності). Також обмеження на сумісництво можуть запроваджуватися керівниками державних підприємств, установ і організацій разом із профспілковими комітетами лише щодо працівників окремих професій і посад, зайнятих на важких роботах, на роботах із шкідливими або небезпечними умовами праці, додаткова робота яких може призвести до наслідків, що негативно позначаються на стані їх здоров'я та безпеці виробництва. Обмеження також поширюються на осіб, які не досягли 18 років, вагітних жінок. Разом із тим такі обмеження стосуються тільки працівників державних підприємств, установ та організацій.

Свобода праці та трудового договору в трудовому законодавстві відображається також у праві працівника звільнитися за власним бажанням, тобто за своєю ініціативою, незалежно від будь-яких обставин (ст. 38 КЗпП України). При звільненні за згодою сторін (п. 1 ст. 36 КЗпП України) свобода трудового договору проявляється як вияв волі обох сторін трудового договору.

Стаття 43 Конституції України передбачає, що використання примусової праці забороняється. Не вважається примусовою працею військова або альтернативна (невійськова) служба, а також робота чи служба, що виконується особою за вироком чи іншим рішенням суду або відповідно до законів про воєнний і надзвичайний стан. Іншими словами, ніхто не може бути примушений до праці. Не є також примусовою або обов'язковою праця, що виконується особами з лікувальними цілями (так звана працетерапія як один із прийомів лікування психічнохворих осіб). Між психічнохворою людиною й її лікарем (лікувальним закладом) не виникають відносини з використання здатності до праці (точніше – до роботи) останньої. Працетерапія спрямована на лікування й тому не є підставою для виникнення трудових правовідносин.

Заборона примусової праці у трудовому праві виключає можливість власника або уповноваженого ним органу вимагати від працівника роботи, не обумовленої трудовим договором (ст. 31 КЗпП України), а також переведення працівника на іншу роботу на тому ж підприємстві, в установі, організації, переведення в іншу місцевість, хоча б разом із підприємством, установою, організацією без згоди працівника (ч. 1 ст. 32 КЗпП України).

Принцип рівності конституційних прав, визначений ст. 24 Конституції України та відображений у КЗпП України у вигляді принципу рівності трудових прав громадян України. Так, відповідно до ст. 21 КЗпП України забезпечує рівність трудових прав усіх громадян незалежно від походження, соціального та майнового стану, расової, національної

приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, роду та характеру занять, місця проживання й інших обставин. В Основному Законі наголошується, що рівність прав жінки та чоловіка забезпечується наданням жінкам рівних із чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти та професійній підготовці, у праці та винагороді за неї, спеціальними заходами щодо охорони праці і здоров'я жінок, встановленням пенсійних пільг, створенням умов, які дають жінкам можливість поєднувати працю з материнством, правовим захистом, матеріальною та моральною підтримкою материнства і дитинства, у тому числі наданням оплачуваних відпусток та інших пільг вагітним жінкам і матерям (ст. 24).

Гендерній рівності присвячено чимало змін у трудовому законодавстві. Зокрема, внесені зміни до Закону України «Про колективні договори і угоди» від 01.07.1993 р., КЗпП України та ін. Такі зміни пов'язані з прийняттям Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» від 08.09.2005 р. У ньому визначено, що рівні права жінок і чоловіків – це відсутність обмежень чи привілеїв за ознакою статі, а гендерна рівність – рівний правовий статус жінок і чоловіків та рівні можливості для її реалізації. Крім того, рівні можливості жінок і чоловіків – це рівні умови для реалізації рівних прав жінок і чоловіків. Уперше визначене поняття «сексуальні домагання», що передбачає дії сексуального характеру, виражені словесно (погрози, залякування, непристойні зауваження) або фізично (доторкання, поплескування), що принижують чи ображають осіб, які перебувають у відносинах трудового, службового, матеріального чи іншого підпорядкування. Статтею 16 зазначеного Закону встановлено, що керівники органів державної влади й органів місцевого самоврядування зобов'язані забезпечити рівний доступ громадян до державної служби і служби в органах місцевого самоврядування відповідно до кваліфікації та професійної підготовки незалежно від статі претендента.

Статтями 17–19 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» передбачені норми, які повинні забезпечити рівні права та можливості жінок і чоловіків у праці й одержанні винагороди за неї. Зокрема, встановлено, що роботодавець зобов'язаний забезпечувати жінкам і чоловікам рівні права та можливості у працевлаштуванні, просуванні по роботі, підвищенні кваліфікації та перепідготовці. Він зобов'язаний також забезпечувати жінкам і чоловікам можливість суміщати трудову діяльність із сімейними обов'язками; здійснювати

рівну оплату праці жінок і чоловіків при однаковій кваліфікації й однакових умовах праці; вживати заходів щодо створення безпечних для життя та здоров'я умов праці; вживати заходів щодо унеможливлення випадків сексуальних домагань.

Роботодавцям забороняється в оголошеннях (рекламі) про вакансії пропонувати роботу лише жінкам або лише чоловікам, за винятком специфічної роботи, яка може виконуватися виключно особами певної статі, висувати різні вимоги, надаючи перевагу одній із статей, вимагати від осіб, які влаштовуються на роботу, відомості про їх особисте життя, про плани щодо народження дітей. Крім того, передбачено, що в разі колективно-договірного регулювання соціально-трудових відносин (генеральна угода, регіональні та галузеві угоди, колективні договори) угоди (договори) мають включати положення, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків із зазначенням строків реалізації відповідних положень. Передбачено також, що роботодавці можуть здійснювати позитивні дії – спеціальні тимчасові заходи, спрямовані на усунення дисбалансу між можливостями жінок і чоловіків реалізовувати рівні права, надані їм Конституцією і законами України. Встановлюючи принцип гендерної рівності та забороняючи дискримінацію за ознакою статі, під якою розуміють дію чи бездіяльність, що виражають будь-яке розрізнення, виняток або привілеї за ознакою статі, законодавство одночасно містить і такі правові норми, що закріплюють певні пільги та гарантії для жінок, зумовлені особливостями їх біологічної природи, зокрема репродуктивною функцією жіночого організму.

Слід зазначити, що ст. 45 Основного Закону держави встановлений також принцип, що закріплює право на відпочинок. Кожен, хто працює, має право на відпочинок. Однак реалізувати свої здібності до праці людина може як у суспільних відносинах не врегульованих нормами права, так і в правовідносинах. Крім того, вказаних правовідносин може бути декілька і вони також можуть належати до різних галузей права. Тому незалежно від того, в яких правовідносинах реалізовує людина право на працю, вона має право на відпочинок. Вказаний принцип є конституційним, що притаманний декільком галузям права (міжгалузевий). Такий принцип деталізується в трудовому праві у вигляді закріплення надання днів щотижневого відпочинку, а також оплачуваної щорічної відпустки, встановленням скороченого робочого дня щодо окремих професій і виробництв, скороченої тривалості роботи у нічний час.

Наступний принцип, закріплений у Конституції України, – право на винагороду за пра-

цю, не нижчу від встановленого державою мінімального розміру (ст. 43). Цей принцип розкривається у нормах законодавства про працю як оплата праці без будь-якої дискримінації та не нижче встановленого мінімального розміру. При цьому оплата залежить від особистого внеску працівника й якості його праці.

Важливий принцип забезпечення права працівників на об'єднання, у тому числі право створювати профспілки для захисту своїх інтересів, виражений у ст. 36 Конституції України. Невід'ємною складовою основних прав людини є право створювати профспілки для захисту своїх прав. Цей принцип доповнюється та розкривається у нормах трудового законодавства (глава 16 КЗпП України, Закон України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності»).

Принцип забезпечення права на освіту закріплений у Конституції України (ст. 53), доповнюється та конкретизується відповідним галузевим принципом як право на безоплатне професійне навчання. Так, ст. 51 КЗпП України передбачає, що держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України, безплатне навчання безробітних, перепідготовку в навчальних закладах або у системі державної служби зайнятості з виплатою стипендії. Статтею 34 Закону України «Про зайнятість населення» визначено, що професійне навчання – це набуття та вдосконалення професійних знань, умінь і навичок особою відповідно до її покликання та здібностей, що забезпечує відповідний рівень професійної кваліфікації для професійної діяльності та конкурентоспроможності на ринку праці. Система професійного навчання охоплює осіб, які проходять первинну професійну підготовку в навчальних закладах та інших установах, що здійснюють або забезпечують підготовку кваліфікованих робітників і фахівців; працівників, які проходять первинну професійну підготовку, перепідготовку та підвищення кваліфікації впродовж трудової діяльності; безробітних, які шукають роботу та потребують первинної професійної підготовки, перепідготовки або підвищення кваліфікації.

Принцип судового захисту прав людини та принцип використання будь-яких незаборонених законом засобів захисту своїх прав і свобод від порушень, проголошені ст. 55 Конституції України, у трудовому праві регламентовані у вигляді права на вирішення індивідуального трудового спору шляхом звернення до компетентних органів і колективного трудового спору, включаючи право на страйк, порядок розгляду та вирішення якого врегульовується Законом України «Про по-

рядок вирішення колективних трудових спорів (конфліктів)» від 03.03.1998 р. Звернення до суду за захистом порушених трудових прав є однією з форм захисту трудових прав. Формами захисту, крім звернення до суду, також є звернення до профспілкової організації для врегулювання розбіжностей, що виникли між ним і роботодавцем (у випадку, якщо такий працівник є членом профспілкової організації); звернення до комісії по трудових спорах; звернення до інспекції або органу, що уповноважений здійснювати нагляд і контроль за дотриманням законодавства про працю.

Способами захисту є визнання права; примушення до виконання обов'язку; визнання умов трудового чи колективного договору недійсними; визнання факту укладення трудового договору; відновлення становища, яке існувало до порушення права; відшкодування витрат; відшкодування шкоди; компенсація моральної шкоди; компенсація витрат; виплата матеріальної допомоги; перерахування заробітної плати у зв'язку з індексацією; укладення трудового договору; зміна правовідношення; розірвання трудового договору; зміна формулювання причини звільнення; укладення колективного договору; страйк; визнання наказу, розпорядження або дій власника чи уповноваженого ним органу незаконним, інші способи, передбачені законодавством.

Статтею 49 Конституції України встановлений принцип, змістом якого є право на охорону здоров'я та безоплатну медичну допомогу у державних і комунальних медичних закладах. Його слід розглядати з більш широких позицій концепції соціальної держави, яка покликана взяти на себе реалізацію соціальних функцій, а саме: створення умов, що

забезпечують гідне життя та розвиток людини, охорону праці та здоров'я людини. Із соціальних функцій держави та названих принципів випливає закріплене трудовим законодавством право працівника на здорові та безпечні умови праці, обов'язок роботодавця встановлювати умови, що забезпечують безпеку, захист здоров'я працівника, а у випадку трудового каліцтва чи професійного захворювання – відшкодування шкоди, заподіяної його здоров'ю. Разом із тим передбачена особлива правова охорона праці жінок, молоді, інвалідів, які потребують підвищеного соціального захисту. При цьому державний нагляд і контроль за дотриманням трудового законодавства й охороною праці – одна з важливих гарантій, необхідна для охорони здоров'я працівників, безпеки їх праці.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що Основний Закон держави закріплює такі принципи правового регулювання праці, як свобода праці та можливість вільно розпоряджатися своїми здібностями до праці; заборона примусової праці; забезпечення права на працю в умовах, що відповідають вимогам безпеки та гігієни; забезпечення оплати праці без будь-якої дискримінації та не нижче встановленого державою мінімального розміру; право на професійну освіту; право на об'єднання у професійні спілки й інші громадські організації для захисту своїх прав і законних інтересів; право на відпочинок; право на захист прав і свобод усіма способами, не забороненими законом; принцип рівності трудових прав. Конституційні принципи є визначальними для галузевих і міжгалузевих принципів. Разом із тим галузеві принципи конкретизують останні, доповнюють їх із урахуванням особливостей, що притаманні трудовому праву.

Стаття надійшла до редакції 18.01.2013 р.

The article analyses the meaning of the basic constitutional principles of labour law.

В статье анализируется содержание основных конституционных принципов трудового права.



УДК 349.243;341.1/8

Євгенія Ключова,*канд. юрид. наук, доцент кафедри транспортного права
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ МІЖНАРОДНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ МОРЯКІВ

У статті аналізуються норми міжнародного права щодо врегулювання питань із забезпечення безпеки праці моряків, зокрема положення нової Конвенції про працю в морському судноплаванні, думки експертів щодо доцільності ратифікації цього документа Україною.

Ключові слова: Зведена Конвенція, Конвенція про працю в морському судноплаванні, забезпечення безпеки праці, умови праці.

Питання безпеки праці, захисту праці моряків у світовому судноплаванні є дуже важливими, а тому потребує вдосконалення міжнародного законодавства з цього приводу.

Міжнародна конференція праці на 94-й (морській) сесії прийняла Конвенцію про працю в морському судноплаванні. Прийняття цієї Конвенції є важливим кроком у світовому судноплаванні, оскільки вона покликана замінити 37 діючих документів МОП. Також цей документ, крім захисту прав моряків і забезпечення умов їх роботи, встановлює стандарти якості вантажоперевезень, а також передбачає введення конкретних механізмів контролю.

На думку експертів, Конвенція допоможе налагодити якісне судноплавання, що має важливе значення в умовах глобальної економіки. Конвенція застосовується до всіх моряків, до всіх суден, незалежно від форми власності, які зазвичай займаються комерційним морським судноплаванням, за винятком суден, зайнятих рибним або аналогічним промислом, і суден традиційної побудови (плоскодонні шлюпки та джонки). Конвенція не застосовується до військових кораблів і допоміжних суден військово-морського флоту. Нова Конвенція покликана сприяти дотриманню капітанами та власниками суден на всіх рівнях норм і стандартів праці [1].

Зведена конвенція Міжнародної організації праці (далі – МОП) «Про працю в морському судноплаванні» прийнята 23.02.2006 р. на 94-й сесії Генеральної конференції МОП. Документ проголошений біллем про права моряків і четвертим стовпним законодавства морського судноплавання, доповнюючи міжнародні конвенції: «З охорони людського життя на морі» (СОЛАС), «Про підготовку та дипломування моряків і несення вахти» (ПДМНВ), «Про запобігання забрудненню з суден» (МАРПОЛ 73/78). На заключних засіданнях Конференції оцінка прийнятої Конвенції у виступах делегацій була однозначно позитивною. Зокрема, держави-учасники Конвенції наділяються правом інспектувати в сво-

їх портах судна, що плавають під прапором інших країн, які ратифікували цей документ. Важливим внеском Конвенції є також певна систематизація механізмів захисту прав моряків. Щоб забезпечити виконання Конвенції передбачено суворий режим контролю за її виконанням, який опирається на інститути інспектування та сертифікації.

Конвенція про працю в морському судноплаванні 2006 р. встановлює мінімальні вимоги для майже всіх аспектів умов праці моряків, у тому числі умов найму, тривалості робочого часу та відпочинку, проживання, розміщення, харчування, охорони здоров'я, медичної допомоги, соціального забезпечення та захисту. Вимоги Конвенції повинні дотримуватися неухильно навіть тими судами, які ходять під прапором країни, що не ратифікувала Конвенцію (оскільки держави, які підписали Конвенцію, мають право перевіряти всі судна, що заходять в її порти, на відповідність вимогам Конвенції) [2].

За правилами Міжнародної морської організації (далі – ІМО), приймаючи конвенцію, країна зобов'язана не тільки сама виконувати положення даного документа, а й вимагати цього від морських суден, які заходять в її порти. За таким принципом належить реалізувати Конвенцію про працю в морському судноплаванні. Держави, що ратифікували Конвенцію, зможуть контролювати дотримання її положень на будь-яких судах у своїх портах. Підписані міжнародні документи – меморандуми (Парижський – для європейської частини, Токійський – для азійської частини) і будь-яке судно, що заходить у порт, може бути перевірено інспектором меморандуму. Зараз перевіряють технічний стан, навчання, наявність документів про кваліфікацію [2].

Перед кожною державою стоїть завдання не тільки забезпечити, щоб судна, що плавають під її прапором, відповідали вимогам гідної праці, викладених у Конвенції, а й засвідчували, що ці судна відповідають вимогам щодо умов праці. Конвенція буде спиратися на систему, яка дозволяє

проводити інспекції іншими країнами, що більш відоме як Державний контроль суден (port State control). Існує також механізм, який фіксує скарги моряків, а також механізм звітності, що фіксує порушення, незалежно від того, де знаходиться судно [3].

Після вступу Конвенції про працю в морському судноплаванні 2006 р. у силу кожна держава – учасниця Конвенції вимагатиме, щоб судна, що плавають під її прапором, мали та регулярно підтверджували Свідоцтво про відповідність трудових норм у морському судноплаванні, декларацію про дотримання трудових норм у морському судноплаванні. Декларація повинна містити національні вимоги, що забезпечують виконання положень КТМС-2006 щодо умов праці та життя моряків, і визначати заходи, які вживає судновласник для забезпечення дотримання цих вимог на відповідному судні чи на відповідних судах.

Конвенція 2006 р. про працю в морському судноплаванні складається з трьох різних, але взаємопов'язаних частин: статей, правил і кодексу. У статтях і правилах встановлюються основні права та принципи, а також базові зобов'язання держав-членів, які ратифікували Конвенцію. У кодексі міститься докладна інформація про виконання правил. Він складається з частини А (обов'язкові стандарти) і частини В (факультативні керівні принципи).

Правила та кодекс об'єднані за загальними темами у рамках п'яти розділів:

1. Мінімальні вимоги стосовно праці моряків на борту судна;
2. Умови зайнятості;
3. Житлові приміщення, умови відпочинку, харчування та столове обслуговування;
4. Охорона здоров'я, медичне обслуговування, соціально-побутове обслуговування та захист у галузі соціального забезпечення;
5. Дотримання та забезпечення виконання.

Усі судна валовою місткістю 500 і більше, які здійснюють міжнародні рейси, а також судна валовою місткістю 500 і більше, що плавають під прапором держави-учасниці й експлуатуються в портах або між портами іншої країни, зобов'язані мати і підтверджувати свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні та декларацію про дотримання трудових норм у морському судноплаванні. Кожна держава-член несе відповідальність за забезпечення виконання своїх обов'язків відповідно до цієї Конвенції на судах, що плавають під її прапором [1].

Свідоцтво про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні, доповнене декларацією про дотримання трудових норм у морському судноплаванні, є першочерговим доказом того, що судно піддалося належній інспекції з боку держави-учасниці, під прапором якої воно плаває, що вимоги Конвенції, які стосуються умов праці та життя моряків, дотримуються тією мірою, яка встановлена даними цим свідоцтвом. Кожне іноземне судно, яке заходить у порт держави-учасниці, що ратифікувала Конвенцію, може бути піддано інспекції з метою перевірки

дотримання вимог Конвенції (у тому числі прав моряків), що стосуються умов праці та життя на борту судна.

Уповноважена посадова особа, яка піднялася на борт судна для проведення контролю, перевірки наявності свідоцтва про відповідність трудовим нормам у морському судноплаванні та декларації про дотримання трудових норм у морському судноплаванні, може виявити, що:

- необхідні документи не представлені або не ведуться, або ведуться з використанням недостовірних даних, або подані документи не містять інформацію, яка вимагається згідно з Конвенцією, або не мають сили з якихось інших причин;

- є явні підстави вважати, що умови праці та життя на борту судна не відповідають вимогам цієї Конвенції;

- є розумні підстави вважати, що судно змінило прапор для того, щоб ухилитися від виконання зобов'язань, пов'язаних із дотриманням положень Конвенції;

- надійшли скарги про те, що конкретні умови праці та життя на борту судна не відповідають вимогам цієї Конвенції.

У такому разі проводять більш детальну інспекцію, щоб переконатися в рівні умов праці та життя на борту судна. Така інспекція проводиться в будь-якому випадку, якщо відповідні умови праці та життя моряків, які вважаються неприйнятними, можуть представляти явну загрозу для охорони праці, здоров'я або для безпеки моряків або якщо уповноважена посадова особа має підстави вважати, що будь-які з цих недоліків є серйозними порушеннями вимог Конвенції (у тому числі прав моряків). У результаті проведення ретельнішої інспекції уповноваженою посадовою особою може бути виявлено, що судно не відповідає вимогам Конвенції 2006 р.:

а) умови на борту судна є загрозовими для охорони праці, здоров'я або для безпеки моряків;

б) ця невідповідність є серйозною або має місце кількаразове порушення вимог Конвенції (у тому числі прав моряків).

Тоді уповноважена посадова особа вживає заходи, спрямовані на забезпечення того, щоб судно не виходило в море доки не будуть усунуті невідповідності вимогам пунктів «а» або «б», або поки уповноважена посадова особа не затвердить план дій для усунення таких невідповідностей і не переконається в тому, що цей план буде обов'язково виконаний [1]. Відповідно до цих положень забезпечення Конвенції здійснюватиметься за допомогою:

- контролю держави прапора;
- контролю держави порту;
- обов'язків із забезпечення робочою силою.

Перші два способи контролю вже є звичними для морської галузі. За їх допомогою, наприклад, забезпечується виконання Міжнародної конвенції 1974 р. з охорони людського життя на морі та Міжнародної конвенції 1978 р. про підготовку та дипломування моряків і несення вах-

ти. Третій спосіб контролю є порівняно новим. При цьому контроль держави прапора, як і обов'язок держави-учасниці щодо забезпечення робочою силою, стосується коло осіб, які здійснюють свою діяльність відповідно до законодавства держави-учасниці. Наприклад, це судна під прапором держави-учасниці та служби найму і працевлаштування моряків, які здійснюють свою діяльність на території держави-учасниці. Контроль держави порту спрямований, як правило, на контроль будь-яких суден, що відвідують порти держави-учасниці, незалежно від того, чи ратифікувала Конвенцію держава, під прапором якої вони плавають [4].

Відповідно до п. 1 Стандарту А5.3 «Обов'язки, пов'язані з забезпеченням робочою силою» кодексу Конвенції кожна держава-учасниця забезпечує виконання вимог Конвенції, що застосовуються відносно оперативної діяльності та практики служб найму і працевлаштування моряків, заснованих на її території, за допомогою системи інспектування та моніторингу, правового переслідування за порушення у сфері ліцензування, а також інших оперативних вимог, передбачених у стандарті А1.4 «Найм і працевлаштування» кодексу Конвенції [1].

Слід зазначити, що ці положення є одними з найбільш обговорюваних в Україні під час дискусій щодо необхідності ратифікації Конвенції, адже в такому випадку держава повинна буде здійснювати більш жорсткий контроль за діяльністю кріюінгових агенцій, ніж на даний момент.

На думку фахівців і керівників кріюінгових агенцій, є деякі питання в реалізації Конвенції на практиці. Так, важливим питанням, яке зачіпає Конвенція МОП-2006, є створення реєстру моряків. Виникає багато питань: якщо хтось, не потрапивши до цього реєстру, то він не вважатиметься моряком і позбудеться права працювати на флоті? Хто складатиме цей реєстр? Чи не буде створення цього реєстру черговим важелем тиску на моряків і кріюінгові компанії? [4]

Пункти Конвенції, в яких йдеться про вимоги, що пред'являються до житлових приміщень на борту судна, до умов праці та побуту, надмірно конкретизовані. Так, у Конвенції визначено, що мінімально допустима висота суднових приміщень повинна складати 203 см. У тексті Конвенції йдеться і про необхідність забезпечення екіпажу повної свободи пересування в цьому приміщенні. Виникає питання: які при цьому критерії? Адже будь-який інспектор може сказати, що певна каюта тісна й у моряків немає повної свободи пересування в ній. Як вимоги Конвенції щодо житлових умов можна реалізувати для вже

існуючих суден, адже вони побудовані до прийняття Конвенції. В цьому випадку можна буде затримувати майже кожне судно. Не зовсім зрозумілий пункт про те, що кріюінгова компанія несе зобов'язання по заробітній платі нарівні з судновласником [4].

Незалежно від того, чи ратифікуватиме Україна Конвенцію про працю в морському судноплаванні, виконувати її рано чи пізно все одно доведеться. Згідно з нормами міжнародного права всі зазначені способи контролю, як і обов'язки, визначені Конвенцією, безумовно, пов'язані тільки з державою-учасницею. Тому настання будь-яких прямих негативних наслідків для України після набрання чинності Конвенцією малоймовірно. Однак Україна має, хоч і незначну кількість, судна під своїм прапором, які займаються не тільки каботажними, а й міжнародними перевезеннями вантажів і пасажирів. І ці судна, час від часу будуть змушені заходити до портів Болгарії, Кіпру, Хорватії, Російської Федерації, Іспанії, Данії, Польщі, Норвегії чи інших країн, які ратифікували Конвенцію [2]. Тому прийняття заходів із метою виконання як мінімум ряду важливих вимог Конвенції є умовою, що дозволить, з одного боку, суднам під українським прапором проходити перевірку контролю держави порту без будь-яких зауважень на відповідність Конвенції в країнах, які її ратифікували, а з іншого – Україні утримати ці судна під своїм прапором.

На сьогодні немає однастайності щодо питання, чи потрібно Україні приєднуватися до цієї Конвенції, чи відбудеться підписання Конвенції Україною найближчим часом. Немає чіткого розуміння цього документа й єдиного підходу до нього у відповідних державних сферах. Консультації з провідними фахівцями тривають, але Конвенція вступає в силу вже в серпні 2013 р. і найближчим часом ми побачимо її в дії.

Список використаних джерел

1. Конвенція МОП Про працю в морському судноплаванні 2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.allbusiness.ru/BPravo/DocumShow_DocumID_133692.html.
2. Работизо Д. Конвенция о труде в морском судоходстве и вопросы обеспечения ее выполнения // Юридическая газета. – 2012. – № 48.
3. Електронний ресурс.: <http://un.by/ilo/news/world/27-02-06-03.html>.
4. Електронний ресурс.: http://www.maritimebusinessnews.com.ua/news/analytics_and_comments/2012/08/30/17460.html.

Стаття надійшла до редакції 21.03.2013 р.

In this article the analysis of international law to resolve issues to ensure the safety of seafarers. In particular, analyzes the position of the new Convention on maritime labor, study regulations for the safety of seafarers and the opinions of experts on the advisability of ratifying this document of Ukraine.

В статті аналізуються норми міжнародного права, касаючіся урегулювання питань по забезпеченню безпеки праці моряків, в частині положень нової Конвенції о труде в морському судоходстві, мнения экспертов о целесообразности ратификации этого документа Украиной.



УДК 349.422

Максим Гребенюк,

канд. юрид. наук, доцент

ДОСВІД КИТАЙСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ У СФЕРІ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОДОВОЛЬЧОЇ БЕЗПЕКИ

У статті розглядаються правові засади забезпечення продовольчої безпеки в Китайській Народній Республіці, визначаються пріоритети державної політики у сфері забезпечення продовольчої безпеки в сучасних умовах.

Ключові слова: правове забезпечення продовольчої безпеки, гарантування продовольчої безпеки, державна політика у сфері забезпечення продовольчої безпеки, система оцінки ризиків у сфері безпеки продовольства.

За даними ФАО ООН, у 2012 р. приблизно 870 млн людей на земній кулі страждали від хронічного голоду, 1,5 млрд населення внаслідок неправильного харчування, дефіциту в раціоні харчових мікроелементів, постійного недоїдання.

Китай – найбільш заселена країна у світі. В Китайській Народній Республіці (далі – КНР) мешкає майже 1 млрд 400 млн громадян, що свідчить про позиції світового лідерства за кількісними показниками населення. За таких умов актуальним для КНР залишається вирішення продовольчої проблеми, вжиття дієвих заходів із боку держави щодо недопущення будь-яких проявів голоду, штучного дефіциту продуктів харчування, неадекватної цінової політики на продовольство. Таким чином, питання стабільного продовольчого забезпечення належать до категорії першочергових і постійно перебувають під пильною увагою уряду китайської держави. Закріплення в Конституції КНР державного регулювання сучасної економіки забезпечує державі активну участь у діяльності ринкових механізмів, допомагаючи компенсувати їх недосконалість і зменшити соціальну напругу в суспільстві [1, с. 268].

Важливою стратегічною галуззю економіки КНР залишається сільське господарство, де задіяно понад 300 млн населення. У 2007 р. уряд Китаю звітував про рекордний у світі врожай зернових культур – 500 млн т. За останні роки здобутками виваженої та цілеспрямованої державної аграрної політики в КНР є досить високий рівень самозабезпечення населення країни продуктами харчування, стабільний зовнішньоторговельний баланс сільськогосподарських культур і продуктів харчування, який дозволяє гарантувати продовольчу безпеку на загальнодержавному та регіональному рівнях. Китай залишається лідером за показниками ефективності

та результативності у сфері аквакультури: 67 % морепродуктів, які штучно вирощуються у світі, мають походження з КНР [2, с. 50].

І. Дергалюк зазначає, що пріоритетом державної політики Китаю є збереження цінової стабільності на ключові продукти (рис, пшеницю та кукурудзу) утримання їх у ціновому коридорі в розпал світової продовольчої цінової кризи [3, с. 93]. І. Коркунов вважає, що одним із основних напрямів регулювання продовольчого ринку Китаю є регулювання цін, а саме – встановлення на аграрну продукцію раціональних цін, гарантованих державою. Ціни на продовольство визначаються ринком, але за безпосереднього контролю з боку держави для гарантування рівня та стабільності цін. У Китаї зберігається дворівнева система цін (державні фіксовані ціни та різні види недержавних цін) [4, с. 24].

У сучасних умовах у КНР налічується понад 500 тис. виробників продуктів харчування, які забезпечують продовольством 72 % всього аграрного ринку. Однак, незважаючи на позитивну динаміку розвитку АПК, уряд КНР не може на 100 % гарантувати своїм громадянам продовольчу безпеку, оскільки основні проблеми продовольчої безпеки у країні, перш за все, пов'язані з виробництвом небезпечних продуктів дитячого харчування та неякісного продовольства, використанням заборонених харчових добавок, нелегальним і підпільним виготовленням продуктів харчування на малих неліцензійованих підприємствах, у підсобних господарствах без дотримання елементарних санітарно-гігієнічних вимог і правил.

Восени 2008 р. у КНР мав місце «меламіновий скандал», унаслідок оприлюднення якого було встановлено, що понад 20 китайських компаній – виробників дитячого харчування додавали меламін у сухі молочні продукти з метою підвищення вмісту білка. Забруднений молочний порошок використовувався для виробниц-

тва дитячих харчових продуктів. У результаті споживання «отруєних» молочних продуктів харчування 300 тис. малюків отримали харчові отруєння та захворювання, 6 тис. із яких померли. Внаслідок розслідування зазначеного інциденту до кримінальної відповідальності притягнуто 21 особу – керівних працівників компанії Sanlu; при цьому двох китайських бізнесменів, які здійснювали оптовий продаж молочного порошку, що містив меламін, визнано винними та страчено за вироком суду. У зв'язку із зазначеним скандалом компанія – виробник дитячого харчування Sanlu припинила виробництво продуктів харчування та була визнана банкрутом.

У процесі постійного проведення вибіркового державних експертиз продуктів харчування в КНР шкідливі хімічні речовини періодично знаходять у рисі, макаронах, хлібобулочних виробах, що реально загрожує продовольчій безпеці. Загрозою продовольчій безпеці КНР залишається також швидка урбанізація, яка призводить до значного зменшення кількості площ сільськогосподарських угідь, що значно гальмує розвиток профільованих галузей сільського господарства. Так, із метою гарантування продовольчої безпеки та збереження земельного фонду уряд КНР законодавчо встановив площу земель забудови, максимальний розмір якої не може перевищувати 120 млн га. В сучасних умовах КНР також реалізує політику «земельного аутсорсингу» – скуповує землі сільськогосподарського призначення за кордоном: у 2010 р. КНР придбав 2,8 млн га земель у Конго під плантацію для виробництва пальмової олії.

КНР постійно вдосконалює власне законодавство щодо побудови потужної економічної системи, стрімкого розвитку аграрного сектора, реалізації заходів національної економічної стратегії, що передбачає, у тому числі, вирішення продовольчої проблеми. З метою запозичення досвіду правового забезпечення продовольчої безпеки в КНР вважаємо за доцільне розглянути особливості китайської моделі законодавчого врегулювання питань продовольчої безпеки.

Метою цієї статті є дослідження й аналіз положень закону КНР «Про безпеку харчових продуктів», норми якого встановлюють правовий механізм забезпечення та гарантування продовольчої безпеки в сучасних умовах.

У 1996 р. на виконання завдань політичного керівництва КНР групою урядових експертів підготовлена Біла книга розв'язання продовольчої проблеми – стратегічний документ, в якому визначені державні пріоритети в сфері самозабезпечення країни зерновими культурами шляхом розвитку вітчизняного експортного потенціалу, заходи щодо забезпечення продовольчої незалежності, механізми захисту внутрішнього ринку від несприятливого коливання цін на світових продовольчих ринках, можливості збільшення площі сільськогосподарських

угідь за рахунок використання прикордонних територій.

У червні 2009 р. у КНР набув чинності Закон «Про безпеку харчових продуктів» як фундаментальний акт законодавства, положення якого регламентують питання забезпечення продовольчої безпеки на державному та регіональному рівнях; при цьому стратегічною метою зазначеного законодавчого акта є гарантування безпеки для життя та здоров'я громадян, запровадження системи моніторингу стану продовольчого забезпечення, встановлення жорсткого контролю з боку держави за якістю та безпекою продуктів харчування на всіх етапах виробництва, посилення відповідальності виробників продовольства за поширення неякісних продуктів харчування, що можуть призвести до масових отруєнь, смертельних випадків.

За своєю структурою Закон КНР «Про безпеку харчових продуктів» складається із 10 розділів і містить 104 статті. Відповідний законодавчий акт регулює сферу виробництва, переробки та поставок харчової продукції, харчових добавок, комерційні операції з пакувальними матеріалами, обладнанням та устаткуванням для харчової промисловості, організацію робіт із промислової безпеки харчової продукції. Вказаний закон запроваджує систему моніторингу ризиків безпеки харчової продукції з метою недопущення, запобігання, відстежування та профілактики масових захворювань харчового характеру, харчових отруєнь і виявлення шкідливих компонентів у харчовій продукції.

Закон КНР «Про безпеку харчових продуктів» визначає вимоги до національних стандартів безпеки харчових продуктів (ст. 20). Так, забороняється виробництво харчових продуктів, які виготовляються із нехарчової сировини, містять важкі метали, залишки ветеринарної медицини, потенційно шкідливі для здоров'я людини; дитячого харчування, в якому складові інгредієнти не відповідають вимогам безпеки харчової продукції; продуктів м'яса птиці, диких тварин, померлих від хвороб або отруєнь; зіпсованої або забрудненої харчової продукції з аномальними смаковими якостями, запакованої харчової продукції без етикеток і маркувань тощо. У КНР також використовується система ліцензування виробництва та комерційних операцій із харчовою продукцією, у тому числі щодо надання ресторанних послуг. Виробник харчової продукції або комерційна організація зобов'язані здійснювати реалізацію заходів щодо постійного санітарного контролю продуктів харчування. Підприємство, що здійснює виробництво харчової продукції, обов'язково має створити систему контролю й обліку придбаної давальницької сировини з обліком її характеристик і загальної кількості. Для виробництва харчових добавок держава також використовує систему ліцензування. Використання харчових добавок забороняється, якщо на підприємстві відсутня оцінка ризиків її безпеки; при цьому харчові добавки повинні мати етикетки й інструкції, які не повинні містити ін-

формацію про профілактику та лікування харчових захворювань.

Реалізація харчової продукції здійснюється відповідно до інструкцій або вказівок, зазначених на етикетках продуктів харчування. Закон КНР «Про безпеку харчових продуктів» регламентує, що при виробництві або комерційних операціях із продуктами харчування не можуть додаватися медикаменти, однак речовини, які традиційно вважаються харчовим продуктом і є предметом традиційної китайської медицини, дозволяються та можуть входити до складу харчового продукту (ст. 50).

У КНР створена та діє система відзиву харчової продукції. У випадку, якщо виробником продуктів харчування встановлено, що вироблена продукція не відповідає стандартам безпеки, він терміново припиняє процес виробництва та відзиває партію харчової продукції, яка виставлена на продаж, повідомляє про цей випадок усі пов'язані з виробництвом комерційні організації та споживачів. З метою постійного контролю якості та безпечності харчових продуктів у КНР створено систему органів експертизи продуктів харчування.

Виробники продуктів харчування та комерційні організації можуть самостійно проводити експертизу власної продукції або доручити її проведення державним експертним органам. Імпортні продукти харчування та харчові добавки повинні відповідати китайським стандартам безпеки продовольства, мати маркування й інструкції китайською мовою. У випадку, якщо за кордоном відбувся інцидент, пов'язаний із безпекою харчової продукції, який може негативно вплинути на продовольчу безпеку в КНР, або в імпортованих продуктах харчування виявлені ризики для безпеки продовольства, то державні органи повинні своєчасно застосовувати попереджувальні заходи з метою запобігання та недопущення настанню будь-яких загроз.

Імпортери продуктів харчування в КНР повинні створювати інформаційну базу реєстрації продуктів харчування, що були ввезені, яка містить: загальну характеристику продукції, дату виготовлення, номер партії, термін придатності, контактну інформацію про експортерів тощо. Строк зберігання зазначених інформаційних даних – не менш двох років. Щодо імпортерів та експортерів, які отримали внаслідок проведення експертизи низьку оцінку безпечності продуктів харчування, держава може запроваджувати превентивні карантинні заходи.

На випадок виявлення загроз продовольчій безпеці КНР уряд розробляє та реалізує заходи, передбачені Національним планом екстреного реагування на загрози продовольчій безпеці. У свою чергу, виробники продовольства повинні розробляти індивідуальні плани спеціальних розслідувань із метою недопущення та ліквідації потенційних продовольчих ризиків і запровадження превентивних заходів у сфері безпечності продуктів харчування. На регіональному рівні створюються місцеві відділи контролю за які-

стю продуктів харчування, яким надані повноваження у сфері проведення планових і позапланових перевірок підприємств та підприємств, на яких здійснюється виробництво продуктів харчування; отримання проб і зразків харчової продукції, копій договорів, бухгалтерських книг та інших матеріалів, які пов'язані з процесами виготовлення продуктів харчування; вилучати та затримувати харчові продукти, харчові добавки, давальницьку сировину, що не відповідають стандартам безпеки, а також предмети й обладнання, що використовуються для незаконного виробництва або комерційних операцій із харчовою продукцією.

КНР встановлює єдину систему моніторингу стану продовольчої безпеки. Підлягає оприлюдненню така інформація: про безпеку харчових продуктів у масштабах країни; щодо оцінки ризиків у сфері безпеки продовольства; про основні інциденти, пов'язані з безпекою харчових продуктів, результати їх розслідувань і локалізації. Закон покладає обов'язок здійснення контрольних-наглядових функцій у сфері безпеки продуктів харчування на місцеві органи влади. У випадку виникнення ситуацій, що призвели до харчових отруєнь або захворювань, відповідальність покладається, крім виробників продовольства, на відповідальних керівників органів місцевого самоврядування. На місцеві органи влади також покладається обов'язок створення інформаційної бази компаній і підприємств – виробників харчових продуктів і сільськогосподарської продукції, контролю та недопущення проточених продуктів харчування на продовольчі ринки.

Закон КНР «Про безпеку харчових продуктів» регламентує правові підстави для настання юридичної відповідальності за порушення законодавства у сфері безпеки продуктів харчування (розділ 9). У випадку виробництва або здійснення господарської діяльності у сфері продуктів харчування без отримання ліцензії, конфіскації підлягає незаконно отриманий прибуток, незаконно вироблені продукти харчування та харчові добавки, а також обладнання й устаткування, давальницька сировина, що використовувалися з метою протиправного виробництва продовольства. Якщо вартість нелегально вироблених продуктів харчування менша за 10 000 китайських юаней, то порушник повинен сплатити штраф, максимальний розмір якого становить 50 000 китайських юаней. У випадку, якщо грошова сума нелегально вироблених продуктів харчування досягає 10 000 китайських юаней або більше, штраф встановлюється від 5-кратного розміру, але не більше 10-кратного розміру вказаної суми; при цьому порушник позбавляється ліцензії на виробництво продуктів харчування.

Таким чином, до порушників Закону КНР «Про безпеку харчових продуктів» застосовуються заходи адміністративної відповідальності у формі штрафів. Разом із тим слід зазначити, для осіб, винних у масових харчових отруєннях і захворюваннях населення, відповідно до мак-

симальних санкцій, передбачених статтями 143–146 Кримінального кодексу КНР, передбачена найвища міра покарання – смертна кара без права на відстрочку вироку суду.

Нещодавно уряд КНР посилив заходи відповідальності у сфері виробництва і поширення небезпечної та неякісної харчової продукції стосовно підприємств та фізичних осіб, які ставлять під загрозу продовольчу безпеку. Одночасно з цим Постійний комітет Загальнокитайського зібрання народних депутатів затвердив зміни до Кримінального кодексу, якими передбачається посилення відповідальності, у тому числі покарання у вигляді смертної кари за скоєння злочинів, пов'язаних із виробництвом і обігом неякісних продуктів харчування. Введення найвищої міри покарання за злочини у продовольчій сфері свідчить про посилення заходів державного впливу та контролю за якістю і безпечністю продуктів харчування з метою створення надійних гарантій забезпечення продовольчої безпеки в КНР.

Уряд КНР запровадив систему виплат громадянам грошової винагороди за надання обґрунтованої інформації про будь-які порушення законодавства у сфері безпеки продуктів харчування (з 2010 р.). Грошові заохочення виплачуються владою КНР на всіх рівнях; зазначені кошти передбачені окремою статтею державного фінансування для запобігання та попередження реалізації у торговельній мережі небезпечних, неякісних і несертифікованих продуктів харчування, недопущення виникнення скандалів, пов'язаних із масовими харчовими отруєннями та захворюваннями.

Висновки

Викладене свідчить, що ключовим пріоритетом державної аграрної політики КНР залишається гарантування продовольчої безпеки. КНР постійно дбає про власну продовольчу безпеку, має досить потужну модель забезпечення продовольчої безпеки в сучасних умовах, постійно запроваджує дієві заходи з метою запобігання та недопущення продовольчих ризиків, здійснює моніторинг стану продовольчого забезпечення на загальнодержавному та регіональному рівнях відповідно до Національного плану екстреного реагування на загрози продовольчій безпеці, залишаючись однією з небагатьох держав світу, де законодавством передбачена вища міра

покарання за скоєння злочинів в продовольчій сфері.

Україна – член системи міжнародної продовольчої безпеки. До пріоритетів її зовнішньої аграрної політики у сфері забезпечення міжнародної продовольчої безпеки відносяться: масштабна боротьба з голодом у світі, збільшення експортного потенціалу продовольства вітчизняного виробництва з метою опанування та лідерства на світових аграрних ринках, надання продовольчої допомоги іншим державам.

На жаль, в Україні ще й досі не прийнято закон «Про продовольчу безпеку», відсутня доктрина продовольчої безпеки. З урахуванням досвіду КНР у сфері правового забезпечення продовольчої безпеки для України, в контексті вдосконалення вітчизняного законодавства, необхідним є посилення відповідальності за порушення у сфері захисту прав споживачів [5, с. 38]. Доцільно також прискорити розроблення та затвердження Національного плану заходів у сфері гарантування продовольчої безпеки, в якому слід передбачити алгоритм стимулювання інтенсивного розвитку власного товарного аграрного виробництва з метою забезпечення продовольчої незалежності держави, застосування та використання передових біотехнологій, комплексних програм щодо виробництва і зберігання продовольства, механізм оперативного реагування на надзвичайні ситуації на вітчизняному продовольчому ринку.

Список використаних джерел

1. Устименко В., Кучер О. Конституційне забезпечення державного регулювання економіки в Китайській народній республіці // Право України. – 2011. – № 2. – С. 262–269.
2. Гребенюк М. Правове регулювання аквакультури як складової системи забезпечення продовольчої безпеки // Підприємництво, господарство і право. – 2012. – № 10. – С. 48–51.
3. Дергалюк І. Сучасний зарубіжний досвід забезпечення продовольчої безпеки // Вісник Академії митної служби України: Сер. Економіка. – Дніпропетровськ, 2010. – № 1. – С. 90–96.
4. Коркунов И. Н. Цели и задачи обеспечения продовольственной безопасности в КНР // Продовольственная безопасность КНР и роль государственного регулирования. – М., 2002. – С. 9–44.
5. Забарний Г., Менів Л. Адміністративно-правова охорона прав споживачів // Право України. – 2009. – № 1. – С. 29–40.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2012 р.

In the article legal bases of maintenance of a food security in the Chinese National Republic are considered. The legal analysis of the Law of the Peoples Republic of China «About a safety of foodstuff» – the fundamental act of the legislation which regulates features of warranting of a food security at nation-wide and local levels is lead. Priorities of a state policy of the Peoples Republic of China in area of maintenance of a food security in modern conditions are certain.

В статье рассматриваются правовые основы обеспечения продовольственной безопасности в Китайской Народной Республике, определяются приоритеты государственной политики в сфере обеспечения продовольственной безопасности в современных условиях.



УДК 349.42:339.52

Лідія Полухович,*здобувачка кафедри земельного та аграрного права
Національного університету «Юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого», м. Харків*

ПРО ПРАВОВІ АСПЕКТИ СТАНДАРТИЗАЦІЇ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОЇ ПРОДУКЦІЇ В УКРАЇНІ У КОНТЕКСТІ ЧЛЕНСТВА В СОТ

У статті досліджуються окремі правові питання стандартизації сільськогосподарської продукції в Україні у контексті членства у Світовій організації торгівлі, порівнюються вимоги міжнародних стандартів і технічних регламентів як основних правових документів, що застосовуються у цій сфері.

Ключові слова: правові аспекти, стандартизація, технічний регламент, стандарт, сільськогосподарська продукція, Світова організація торгівлі.

У зв'язку з тим, що у травні 2008 р. Україна стала членом Світової організації торгівлі (далі – СОТ), правове регулювання сільськогосподарської діяльності потребує змін, зокрема у сфері правового забезпечення виробництва якісної та безпечної сільськогосподарської продукції. Для забезпечення цього здійснюється стандартизація, суть якої зводиться до встановлення обов'язкових для застосування та дотримання норм, яким має відповідати сільськогосподарська продукція.

Окремі питання правової регламентації стандартизації сільськогосподарської продукції розглянуті у працях таких науковців, як С. Бугера, Ю. Канарик, М. Кузьміна та ін. Однак малодослідженими залишаються правові вимоги СОТ до міжнародних стандартів і технічних регламентів, що застосовуються у процесі стандартизації сільськогосподарської продукції.

Метою цієї статті є з'ясування обумовлених правом СОТ особливостей правового регулювання стандартизації сільськогосподарської продукції.

Однією з умов успішного дослідження правових вимог до стандартизації сільськогосподарської продукції є розуміння сутності понять «стандартизація», «стандарт», «технічний регламент».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. № 2408 стандартизація – це діяльність, що полягає в установленні положень для загального та багаторазового застосування щодо наявних чи можливих завдань із метою досягнення оптимального ступеня впорядкування у певній сфері, результатом якої є підвищення ступеня відповідності продукції, процесів і послуг

їх функціональному призначенню, усунення бар'єрів у торгівлі та сприяння науково-технічному співробітництву.

Правове забезпечення зазначеної діяльності в Україні регламентується такими нормативно-правовими актами як Господарський кодекс (далі – ГК) України від 16.01.2003 р., закони України «Про безпечність та якість харчових продуктів» від 23.12.1997 р. № 771, «Про стандартизацію» від 17.05.2001 р. № 2408, «Про стандарти, технічні регламенти і процедури оцінки відповідності» від 01.12.2005 р. № 3164, Декрет Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» від 10.05.1993 р. № 46-93 та ін.

Аналіз перелічених нормативно-правових актів свідчить про невідповідність термінології, що використовується в них. Так, відповідно до Закону України «Про безпечність та якість харчових продуктів» (в редакції Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про якість та безпеку харчових продуктів та продовольчої сировини» від 06.09.2005 р. № 2809) стандартизація харчових продуктів (зокрема, сільськогосподарської продукції) передбачає обов'язкове дотримання вимог стандартів і технічних регламентів. Разом із тим Закон України «Про стандартизацію» дає визначення стандарту як документу, розробленому на основі консенсусу та затвердженого уповноваженим органом, що встановлює призначені для загального і багаторазового використання правила, інструкції або характеристики, які стосуються діяльності чи її результатів. Визначення технічного регламенту міститься у Законі України «Про стандарти, технічні регламенти і процедури оцінки відповідності». Відповідно до ст. 1 цього Закону технічний регламент – це закон України або нормативно-правовий акт, прийнятий Кабінетом Міністрів України, у якому визначені

характеристики продукції або пов'язані з нею процеси чи способи виробництва, а також вимоги до послуг, у тому числі відповідні положення, дотримання яких є обов'язковим. Оскільки перший із згаданих законів є спеціальним стосовно сільськогосподарської продукції, а наступні два – загальними, слід погодитись із доречністю встановлення обов'язковості додержання стандартів.

Декрет Кабінету Міністрів України «Про стандартизацію і сертифікацію» виділяє такі документи у галузі стандартизації, як державні стандарти України – ДСТУ; галузеві стандарти України – ГСТУ; стандарти науково-технічних та інженерних товариств і союзів України – СТОУ; технічні умови України – ТУУ; стандарти підприємств – СТП, технічні регламенти. Також використовуються міждержавні стандарти, передбачені Угодою про проведення узгодженої політики в галузі стандартизації, метрології і сертифікації, підписані у Москві 13.03.1992 р., і республіканські стандарти колишньої УРСР – РСТ УРСР [1]. З приводу останніх у спеціальній літературі зазначається, що потребує якнайшвидшого вирішення питання щодо недостатнього рівня гармонізації нормативної бази у сфері систем стандартизації із нормами і принципами СОТ, вимогами міжнародних організацій стандартизації, зокрема використання значної кількості стандартів колишнього СРСР [2, с. 399].

У зв'язку з викладеним необхідно проаналізувати правові вимоги СОТ до стандартизації сільськогосподарської продукції. В основному, вони містяться в Угоді про технічні бар'єри в торгівлі від 15.04.1994 р. (далі – Угода), Угоді про сільське господарство від 15.04.1994 р., Угоді про застосування санітарних і фітосанітарних заходів від 15.04.1994 р. та ін.

Відповідно до додатку № 1 до Угоди технічний регламент – це документ, у якому визначені характеристики товару або пов'язані з ними виробничі процеси чи способи виробництва, у тому числі чинні адміністративні положення, дотримання яких є обов'язковим. Разом із тим стандарт визначається як документ, затверджений визнаним органом, який передбачає призначені для загального та багаторазового використання правила, інструкції або характеристики товарів чи пов'язаних із ними виробничих процесів або способів виробництва, дотримання яких не є обов'язковим. Таким чином, Угода передбачає наявність технічних регламентів як обов'язкових і стандартів як необов'язкових до застосування.

Відповідно до п. 2.8 Угоди *технічні регламенти* мають ґрунтуватися на експлуатаційних якостях товару, а не на його описових чи конструктивних характеристиках. Згідно з додатком № 1 до Угоди технічні регламенти визначають характеристики товару або пов'язані з ними виробничі процеси чи способи ви-

робництва, у тому числі чинні адміністративні положення. Разом із тим зазначається, що технічний регламент може містити тільки вимоги щодо термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певного товару, виробничого процесу чи способу виробництва. Таким чином, відповідність сільськогосподарської продукції технічним регламентам згідно з нормами права СОТ ще не означає, що він є якісним і безпечним.

Закон України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» по-іншому формулює визначення технічного регламенту, вказуючи, що він може, крім іншого, містити вимоги щодо термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певного товару, виробничого процесу чи способу виробництва. Отже, посилання на технічний регламент означає, що сільськогосподарська продукція відповідає більш серйозним вимогам, ніж пакування чи етикетування.

Наступним важливим документом є *стандарт*. Додаток № 1 до Угоди визначає, що він, як і технічний регламент, може містити тільки вимоги щодо термінології, позначок, пакування, маркування чи етикетування, які застосовуються до певного товару, виробничого процесу чи способу виробництва, тобто не гарантувати якість та безпечність продукції. Однак, виходячи з того, що його дотримання не є обов'язковим, стандарт дає можливість визначити підвищені вимоги до якості окремих видів продукції. Таким чином, виробники свідомо беруть на себе відповідальність за їх гарантування, розраховуючи на підвищення попиту із сторони споживачів.

У спеціальній літературі зазначається, що стандарти дають змогу забезпечити якість на всіх стадіях життєвого циклу товару: проектування та розроблення продукції (встановлюється єдина система показників якості залежно від призначення виробів і умов експлуатації тощо); виробництва (забезпечення ритмічності виробництва, дотримання технологічної дисципліни, поліпшення роботи з постачальниками сировини, матеріалів, споживачами продукції, скорочення витрат від браку тощо); збуту та продажу продукції (регламентація вимог, порядку, умов пакування, консервування, транспортування, складування, зберігання та реалізації продукції, що дає змогу зберігати якість продукції на складах, у транспортних і торговельних організаціях) [3, с. 90].

Згідно з п. 2.6 Угоди з метою гармонізації технічних регламентів на якомога ширшій основі члени СОТ мають брати найповнішу участь у розробленні міжнародними органами стандартизації міжнародних стандартів на товари, на які вони вже прийняли або мають намір прийняти технічні регламенти. У зв'язку з цим доцільно з'ясувати порядок розроблення міжнародних стандартів.

Основними міжнародними організаціями із стандартизації є Організація ООН з продовольства і сільського господарства – ФАО (FAO Food and Agriculture Organization), Комісія Codex Alimentarius, Спільна комісія FAO/WHO, Міжнародна організація із стандартизації (International Standards Organization), Всесвітня організація охорони здоров'я – ВООЗ (WHO World Health Organization), Спільне FAO/WHO засідання щодо залишків пестицидів, Спільна FAO/WHO експертна комісія щодо харчових добавок, Міжнародне епізоотичне бюро (МЄБ), World Organization for Animal Health OIE, Міжнародна політична рада – IPC (International Policy Council) щодо сільськогосподарських продуктів і торгівлі [4]. Розроблення міжнародних стандартів цими організаціями має свою специфіку. Так, стандарти Міжнародної організації із стандартизації (далі – ISO) формуються групою експертів, які спеціально зустрічаються з метою їх обговорення й узгодження. Розроблений проект стандарту направляється членом ISO для голосування. Членами організації є національні органи із стандартизації, які представляють інтереси своєї держави в ISO, а також ISO в своїй державі. Існує три категорії членства, які різняться рівнем доступу до електронних ресурсів ISO і ступенем впливу на зміст документів. Україна є повноправним членом ISO, тобто може впливати на зміст стандартів ISO шляхом голосування й участі в засіданнях. Повноправні члени мають також право продажу та прийняття міжнародних стандартів на національному рівні. Таким чином, Україна як повноправний член ISO може застосовувати розроблені в рамках цієї організації стандарти як національні. Якщо ж на їх основі розробляються технічні регламенти, міжнародні стандарти можуть використовуватися окремими сільськогосподарськими виробниками добровільно [5].

На сьогодні ISO розробила велику кількість міжнародних стандартів, що використовуються членами СОТ як основа для технічних регламентів. В агропромисловому комплексі застосовуються міжнародні стандарти, які умовно можна об'єднати в такі групи:

- зернові, бобові культури і продукти їх переробки;
- фрукти, овочі;
- молоко та молочні продукти;
- м'ясо, м'ясні продукти й інші продукти тваринництва;
- чай, кава, какао;
- безалкогольні напої, алкогольні напої;
- цукор, продукти з цукру;
- харчові масла та жири, насіння олійних культур;
- пестициди й інші агрохімікати;
- харчова мікробіологія.

Кожна із перелічених груп містить низку окремих стандартів. Наприклад, виробництво м'яса, м'ясних продуктів та інших продук-

тів тваринництва унормовано стандартами ISO 936:1998 (Визначення загального вмісту золи); ISO 937:1978 (Визначення вмісту азоту); ISO 1442:1997 (Визначення вмісту вологості); ISO 1443:1973 (Визначення загального вмісту жирів); ISO 1444:1996 (Визначення вмісту вільних жирів); ISO 1841-1:1996 (Визначення вмісту хлориду. Ч. 1. Метод Волхарда); ISO 1841-2:1996 (Визначення вмісту хлориду. Ч. 2. Потенціометричний метод); ISO 2294:1974 (Визначення загального вмісту фосфору); ISO 2917:1999 (Визначення pH); ISO 2918:1975 (Визначення вмісту нітритів); ISO 3091:1975 (Визначення вмісту нітратів); ISO 3496:1994 (Визначення вмісту оксипроліну); ISO 4134:1999 (Визначення вмісту L (+) – глутамінової кислоти); ISO 5553:1980 (Виявлення поліфосфатів); ISO 5554:1978 (Продукти м'яси. Визначення вмісту крохмалю); ISO 13493:1998 (Визначення вмісту хлорамфеніколу); ISO 13496:2000 (Виявлення барвників); ISO 13730:1996 (Виявлення вмісту загального фосфору); ISO 13965:1998 (Визначення вмісту крохмалю та глюкози) [6]. Слід зазначити, що окреслена група стандартів є однією з найменших. Це свідчить про складність розроблення технічних регламентів, адже вони мають враховувати велику кількість наявних у відповідній сфері міжнародних стандартів.

Процедура розроблення технічного регламенту є ускладненою. Зокрема відповідно до ст. 2 Угоди члени СОТ повинні:

- опублікувати на відповідній ранній стадії повідомлення у пресі про намір ввести певний технічний регламент, щоб заінтересовані сторони в країнах інших членів СОТ мали змогу ознайомитися з ним;

- повідомити інших членів через Секретаріат СОТ про товари, які охоплюватимуться запропонованим технічним регламентом, а також надати короткий опис завдання, яке планується виконати, й обґрунтування розроблення регламенту;

- надати іншим членам СОТ на їх вимогу докладний опис або копії запропонованого технічного регламенту, а також, якщо це можливо, зазначити ті його частини, в яких він, по суті, відхиляється від відповідних міжнародних стандартів;

- без дискримінації надати іншим членам СОТ розумний термін часу для того, щоб вони висловили свої зауваження у письмовій формі, обговорити ці зауваження, а також взяти до уваги письмові зауваження та результати їх обговорення;

- оперативно надрукувати розроблений технічний регламент або іншим чином надати можливість заінтересованим сторонам в країнах – членах СОТ ознайомитися з ним;

- забезпечити розумний інтервал між публікацією технічного регламенту та набранням ним чинності, щоб виробники пристосували свої товари або способи виробництва до його вимог.

Окреслені вимоги до розроблення технічних регламентів є обов'язковими до виконання, крім випадків виникнення або загрози виникнення в країні – члені СОТ невідкладних проблем безпеки, охорони здоров'я, захисту навколишнього середовища тощо. У спеціальній літературі акцентується увага на тому, що технічні регламенти жодного члена СОТ не повинні створювати зайвих перепон у міжнародній торгівлі. Законними вважаються обмеження щодо вимог національної безпеки, запобігання шахрайським діям, захисту життя та здоров'я людини, тварин, рослин, охорони довкілля [3, с. 117].

Аналіз правових аспектів стандартизації сільськогосподарської продукції в Україні у контексті членства в СОТ дозволяє зробити такі **висновки**:

стандартизація сільськогосподарської продукції – це діяльність із встановлення вимог до продовольства, харчових продуктів і т. д., які містяться в стандартах і технічних регламентах;

правове забезпечення стандартизації сільськогосподарської продукції в Україні складає низка нормативно-правових актів, які по-різному визначають обов'язковість дотримання положень стандартів;

хоча відповідно до вимог угод СОТ стандарти не є обов'язковими до застосування, доцільно залишити цю вимогу у вітчизняному законодавстві, що гарантуватиме якість і безпечність сільськогосподарської продукції; при розробленні технічних регламентів Україна має використовувати як їх основу міжнародні стандарти;

під час роботи над текстом технічного регламенту відповідно до вимог Угоди про тех-

нічні бар'єри в торгівлі необхідно повідомити заінтересованих суб'єктів про це та надати проект відповідного документа з подальшою можливістю внесення зауважень щодо його змісту;

порядок розроблення та введення в дію технічного регламенту в умовах членства у СОТ ускладнюється вимогами доведення доцільності його прийняття та забезпечення публічності такого процесу.

Список використаних джерел

1. *Господарське право* / За ред. О. П. Подцерковного. – Х., 2012. – 640 с.
2. *Кайдашов В. С.* Адаптація законодавства України щодо безпечності та якості сільськогосподарської продукції до норм ЄС та СОТ // Матеріали наук.-практ. конф.: 2009 р., м. Луцьк. – Луцьк, 2009. – С. 397–401.
3. *Кузьміна М. М.* Особливості правового забезпечення якості продукції в Європейському Союзі та рамках Світової організації торгівлі // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. – 2010. – № 2. – С. 116–126.
4. *Международные стандарты по пищевой безопасности: инструктивный материал* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.kazninvest.kz/napr/export/library/instruktive_2011/mejd_stand_po_pish_bezopasnosti.pdf.
5. *Как разрабатываются стандарты ИСО?* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.iso.org/iso/ru/home/standards_development.htm.
6. *Стандарты Международной организации по стандартизации ISO в отношении пищевой промышленности* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.icc-iso.ru/upload/information_system_27/6/0/8/item_608/Standarti_ISO_pprom_spisok.pdf.

Стаття надійшла до редакції 18.01.2013 р.

This article investigates some legal questions of standardization of agricultural products in Ukraine in the context of membership in the World Trade Organization and also there are compared international standards and technical regulations as major legal documents used in this sphere.

В статье исследуются отдельные правовые вопросы стандартизации сельскохозяйственной продукции в Украине в контексте членства во Всемирной торговой организации, сопоставляются требования международных стандартов и технических регламентов, применяющихся в этой сфере.



Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
Національної Академії правових наук України,
ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідectво 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 Національної Академії правових наук України
(протокол № 3 від 27.03.2013 р.)