



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:

ХАВРОНИЮК
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.
МАЙДАНІК Р.
МАМУТОВ В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

- Микола Ясинок**
Введення в прецедентне право України 3
- Микола Курило**
Уніфікація суб'єктів правовідносин у різних галузях процесуального права України 6
- Вікторія Кір'ян**
Категорія «інтерес» – основа рефлексії інформаційного суспільства 11

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

- Наталія Неліна**
Вибори як форма волевиявлення українського народу 15

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ТЕОРІЯ УПРАВЛІННЯ

- Дмитро Калмиков**
Вдосконалення адміністративного законодавства про захист тварин від жорстокого поводження 18
- Василь Фатхутдінов**
Правове забезпечення підготовки кадрів з громадської безпеки в умовах сучасних трансформацій 22
- Ольга Хохленко**
Нормативно-правове забезпечення розвитку морської галузі в Україні 25
- Світлана Ковальова**
Акти правового регулювання розвитку плеємінної справи в Україні 28
- Марта Бойчук**
Принципи здійснення контролю дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ 31
- Олександр Івасін**
Адміністративний процес як об'єкт наукового дослідження 36
- Яніна Хірс**
Реалізація вимог законодавства щодо розрахунків електронними платіжними засобами 40
- Анатолій Сирота**
Банк розвитку Німеччини – досвід для впровадження в Україні 44
- Вікторія Полянська**
Кібернетична безпека України в умовах розвитку глобальної інформаційної системи 48

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

- Віталій Пашков**
Економічна політика держави на фармацевтичному ринку: правові засоби та механізми реалізації 51
- Віталій Олюха**
Предмет договору підряду на капітальне будівництво 56
- Свєгенія Ключєва**
Місце безоплатних договорів у системі господарських правовідносин 60

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО

- Вікторія Сидор**
Юридичний зміст поняття «обіг земельних ділянок» 64

Сандра Міненко	Структура земель водного фонду України	68
Ярослав Сидоров	Державне регулювання сільського господарства у сучасному аграрно-правовому контексті	72
ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО. СІМЕЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО		
Ольга Міхно	Підстави цивільно-правової відповідальності у разі порушення договірних зобов'язань	76
Петро Матвеев	Особливості правового режиму використання ноу-хау та комерційної таємниці в Україні	80
Олег Кузьмич	Недійсність договорів на користь третіх осіб у цивільному праві України	84
Катерина Добкіна	Структура органів торгово-промислових палат в Україні	88
Ірина Панченко	Визнання права власності в порядку спадкування: деякі проблемні питання	91
Галина Гриценко	Правова природа вимог, що виникають унаслідок припинення солідарного зобов'язання	96
Катерина Шкрібляк	Односторонні правочини в цивільному праві як форма задоволення охоронюваних законом інтересів	100
Сергій Наріжний	Застава як спосіб забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування	104
Тетяна Кійко	Захист особистих немайнових прав батьків при вирішенні питань щодо виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини	108
Андрій Омельченко	Правовий механізм залучення та використання міжнародної технічної допомоги в Україні	112
ТРУДОВЕ ПРАВО		
Наталія Мокрицька	Вільно обрана зайнятість як результат реалізації права на працю	116
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ		
Роман Мовчан	Щодо правильності місцезнаходження заборони, передбаченої ст. 239 ¹ КК України, у системі Особливої частини	120
Інна Доляновська	Основні ознаки та шляхи вдосконалення спеціального запобігання експлуатації дітей в Україні	125
Борис Леонов	Основні напрями загальносоціального запобігання тероризму	128
Артем Мікіш	Деякі аспекти протидії фіктивному підприємництву в Україні	131
КРИМІНАЛІСТИКА. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС		
Євген Гайворонський	Запобігання розкраданню культурних цінностей	135
Владислав Негребецький	Моделювання як спосіб фіксації під час перевірочних слідчих дій	139
Віктор Корольчук	Методика запобігання, викриття та документування злочинів, пов'язаних із незаконним відшкодуванням податку на додану вартість	143
Марина Дерев'янка	Щодо ознак кримінально-процесуального примусу	147
Тетяна Ільєва	Застосування слідчим суддею запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою	151
Жанна Рибалко	Поняття та загальна характеристика технічних засобів, що застосовуються у кримінальному провадженні	155
ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО		
Наталія Жмур	Захист службової інформації: стан вітчизняного законодавства	158

УДК 347.1

Микола Ясинок,*д-р юрид. наук,
професор кафедри «Правосуддя»
Сумського національного аграрного університету*

ВВЕДЕННЯ В ПРЕЦЕДЕНТНЕ ПРАВО УКРАЇНИ

У статті досліджується природа прецедентного права, його становлення та розвиток як у світі, так і в Україні.

Ключові слова: прецедент, прецедентне право, звичай, судові рішення, джерело права.

Право є одним із найстаріших інститутів людської цивілізації. Його еволюція бере свій початок від звичаєвого права, основою якого були звичаї роду. Характерна особливість звичаєвого права. Однотипність рішень, що приймалися на основі звичаїв відносно одних і тих самих питань, які мали місце в повсякденному житті суспільства. Первісна община являла собою самокероване утворення людей, яке формувалося за родинною ознакою та жило за правилами предків. Але навіть на цьому рівні (нехай і примітивних суспільних відносин) можна спостерігати зародження засад майбутнього прецедентного права, яке зумовлювалося лише нормами природної поведінки людини без наявності впливу на такі відносини держави внаслідок її відсутності.

Із розвитком суспільних відносин і появою на цій основі перших державних утворень, які ще не мали сильної централізації влади, а більше нагадували міжплемінне об'єднання, формувалися перші міста (в яких запроваджувалася єдина релігійна ідеологія), перші правила спільного міжетнічного проживання. Ці правила ще нагадували певного роду звичаї, але це вже був якісно новий їх рівень.

Велика концентрація населення в містах послаблює колективістські прагнення з одночасним посиленням індивідуалізації праці, що призвело до появи перших ознак приватної власності. На цьому фоні звичаєве право почало стримувати розвиток і укріплення державної влади, якою в Європі стала королівська влада. Але швидко змінити звичаєве право на загальне, яке б мало місце та діяло на всій території новоутворених держав із єдиним підходом до його правозастосування, об'єктивної можливості не було, оскільки це потребувало більшого проміжку часу, сильної централізованої влади з наявністю в ній сильних інститутів управління, створення нового інституту – інституту суду, який би впроваджував єдине законодавство

на всій території держави. У зв'язку з цим у різних регіонах новоутворених держав ще продовжує діяти розрізнене звичаєве право, яке наповнюється новими особливостями, характерними для нових життєвих реалій. Саме на цій основі в Англії зароджується прецедентне право, оскільки після вторгнення на територію Британських островів у 1066 р. норманів і проголошення на цій основі королівської влади були створені королівські суди, в обов'язки яких, з одного боку, входили контролюючі функції відносно місцевих адміністрацій, а з іншого – вирішення приватних спорів, що мали місце на місцях.

Одночасно з королівськими судами, які намагалися запровадити єдині підходи до існуючого на той час законодавства, на місцях функціонували місцеві суди, які в своїй роботі здебільшого використовували місцеві традиції, поєднуючи в такий спосіб місцеві звичаї із публічним правом, створюючи правовий симбіоз, який мав місце в певному регіоні. Скасувати такі законодавчі акти відразу неможливо, оскільки вони формувалися місцевою знаттю і втручання у цю сферу життя за допомогою силових методів могло призвести до втрати керованості регіонами. Тому королівські судді поступово почали формувати правовий кодекс, відображуючи, комбінуючи чи модифікуючи відомі їм місцеві звичаї¹. Таким чином, в Англії вперше відбулося поєднання волі держави і природних норм поведінки людини, що забезпечило розуміння права як уніфікованого інституту щодо регулювання суспільних відносин. Це дало можливість королівським суддям, з одного боку, контролювати судові рішення місцевих судів на предмет однозначності ухвалення відносно однакових чи подібних між собою спорів, а з іншого – визнавати їх незаконними у разі неоднозначного змісту. Зазначена система правозастосування з 1170 р. отримала назву

¹Бернхем В. Вступ до права та правові системи США. – К., 1999. – 46 с.

«stare decises», відповідно до якого, всі майбутні справи повинні вирішуватися таким чином, як і минулі справи. В цьому і полягає суть прецедентного права.

Особливості застосування прецедентного права зводяться до того, що судові рішення, які визнаються прецедентними, відіграють подвійну роль. По-перше, судовими рішеннями вирішується конкретний спір; по-друге, в їх змісті закріплюються певні особливості, не обумовлені законом, оскільки всі без винятку випадки людських стосунків неможливо передбачити законодавством. У зв'язку з цим рішення судів почали набувати такого ж значення, як і діючі закони. Безумовно, на той час закріпленої системи прецедентних судових рішень не було, оскільки до цього такі рішення ніхто не систематизував, не формував їх на предмет повторюваності тощо. Саме тому у Вестмінстері група суддів, яка займалася загальним правом, створила певні підходи до поняття судових рішень, як прецедентів, заклавши цим самим підвалини для формування в подальшому системи таких судових рішень і впровадження в країні прецедентного права. З цього часу і бере початок прецедентне право як систематизоване право, джерелом якого є судова діяльність. Разом із тим основою прецедентного рішення не завжди є лише логіка думки судді. Як правило, основою прецедентного рішення є життєвий досвід судді як людини та його досвід, як юриста. У прецедентному праві поняття «суддя» неможливо відокремити від поняття «людина», оскільки, суддя як суспільний продукт акумулює в собі моральні цінності свого часу, певну суспільну поведінку, вчинки, рівень розвитку суспільства, що його оточує.

Таким чином, суб'єктом прецедентного права є суддя, оскільки саме суддя, ухвалюючи судові рішення, виходить перш за все із поняття «справедливість», набутого завдяки його життєвому досвіду. Аргументуючи свою позицію щодо певних сторін суспільного життя суддя тією чи іншою мірою впливає на суспільство, розвиваючи існуюче право, рухаючи нормативний процес у сторону його змін, доповнень чи розвитку.

Слід зазначити, що прецедент в англійському праві поєднував у собі два елементи: обґрунтування позиції (ratio decidendi) та мови судової позиції (obitum dictum – мимохідь сказане судом). Правова позиція суду по обґрунтуванню висновку була обов'язковою для інших суддів, оскільки така позиція набувала фактично норм права. Це стало основою прецедентного права Англії, а коли англійські конкістадори заселили прерії США, то вони перенесли систему прецедентного права на американські землі. З цього часу судова практика прецеденту стала формувати

загальні правові положення на території США. Разом із тим (як в Англії, так і в США) судді мали вирішити питання: які саме судові рішення повинні вважатися прецедентними?

Першу спробу кодифікації права спробував провести Дж. Бентам, який у 1811 р. звернувся до Президента Медісона з пропозицією кодифікувати право США, яке вже на той час носило всі ознаки прецедентного права. Але це звернення не отримало підтримки. Спроби повернутися до цього питання мали місце у 1847 р. та 1865 р. Лише у 1939 р. Конгрес США узаконив спеціальні видання, в яких друкували і досі друкуються судові рішення, що вважаються прецедентними та носять статус джерела права, що фактично надало можливість суду творити право. Таким чином, сьогодні одним із джерел права в США є судовий прецедент.

У. Блекстоун зазначав, що англійське право можна поділити на групи: до першої групи він відносив загальні звичаї, які є характерними для всієї держави; до другої групи – звичаї певної місцевості; до третьої – звичаї, які застосовуються в судах. Таким чином, джерелом прецедентного права в Англії є звичаєве право. В цій частині можна повністю погодитися із словами У. Блекстоуна про те, що право – це звичай. Оскільки кожен звичай перш за все сформований поколіннями людей, його зміст, як правило, зумовлений насамперед принципами доцільності, розумності, справедливості, об'єктивності тощо. Незважаючи на це, радянська епоха, сповідуючи позитивістську теорію права, взагалі не визнавала прецедентне право та вважала його буржуазним.

Сьогодні структуру прецедентного права можна представити як синтез процесуальної діяльності суду та сторін, з одного боку, а також змісту досліджених доказів та існуючих норм права – з іншого (оповитих світовідчуттями і правосвідомістю судді (суддів)).

У разі застосування прецедентних рішень при ухваленні нового судового рішення відбувається порівняльно-аналітичний аналіз не просто схожих за своїм змістом фактів, а схожої за своїм змістом дії принципів права з відповідними їх обґрунтуваннями. Таким чином, прецедентне право характеризується прагматичним підходом до вирішення справ, суть якого зводиться до того, що суд, досліджуючи й оцінюючи правові положення у справі, застосовує вже опрацьовані судовою практикою положення.

У 1950 р. у Римі прийнята Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод людини; у 1953 р. створено Європейський суд з прав людини. Починаючи із свого заснування Європейський суд розглядає всі справи лише із застосуванням прецедентного права. Такий підхід дає можливість Єв-

ропейському суду на основі своїх рішень уніфікувати єдине розуміння й єдині вимоги, що стосуються захисту прав, свобод та інтересів людини в усіх справах, в якій би країні, на основі якого б національного законодавства така справа не розглядалася. При цьому важливим є не простий перелік рішень Євросуду, а закріплені в Європейській конвенції принципи, що регулюють зміст поняття «права людини» та втілені в попередніх судових рішеннях. Таким чином судді від рішення до рішення формують, удосконалюють і розвивають той необхідний правовий механізм, який як зразок, перевірений часом, застосовується при розгляді кожної наступної справи.

Отже, становлення і розвиток інституту прецеденту пов'язується з прагматикою судження ряду поколінь суддів, які на основі порівняльного аналізу судових рішень та дій природних принципів (верховенства права, справедливості, гуманізму, практичної та життєвої доцільності, раціональності, рівності) перевіряють на відповідність цим принципам дії всіх учасників судового процесу. Таким чином, кожен прецедент є аналітичним продуктом судової діяльності. Але не кожен результат такої діяльності може мати статус судового прецеденту. У разі невідповідності висновків суду загальнолюдським, морально-етичним цінностям і задекларативним нормам загального права, якими є Європейська конвенція про захист прав і основоположних свобод людини, Європейський суд неодмінно зазначить таку невідповідність у своїх рішеннях.

Слід зазначити, що суд вирішує не лише питання юридичного характеру, а й низку суспільних відносин, в яких діє, живе та працює людина чи група людей. Отже, прецедентні судові рішення сьогодні мають все більше соціальну спрямованість і не є виключно юридичним поняттям. Разом із тим, ухвалюючи судові рішення з застосуванням прецеденту, суд не лише посилається на правову позицію попередніх рішень з їх цитуванням, а й обов'язково зазначає норму права, на підставі якої така аргументація має місце. Отже, суд на основі чинної норми права розвиває дію природних принципів у різнонаправленому їх векторі, що дає можливість законодавцю приймати таку аргументацію і на її основі в майбутньому приймати, змінювати чи спростовувати загальні норми права. Але прецедентні судові рішення не мають зворотної дії в часі, оскільки в такому випадку порушувалися би попередні устої правового чи життєвого порядку, в якому жили люди. Таким чином, прецедентні рішення суддів створюють правовий шлях у майбутнє, а тому вони є елементами в системі джерел цивільного процесуального права.

Ми не можемо стверджувати, що судді створюють нові норми права. Разом із тим судді, запозичуючи із прецедентних судових рішень їх правові позиції, створюють на їх основі нові судові рішення аргументовано приймаючи, розвиваючи чи змінюючи їх правову позицію з урахуванням конкретних фактів чи обставин.

Багаторазовість застосування судами прецедентних судових рішень сприяє оновленню їх правових позицій. У зв'язку з цим прецедентні рішення, діючи в просторі та часі, впливають на необмежене коло осіб навіть тих, хто не звертався безпосередньо до суду, оскільки на основі таких позицій адвокати, юристи, фахівці в галузі права надають консультації, вибудовуючи свої правові позиції по інших справах.

В Україну поняття «прецедентне право» прийшло з ратифікацією Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 17.07.1997 р. Україна взяла на себе відповідальність за виконання судових рішень, ухвалених Європейським судом з прав людини. Такі судові рішення для судів України є прецедентними, оскільки їх правові позиції обов'язкові для правозастосування. У зв'язку з цим рішення Європейського суду стали джерелом права. Незважаючи на те, що прецедентне право привнесене в Україну ззовні, воно забезпечує стабільність судової практики. Але така стабільність характерна лише в питаннях, що були предметом судового розгляду в Європейському суді. Оскільки багато справ судів різної юрисдикції так і не стали предметом його розгляду, законодавець із метою внутрішньої стабільності судових рішень прийняв Закон України від 11.02.2010 р. № 1876-VI, відповідно до якого ч. 1 ст. 360⁷ Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України викладена у такій редакції: «Рішення Верховного Суду України, прийнятого за наслідками розгляду справи про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України».

Рішення Верховного Суду України, прийняті за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення підлягають опублікуванню на офіційному веб-сайті Верховного Суду України не пізніше, як через десять днів з дня прийняття».

Таким чином, прецедентне право вперше отримало своє закріплення в законодавстві

України. При цьому законодавець надав статусу прецедентних рішень лише рішенням Верховного Суду України як найвищого судового органу в країні. Отже, лише ці судові рішення є джерелом права, оскільки такими судовими рішеннями усуваються прогалини в поточному законодавстві, різне трактування норм матеріального та процесуального права, приводиться судова практика у відповідність із міжнародним правом, визнаним Україною. Такі рішення суду, з одного боку, сприяють подальшому розвитку нових норм права, а з іншого – стабілізують судову практику всієї судової системи. Більш того, вони впливають на оперативність розгляду судових справ, оскільки судді, маючи правову позицію Верховного Суду України як найвищої судової інстанції, можуть швидко приймати рішення у справах. Безумовно, щоб такий підхід мав місце, Верховний Суд України повинен мати можливості щодо роз'яснень своїх правових позицій. Він повинен аналізувати всю судову практику загальних судів, що сприяло б не лише стабільності судових рішень, а виконувало б роль навчального полігону для суддів. На жаль, Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. № 2453-VI Верховний Суд України позбавлений можливості давати роз'яснення судам загальної юрисдикції через постанови свого Пленуму, оскільки останній не має в цьому плані своїх повноважень. Ми вважаємо, що судова правотворчість у національній правовій системі України починає відігравати все більшу роль. І це позитивний момент, оскільки законодавець, закріплюючи в нормах права певні життєві позиції, не надає таким позиціям еластичності. Суспільство ж, вступивши в еру інформаційних технологій, розвивається надто динамічно. У зв'язку з цим законодавець не встигає оперативно приймати, змінювати, доповнювати чи уточнювати поточне законодавство, яке б відповідало сього-

денню. Тому законодавство часто вступає в протиріччя з об'єктивно існуючими суспільними відносинами. За таких обставин саме суд на основі загально-моральних цінностей, розумності, логічності та доцільності може оперативно врегулювати певні ще не урегульовані законом суспільні відносини.

Слід зазначити, що прецедентне рішення суду не є правом. Такі рішення не можуть замінити матеріальне чи процесуальне право. Тут повинен бути розумно виважений баланс, який би зумовлювався не обов'язковістю, а необхідністю врегулювання конкретних суспільних відносин. У цьому плані можемо вести мову і про рішення Конституційного Суду України, які за своїм змістом, остаточністю й імперативністю правових позицій є судово-правовим прецедентом.

В своєму рішенні від 02.11.2004 р. Конституційний Суд України зазначив: «Одним із проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства». Таким чином, Конституційний Суд України відкрив шлях судовій системі щодо можливого прецедентного права, оскільки розуміння принципу верховенства права, який є основою прецедентного права, полягає не просто в автоматичному застосуванні законодавства, а й у врахуванні при цьому норм моралі, традиції та звичаїв. Сьогодні, на жаль, суди сповідують виключно положення «верховенства закону», що часто призводить до порушень принципу верховенства права. Щоб це було по-іншому має пройти зміна поколінь у судовому корпусі, нове покоління суддів має відійти від пострадянських устоїв. Для них верховенство права має стати нормою в роботі.

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

The paper investigated the nature of the case law of its formation and development, both in the world and in Ukraine.

В статье исследуется природа прецедентного права, его становления и развития как в мире, так и в Украине.



УДК 347.91/95 (477)

Микола Курило,*канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри правосуддя
Сумського національного аграрного університету*

УНІФІКАЦІЯ СУБ'ЄКТІВ ПРАВОВІДНОСИН У РІЗНИХ ГАЛУЗЯХ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

У статті розглядаються спільні та відмінні риси суб'єктів різних процесуальних галузей права, визначаються складові цієї важливої процесуальної категорії.

Ключові слова: процесуальні суб'єкти, сторони, позивач, відповідач, представник, треті особи, суд, особи, які сприяють здійсненню правосуддя.

Одним із актуальних питань, що обговорюється дослідниками різних галузей процесуального права, є питання визначення суб'єктного складу процесуальних правовідносин. Необхідність всебічного аналізу суб'єктів різних галузей процесуального права науковці вбачають у тому, що категорія «суб'єкт процесуального права» належить до провідних категорій юридичної науки та посідає визначне місце в її понятійному апараті, є своєрідним інструментом наукового аналізу функціонування процесуальних правовідносин.

Слід зазначити, що кожний суб'єкт процесуальних правовідносин наділений своєю специфічною правосуб'єктністю, правами, обов'язками, а також компетенцією та повноваженнями. При цьому всі суб'єкти процесуальних правовідносин пов'язані між собою, тобто участь у судовому процесі одних неможлива без участі інших. Зрозуміло, що чітке визначення змісту кожного із взаємозалежних понять, виявлення особливостей правового статусу кожного суб'єкта правовідносин є необхідним для подальшої правотворчої та правозастосовчої діяльності.

Проблематика суб'єктного складу різних галузей процесуального права привертала увагу багатьох учених-юристів. Зокрема, цими питаннями займалися М. Штефан, С. Алексєєв, М. Ясинок, Ю. Шемшученко, О. Скакун, С. Ківалов, В. Співак, І. Решетнікова, В. Тертишніков, С. Василюв, В. Колпаков, О. Рябченко, В. Чернадчук, В. Сухонос, В. Нагребельний, Л. Винар та інші. До актуальних і проблемних питань визначення суб'єктів правовідносин зверталися у своїх працях науковці не лише з теорії держави та права, а й галузевих юридичних наук, проте зазначені питання все ще потребують подальших як загальнотеоретичних, так і галузевих досліджень.

Мета цієї статті – визначити та чітко окреслити спільні та відмінні риси суб'єктів різних процесуальних галузей права з метою їх уніфікації в судовому процесуальному кодексі.

Процесуальні правовідносини виникають тільки між носіями процесуальних прав і обов'язків у процесі здійснення правосуддя. Цивільне, господарське й адміністративне судочинство має місце лише тоді, коли в судовому процесі беруть участь ключові процесуальні фігури, яких у всіх процесуальних галузях права називають сторонами. Саме сторони, вступаючи між собою у процесуальні правовідносини, розкривають перед судом суть свого матеріально-правового спору, підтверджуючи свою правоту засобами доказування з метою отримання як морального, так і матеріального задоволення.

Визначаючи поняття «сторони у цивільному процесі», М. Ясинок зазначає, що під сторонами необхідно розуміти осіб, між якими виник спір про право, що підлягає розгляду та вирішенню в судовому порядку [1, с. 132]. І. Решетнікова вважає, що сторонами в цивільному процесі є особи, які беруть участь у справі, матеріально-правовий спір між якими підлягає розгляду та вирішенню в суді [2, с. 35]. Аналогічне визначення поняття, що розглядається, але вже в адміністративно-процесуальному праві дає О. Рябченко [3, с. 82]. В. Чернадчук, В. Сухонос, В. Нагребельний та інші вчені зазначають, що під сторонами в господарському процесуальному праві слід розуміти осіб, між якими виник спір із питань матеріальних господарських правовідносин [4, с. 72].

Ми вважаємо, що найбільш точно визначив поняття сторін М. Штефан. Таке визначення є характерним і для інших процесуаль-

них галузей права. Зокрема, вчений зазначив, що сторонами (partes) у цивільному процесі є юридично заінтересовані особи (громадяни й організації), матеріально-правовий спір між якими є предметом розгляду та вирішення в цивільному судочинстві [5, с. 100].

Аналіз поняття сторін у судовому процесі, визначення яких давали науковці різних процесуальних галузей права, свідчить, що воно завжди пов'язується з наявністю спору про матеріальне право, яке, як правило, є предметом спору в позовному провадженні.

Відповідно до ч. 1 ст. 30 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України такі сторони в цивільному процесуальному праві називаються позивач і відповідач. Аналогічно визначає це питання і ч. 1 ст. 21 Господарського процесуального кодексу (далі – ГПК) і ч. 1 ст. 50 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України. Разом із тим кожен із зазначених процесуальних кодексів у поняття сторін вкладає різний зміст. Так, у ч. 2 ст. 30 ЦПК України зазначається, що в цивільному процесі позивачем і відповідачем можуть бути як фізичні, так і юридичні особи, а також держава. Позивачами в господарському процесі можуть бути підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у тому числі іноземні), суб'єкти підприємницької діяльності (ст. 1 та ст. 21 ГПК України). Позивачами в адміністративному судочинстві можуть бути громадяни України, іноземці чи особи без громадянства, підприємства, установи, організації (юридичні особи), суб'єкти владних повноважень. Відповідачем в адміністративній справі є суб'єкт владних повноважень, якщо інше не передбачено цим Кодексом (частини 2, 3 ст. 50 КАС). Незважаючи на різний суб'єктний склад зазначених процесуальних галузей права, характерною їх ознакою є те, що вони є сторонами позовного провадження.

Отже, *сторонами у процесуальних галузях права є особи, між якими виник спір про право, що стало предметом судового розгляду і на цій підставі визначило різну їх юридичну заінтересованість*. Оскільки процесуальне становище сторін у всіх процесуальних галузях права є однаковим, можна визначити загальні ознаки даних суб'єктів:

- позивач завжди є ініціатором судового процесу;
- позивач домінує в судовому процесі;
- судові рішення завжди пов'язані з позивачем незалежно від виду судових рішень і представництва його інтересів у судовому процесі;
- позивач є ініціатором примусового виконання судового рішення.

Відповідач у цивільному й адміністративному процесі завжди пов'язаний із мате-

ріально-правовою вимогою позивача, яку той спрямував не до нього, а безпосередньо до суду. Отже, суд на цьому етапі є в повному розумінні слова посередником у матеріально-правовому спорі. Виконуючи роль посередника, суд спрямовує вимогу позивача відповідачеві, доводячи до відома останнього заявлені до нього вимоги правового характеру (ст. 127 ЦПК, ч. 6 ст. 107 КАС). Лише в господарському судочинстві позивач позивається до відповідача безпосередньо, спрямовуючи до останнього свій позов, перш як направити його до суду, що є нелогічним, оскільки в такому разі суд стає просто статистом у вже розпочатому процесі, хоча ухвали суду про порушення провадження у справі ще й немає. Суддя ж не пізніше трьох днів із дня надходження позовної заяви виносить ухвалу, яку спрямовує до сторін (ч. 1 ст. 64 ГПК).

Таким чином, процесуальний статус відповідача в усіх процесуальних галузях права характеризується:

- персоніфікованою відповідальністю матеріально-правового характеру;
- особистою або через посередника участю відповідача в судовому процесі;
- наявністю судового рішення, яке завжди стосується відповідача;
- витратами відповідача, які пов'язані з виконанням судового рішення.

Незважаючи на чітко визначене процесуальне становище позивача та відповідача (ст. 30 ЦПК, ч. 1 ст. 50 КАС, ст. 21 ГПК) у всіх процесуальних галузях права, останнє може змінюватися на протилежне через заявлення зустрічного позову. Так, відповідно до ч. 1 ст. 123 ЦПК України відповідач має право заявити зустрічний позов до початку розгляду справи по суті. При цьому такий позов повинен бути пов'язаний із первісним позовом. Аналогічний підхід до цього питання бачимо і в господарському судочинстві (ст. 60 ГПК). Таким чином, позивач одночасно може мати процесуальний статус відповідача, а відповідач – процесуальний статус позивача. Таку ситуацію можна назвати дворядним судовим процесом, незважаючи на те, що такі позови підлягають об'єднанню в одне провадження, а процесуальне становище сторін при цьому залишається незмінним. Така особливість одночасної зміни процесуального становища позивачів і відповідачів характерна лише для розгляду приватних справ. Адміністративний і кримінальний процеси є публічними, тому така зміна процесуального положення сторін є неприйнятною, отже, ці судові процеси є однорядними. Зазначена ситуація має місце тому, що законодавець вважає: в публічному судовому процесі повинні захищатися лише права особи, яка є потерпілою від злочину чи свавілля службовців, а злочинці чи службовці

не повинні заявляти до потерпілих зустрічні позови.

Разом із тим, незважаючи на ці обставини, характерними особливостями сторін у всіх процесуальних галузях права можна визначити: можливість заявлення протилежних матеріально-правових вимог; наявність різного процесуального інтересу; наявність свого відокремленого суб'єктивного права; обов'язковість судового рішення; різноплановий підхід до виконання судових рішень.

Іншими суб'єктами процесуальних правовідносин у всіх процесуальних галузях права є треті особи. Процесуальний статус третіх осіб характеризується тим, що вони можуть виступати на стороні як позивача, так і відповідача. Крім того, треті особи, які заявляють свої вимоги на предмет спору, можуть вступати в судовий процес як позивачі, висуваючи вимоги як до однієї, так і до обох сторін. Отже, треті особи з пасивного можуть набувати активного стану в разі заявлення самостійного позову на предмет спору. Цьому повинна сприяти самостійна воля такої особи, оскільки зазначене звернення зумовлює виникнення самостійного процесу, а тому спонукання до цього таких осіб судом неможливе за жодних обставин [6, с. 30].

Безумовно, одним з найдискусійніших суб'єктів процесуальних галузей права є представники інтересів сторін і третіх осіб. Відповідно до ч. 1 ст. 38 ЦПК України сторона, третя особа, особа, яка відповідно до закону захищає права, свободи чи інтереси інших осіб, а також заявники й інші заінтересовані особи у справах окремого провадження (крім справ про усиновлення) можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника.

Справи юридичних осіб у господарському суді ведуть їх органи, що діють у межах повноважень, наданих їм законодавством та установчими документами, через свого представника (ч. 1 ст. 28 ГПК). Відповідно до ч. 1 ст. 56 КАС України сторона, а також третя особа в адміністративній справі можуть брати участь в адміністративному процесі особисто або через представника. Як бачимо, в усіх трьох процесуальних галузях права має місце інститут представництва. Його суттю є представлення інтересів сторін і третіх осіб, заявників та заінтересованих осіб у судових процесах. Таким чином, кожен процесуальний кодекс передбачає одні й ті самі процесуальні дії представника, які він вчиняє на користь інших учасників судового процесу.

Разом із тим процесуальне представництво можливе лише за наявності документів, що підтверджують повноваження представників. Такими документами в усіх судових процесах є довіреність, а для адвоката – ордер (ч. 1 ст. 42 ЦПК, ч. 1 ст. 58 КАС, ст. 28 ГПК).

Такі документи в усіх процесуальних галузях права також є однаковими, як однаковими є повноваження, що надаються сторонами, третіми особами своїм представникам. Як правило, такі повноваження стосуються питань, пов'язаних із ознайомленням з матеріалами справи, з можливістю брати з них витяги, знімати копії з документів, одержувати копії рішень, ухвал, брати участь у судових засіданнях, надавати докази, брати участь у дослідженні доказів, задавати питання іншим особам, які беруть участь у справі, а також свідкам, експертам, спеціалістам, заявляти клопотання та відводи тощо (ч. 1 ст. 27 ЦПК, ч. 1 ст. 22 ГПК, ч. 3 ст. 49 КАС).

Представник наділяється одними й тими самими процесуальними правами в усіх судових процесах незалежно від їх юрисдикції. Представництво може мати місце у формі надання правової допомоги (адвокати, фахівці в галузі права) за безпосередньої участі в судовому процесі сторін і третіх осіб, коли представник допомагає вести справу з правової точки зору, оскільки всі обставини в судовому засіданні зазначаються самими сторонами чи третіми особами, за якими зберігається їх процесуальний статус.

Існує багато випадків, коли процесуальне представництво інтересів сторін, третіх осіб здійснюється за їх відсутності в судових засіданнях (представник веде справу з точки зору як правових питань, так і процесуальних прав, які йому надані на основі довіреності). Отже, йдеться про різновиди договірної представництва.

Інститут договірної представництва має місце в усіх процесуальних галузях права й є ідентичним в питаннях процесуальних прав, порядку їх набуття, участі в судових засіданнях, яку він здійснює в межах обумовлених повноважень від імені та в інтересах іншої особи. Разом із тим М. Ясинок зазначає, що процесуальні норми, а не довіритель регулюють процесуальну поведінку представника в судовому засіданні. Що ж стосується процесуальних прав, то довіритель своєю довіреністю надає своєму представнику дозвіл на користування певним обсягом своїх процесуальних прав і встановлює процесуальні межі, в яких представник має можливість діяти правомірно [7, с. 113]. При цьому процесуальні права сторін, третіх осіб передбачені та закріплені в усіх процесуальних кодексах (ст. 27 ЦПК, ст. 51 КАС, ст. 22 ГПК). Це означає, що представник має подвійну процесуальну залежність: першу – від загальних процесуальних норм, що регулюють судову процедуру; другу – від тих процесуальних повноважень, які йому надаються довіритель. Такий підхід до змісту договірної представництва мають усі процесуальні галузі права. З ураху-

ванням цих обставин ми можемо стверджувати, що інститут договірної представництва має всі можливості до його уніфікації в судовому процесуальному кодексі.

Одним із центральних суб'єктів як цивільного, так і господарського, адміністративного та кримінального судочинства є суд. Безумовно, суд – специфічний суб'єкт процесуальних галузей права, оскільки він не лише здійснює заходи з організації судових процесів, а й виконує обов'язки із створення судового процесу. Практика свідчить, що за наявності одних і тих самих процесуальних кодексів, які висувають одні й ті самі вимоги до організації та ведення судових процесів, останні відрізняються один від одного. Це трапляється тому, що судді доволі часто спрощують судові процеси через неповне доведення до сторін їх процесуальних прав, неповне розкриття підстав для відводу суддів, нероз'яснення процесуальних підходів до ведення судового процесу тощо. У цих питаннях роль суду є винятковою. При цьому саме на суді лежить обов'язок підтримувати рівність сторін перед законом і судом, досліджувати й оцінювати докази на справедливій основі, оскільки цивільний процес, як зазначав В. Гордон, є тристоронніми правовідносинами. Це відносини між судом як органом держави, позивачем і відповідачем. Такі правовідносини є складними за складом, але єдині за предметом, заради якого вони виникають і розвиваються [8, с. 34].

До суб'єктів процесуальних правовідносин адміністративного, цивільного, господарського процесу слід віднести секретаря судового засідання, судового розпорядника, експерта, перекладача. У науковій літературі ця група суб'єктів отримала назву – особи, які сприяють здійсненню правосуддя [9, с. 71], особи, які сприяють судовому розгляду та вирішенню справи [10, с. 33].

Висновки

Даючи юридичну характеристику процесуальним суб'єктам різних процесуальних галузей права, вважаємо за можливе стверджувати, що всі суб'єкти мають не лише однакову назву, а й діють в однаковій формі судового процесу з однаковим змістом щодо їх процесуальних прав і обов'язків. Однотипними є й їх процесуальні дії в усіх судових процесах незалежно від їх юрисдикційної спрямованості. Крім того, однаковими є і завдання суб'єктів у судових процесах.

Отже, ми можемо зробити висновок, що такі суб'єкти процесуальних галузей права, як сторони правовідносин, 3-ті особи, їх представники, суд, особи, які сприяють здійсненню правосуддя мають усі можливості для їх уніфікації в єдиному Судовому процесуальному кодексі.

Список використаних джерел

1. Ясинок М. М. Цивільний процес України. – Суми, 2013.
2. Решетникова И. В. Гражданский процесс. – М., 2001.
3. Рябенко О. П. Основы административного судочинства в Украине. – Суми, 2008.
4. Господарське процесуальне право України / В. Д. Чернадчук, В. В. Сухонос, В. П. Нагребельний, Д. М. Лук'янець; За ред. В. Д. Чернадчука. – Суми, 2006. – 72 с.
5. Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України. – К., 2005. – 624 с.
6. Аргунов В. Н. Участие в гражданском процессе третьих лиц с самостоятельными требованиями // Советская юстиция. – 1982. – № 8. – С. 30–31.
7. Ясинок М. М. Особливості окремого провадження у цивільному процесуальному праві України (теоретико-правовий аспект). – О., 2011. – 380 с.
8. Гордон В. М. Понятие процесса в науке гражданского судопроизводства. – Ярославль, 1901.
9. Комзюк А. Т., Бевзенко В. М., Мельник Р. С. Административный процесс Украины. – К., 2007. – 531 с.
10. Цивільний процес / За ред. Ю. В. Білоусова. – К., 2005.

Стаття надійшла до редакції 24.05.2013 р.

The article examines the common and distinctive features of the subjects of the various procedural branches of the law, shall be clearly defined by the components of this important procedural category.

В статье рассматриваются общие и отличительные черты субъектов различных процессуальных отраслей права, определяются составляющие этой важной процессуальной категории.



УДК 342.95:353

Вікторія Кір'ян,аспірантка Юридичного інституту
Національного авіаційного університету

КАТЕГОРІЯ «ІНТЕРЕС» – ОСНОВА РЕФЛЕКСІЇ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

У статті визначаються засадничі положення трансформації концепцій інформаційного суспільства, доводиться визначальна роль концепції «інтерес» при побудові інформаційного суспільства в Україні.

Ключові слова: інформаційне суспільство, теорія інформаційного суспільства, парадигмальні трансформації, інформаційне право, інформаціологія, інтерес, національні інтереси, інформаційні інтереси.

Сучасні дослідження проблем інформаційного суспільства здебільшого носять моноцентричний характер, оскільки в них досліджуються філософські концепції становлення та політичні інтерпретації різних концепцій, операціоналізація категорій «інформація» та «знання». Натомість обмаль робіт присвячено обґрунтуванню напрямів розвитку інформаційного суспільства, визначенню атрибутивних елементів цього суспільства, правовому регулюванню даних процесів, визначенню місця та ролі в них процесів держави, а також ролі права як всезагального регулятора суспільних відносин.

Актуальність статті зумовлена тим, що ми одні з перших, хто порушує проблему визначення інформаційних інтересів, корелюючи цю категорію із родовими поняттями «інтерес» та «всезагальний інтерес», а також із видовою категорією «національний інтерес». У цьому методологічному вирії поступової дефрагментації холістичної методології актуалізується порушена ще у минулому тисячолітті видатним інформаціологом сучасності В. Цимбалюком проблема формування окремої галузі науки – інформаційного права та відповідного їй понятійно-категорійного апарату. Чільне місце серед фундаментальних категорій посідає категорія «інтерес».

Науково-теоретичні дослідження у сфері, що розглядається, представлені роботами вітчизняних і зарубіжних фахівців інформаційного права: І. Арістової, І. Бачило, В. Гавловського, В. Гурковського, О. Дзьобана, В. Демиденка, М. Дімчогло, В. Залізняка, В. Ліпкана, М. Линника, В. Логінова, Ю. Максименко, П. Матвієнко, В. Новицького, Н. Новицької, К. Татарникової, В. Туніка, В. Цимбалюка, К. Череповського, О. Шепети та ін.

Одну з перших спроб визначити та пояснити суспільне буття та життя за допомогою

категорії «інтерес» зробили П. Гольбах і Д. Дідро. Г. Гегель та І. Кант зазначали, що неможливо звужувати й отожденовати інтерес до природних начал людини, оскільки інтерес є чимось більшим за змістом, ніж намір і свідомість. У нашому випадку доцільно послугуватися теоретичними надбаннями стосовно визначення категорій «інтерес» і «всезагальний інтерес». Якщо перша категорія виступатиме для нас відправною точкою до конструювання дефініції «інформаційні інтереси», то друга категорія сприятиме розумінню масштабності цих інтересів, охопленню широкого спектра суспільних відносин у рамках інформаційного суспільства. Аналіз словникових джерел, герменевтичний і логіко-семантичний аналіз свідчать, що в українській енциклопедичній літературі такі поняття почасти взагалі не отримали свого визначення [1–5].

Разом із тим є певні джерела, де нам вдалося знайти визначення поняття «інтерес»:

інтерес – увага до кого-, чого-небудь, зацікавлення кимсь, чимсь; користь, вигода [6, с. 501];

інтере́с (лат. *interest* – має значення, важливо) *соціальний* – реальна причина соціальних дій, подій, звершень, що стоять за безпосередніми побудженнями (мотивами, помислами, ідеями, намірами тощо) індивідів, які беруть участь у цих діях [7, с. 151];

інтерес – об'єктивно зумовлена необхідність виконання людьми (групами людей, організаціями тощо) певних функцій для задоволення потреб. Інтереси перебувають у причинно-наслідковому зв'язку з іншими спорідненими категоріями (потреба, стимул, мотив). Інтерес є зв'язуючою ланкою в даному ланцюгу. Інтерес, з одного боку, виступає формою потреб, а з іншого – причиною виникнення стимулу [8, с. 167];

інтерес – усвідомлені потреби, бажання, підкріплені спонукальним мотивом до їх реалізації; реальний мотив соціальних дій. Об'єктивна підстава – економічні (політичні й інші) відносини у суспільстві. При класифікації розрізняються за ступенем спільності (індивідуальні, групові, суспільні, державні); за сферою діяльності (інформаційні, економічні, політичні, духовні й ін.); за характером об'єкта (національні, етнічні, партійні тощо); за ступенем усвідомленості (такі, що виникають стихійно, такі, що є наслідком розробленої ззовні суб'єкта усвідомлення програми дій); за можливістю здійснення (реальні та нереальні); за тенденцією суспільного розвитку (прогресивні, реакційні, консервативні) та іншими істотними підставами [9, с. 149];

інтерес – вигода, користь [10, с. 199];

інтерес – спрямованість особистості на матеріальні та духовні цінності з метою їх створення та використання [11, с. 15];

інтереси соціальні – реальні причини дій, звершень, що формуються з їх відмінностями за становищем і роллю в суспільному житті [11, с. 59];

національні інтереси – життєво важливі матеріальні, інтелектуальні та духовні цінності Українського народу як носія суверенітету й єдиного джерела влади в Україні, визначальні потреби суспільства та держави, реалізація яких гарантує державний суверенітет України та її прогресивний розвиток; певним чином визнані й офіційно оформлені потреби людини, суспільства, держави, реалізація яких забезпечує всім соціальним індивідам солідарне, стабільне співіснування, ефективне функціонування, прогресивний розвиток у рамках держави; порівняно динамічний елемент, що формується на основі національних цінностей під впливом довгострокових тенденцій суспільного розвитку; система цінностей, що є феноменом суспільної свідомості, який ґрунтується на почутті належності до певного народу та відрізняється від системи індивідуальних цінностей; категоричний імператив суспільного розвитку держави, основа формування стратегічних завдань внутрішньої та зовнішньої політики країни. Національні інтереси демонструють специфіку потреб, що формуються залежно від особливостей внутрішніх процесів і геополітичного існування нації або держави, базується на узагальнюючих цінностях суспільства та завжди співвідносяться з інтересами суб'єктів міжнародних відносин. На відміну від потреб вони не мають імперативного характеру. Національні інтереси виникають в емоційно-почуттєвій формі; серед них слід виділити чотири найсуттєвіші почуття: національної гідності, національного добробуту; національ-

ної безпеки та національної перспективи. Національні інтереси визначаються та реалізуються у тісній взаємодії з національними цінностями, національними цілями. Коріння національних інтересів – у національних цінностях, а конкретний вираз вони знаходять у національних цілях. На основі національних цінностей визначається ступінь важливості національних інтересів, їх пріоритетність у реалізації уповноваженими суб'єктами [9, с. 226–227].

Як свідчить викладене, строкатість визначень поняття «інтерес» вельми значна. З метою отримання всебічного уявлення про категорію «інформаційний інтерес» у рамках його розуміння й операціоналізації в контексті інформаційного суспільства доцільно звернутися до наукового доробку В. Медведчука [12].

Він вважає, що *всезагальний інтерес* – це інтерес, який, враховуючи інтереси, що існують у суспільстві, й орієнтуючись на загальноновизнані людством гуманні моральні цінності, формується в суспільстві як загальний інтерес останнього. Всезагальний інтерес має бути духовною основою, на якій повинна формуватися сучасна українська національна ідея. Під всезагальним інтересом також можна розуміти існування суспільства, людське існування людини, реалізацію її індивідуальної неповторності, її самореалізацію, задоволення її потреб. Ці положення ми можемо пристосувати і до визначення поняття «інформаційні інтереси».

Переконані, що інформаційні інтереси з точки зору методології є першоосновою інструментарію та механізму дослідження інформаційного суспільства (далі – ІС), оскільки розвиток суспільства зумовлений метою реалізації інформаційних інтересів.

Аналіз змістовних складових глобалізаційних процесів, а також їх наслідків [13] дозволив усвідомити формування передумов можливої конкуренції понять «глобалізація» та «інформаційне суспільство». У сучасних умовах сучасні кордони між окремими державами поступово втрачають своє традиційне значення, стають прозорішими, виконуючи функції суміщення територій із різними митними та політичними режимами [14]. Фактично, стирання кордонів вже не є ексклюзивною й оригінальною ознакою лише глобалізації, а повністю підпадає під опис інформаційного суспільства.

Стрімкий розвиток ІС, пов'язаний із запровадженням дедалі більшої кількості інформаційних технологій у наше життя та прийняття рішень, поступово зумовлює набуття нового змісту поняттям «інформаційні інтереси». Згодом навіть питання безпеки інформаційного суспільства, а також формування

державної інформаційної політики опосередковані інформаційними інтересами.

Початкове значення поняття «інформаційні інтереси» стосувалося опису інтересів людини, суспільства та держави виключно в інформаційній сфері. Однак тенденції розвитку інформаційного суспільства свідчать про доцільність розуміння окресленого поняття в ширшому значенні – інтереси інформаційного суспільства. За такого розуміння інформаційне суспільство виступає стрижнем інформаційних інтересів, воно покликано спрямовувати власний розвиток на реалізацію цих інтересів, а не на власний саморозвиток і самовдосконалення з подальшим підпорядкуванням інтересів людини, суспільства та держави власним цілям.

Ми переконані, що інформаційне суспільство має виступати критерієм оновленої самоідентифікації й інформаційної соціалізації особи, становлення демократичного інформаційного суспільства та цивілізованої інформаційної політики держави. Провідником такої політики має виступати інформаційна інтелігенція, яка продукує філософію та культурологію інформаційного суспільства. Результатом такої рефлексії є утворення певної системи ідей розвитку суспільства, що закладають основу для формування системи інформаційних інтересів суспільства. Ця сукупність ідей має становити інформаційну ідею, яка виступає важливою категорією інформаційного права, зумовлює доцільність правового регулювання розвитку ІС, розбудови інформаційної політики на правових засадах.

Вважаємо, що «українська національна ідея завжди виступала як державницька ідея» [12, с. 41], а тому інформаційні інтереси мають бути складовою державної інформаційної політики України, відображати прагнення українського народу до розбудови інформаційного суспільства за умови збереження інформаційної самоідентичності та домінуючої ролі державних інститутів для вирішення національних та інших важливих питань.

На сучасному етапі більшість дослідників, маніпулюючи категоріями, роблять безпідставні висновки про втрату контролю держави над інформаційним простором, втрату інформаційного суверенітету, необхідність розгляду інформаційного суспільства як нової формації та нової цивілізації з відповідною будовою нових (наднаціональних) інститутів. Основним прикриттям і оболонкою цього можуть бути різні концепції е-майбутнього, які в стратегічному сенсі спрямовані на знищення інституту держави та зосередження всіх важелів управління у глобальному інформаційному центрі, повне підпо-

рядкування інформаційної периферії відповідно до власних інтересів.

У США, КНР і країнах ЄС створені й успішно функціонують у складі Збройних Сил кіберпідрозділи; у США навіть створено кіберкомандування. Більше того, у червні 2013 р. у КНР відбулися перші кібернавчання, основною метою яких було умовне захоплення кіберконтролю над інформаційними ресурсами США, а також формування дієздатних моделей захисту інформаційної інфраструктури Китаю від несанкціонованих нападів та атак ззовні та зсередини.

Таким чином, поки пацифісти або необізнані науковці пропагують мирне інформаційне суспільство, не зважають на нагальну необхідність ухвалення Кодексу України про інформацію, країни цифрового центру – фундатори інформаційної цивілізації – постійно розробляють і вдосконалюють засоби та методи інформаційної боротьби з метою встановлення глобального контролю над ресурсами інших держав, використовуючи інформаційне суспільство як прикриття для глобального інформаційного поневолення світу. Тож у майбутньому за умови збереження тенденції щодо нехтування необхідністю формуванню кіберкомандування в Україні, якісного оновлення доктрини інформаційної безпеки та формування нової концепції державної інформаційної політики, а також розроблення нового закону України «Про інформаційне суспільство в Україні» наша держава може опинитися на межі інформаційного втручання та втратити інформаційний суверенітет, що за певних умов призведе і до втрати суверенітету загального. Цього допустити не можна. Наша наукова діяльність є однією із спроб наукового обґрунтування необхідності нового погляду на інформаційне суспільство, зміни алгоритму не тільки дослідження, а й розроблення прогностичних моделей, формування підходів щодо забезпечення інформаційних інтересів як базових настанов існування української цивілізації в рамках інформаційного центру та розвитку інформаційного суспільства як складової глобального інформаційного суспільства.

Таким чином, питання правового регулювання розвитку інформаційного суспільства набувають теоретичного значення, визначають подальший розвиток інформаційного суспільства в Україні, його майбутню керованість з боку української держави. Ефективна система правового регулювання цих відносин виступатиме гарантом реалізації інформаційних прав і свобод українських громадян. У державі, в якій ефективно регулюються інформаційні відносини, реалізується державна інформаційна політика, – інформаційне суспільство розвивається в певних,

керованих державою рамках, а тому інформаційні інтереси громадян мають надійний і гарантований державою механізм захисту.

Державна інформаційна політика має бути орієнтована, насамперед, на підтримку соціально-політичної й інформаційної безпеки суспільства. У зв'язку з цим важливим завданням є формування монолітного соціуму, об'єднання його спільною ідеєю побудови в рамках незалежної української держави ефективного інформаційного суспільства.

Ми не виступаємо за жорстке регулювання державою всього спектра суспільних відносин, але й далекі від думки, що інформаційне суспільство, має керуватися власними самоорганізаційними механізмами розвитку, а потреба у втручанні держави в ці процеси відсутня. Вважаємо, що провідну роль у формуванні інформаційного суспільства має відігравати держава. Такої думки дотримуються й інші дослідники. Зокрема, Р. Ідрісов зазначає, що центральна роль держави у забезпеченні безпеки є цілком очевидною, оскільки, не забезпечивши безпеки держави, неможливо забезпечити національну безпеку країни [15]. У такому ж руслі висловлює свою позицію й І. Кардашова [16, с. 17].

Заслужують на увагу дослідження В. Ліпкана, який порушує наукову проблему співвідношення формування достатньої системи національної безпеки та приєднання до систем колективної безпеки, формування відповідних їм сил із передачею оперативного командування до об'єднаних збройних сил. Зокрема, на його думку, вступ України до євроатлантичних структур має передбачати не стільки відповідність стандартам НАТО, скільки збільшення можливостей держави для гарантування певного рівня національної безпеки. Тому політична доцільність та інтереси безпеки у даному випадку є протилежними, отже, теоретичне дослідження цього питання є вкрай важливим, бо дає можливість дійти висновку про цілеспрямований розвал українських Збройних Сил, перетворення України на державу, здатну захистити себе лише в конфліктах малої інтенсивності. Приєднання до НАТО має на меті підвищення рівня національної безпеки України, а не заміну національних сил безпеки на колективні [17, с. 49].

Викладене дозволяє зробити **висновок:** формування в Україні інформаційного суспільства має на меті удосконалення державного управління для подальшого розвитку національної держави, реалізації людиноцентристської ідеології, підвищення рівня реалізації інформаційних прав і свобод людини та громадянина.

Список використаних джерел

1. *Тлумачний словник української мови* / За ред. В. В. Дубічинського. – Х., 2010. – 605 с.
2. *Словник законодавчих термінів*. – К., 2000. – 608 с.
3. *Словарь философских терминов* / Под ред. В. Г. Кузнецова. – М., 2007. – 731 с.
4. *Словарь юридических терминов*. – М., 2003. – 424 с.
5. *Словарь терминов и понятий по обществознанию* / А. М. Лопухов. – М., 2008. – 448 с.
6. *Великий тлумачний словник сучасної української мови*. – К.; Ірпінь, 2007. – 1736 с.
7. *Подольская Е. А., Погорелый Д. Е., Лихвар В. Д.* Словарь общественных наук. – Ростов на/Д., 2006. – 475 с.
8. *Словарь предпринимателя* / Под ред. Н. Н. Пилипенко. – М., 2008. – 580 с.
9. *Ліпкан В. А., Ліпкан О. С.* Національна і міжнародна безпека у визначеннях та поняттях. – К., 2008. – 400 с.
10. *Словник української мови*. – К., 1996. – Т. 2. – 588 с.
11. *Словник найбільш уживаних термінів з циклу соціально-філософських дисциплін* / За ред. Л. В. Гнатюка. – Суми, 2008. – 253 с.
12. *Медведчук В. В.* Сучасна українська національна ідея і актуальні питання державотворення: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 1997.
13. *Глобалізація і безпека розвитку* / О. Г. Білорус, М. О. Гончаренко, В. А. Зленко та ін. – К., 2001. – 733 с.
14. *Горбулин В. П.* Проблемы безопасности в контексте перспектив мирового развития // Стратегічна панорама. – 2007. – № 1. – С. 43–51.
15. *Идрисов Р. Ф.* Теоретические и правовые проблемы обеспечения национальной безопасности Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2002. – 401 с.
16. *Кардашова И. Б.* Обеспечение национальной безопасности России: объекты и субъекты // Вестник Моск. ун-та МВД России. – 2006. – № 2.
17. *Ліпкан В. А.* Адміністративно-правове регулювання національної безпеки України: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2009. – 643 с.

Стаття надійшла до редакції 13.06.2013 р.

In the article authors define the basis of information society theory transformation, is argued, that the most important role plays «interests» conception as a basis of forming information society in Ukraine.

В статье определяются основополагающие положения трансформации концепций информационного общества, доказывающаяся определяющая роль концепции «интерес» при построении информационного общества в Украине.



УДК 342.3

Наталія Неліна,

здобувачка

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

ВИБОРИ ЯК ФОРМА ВОЛЕВИЯВЛЕННЯ УКРАЇНСЬКОГО НАРОДУ

У статті розглядаються інституціональні характеристики виборів як механізму реалізації конституційної правосуб'єктності українського народу.

Ключові слова: український народ, вибори, конституційна правосуб'єктність, виборча система.

Розбудова національної державності, утвердження демократичного конституційного ладу в нашій країні вступають у найвідповідальнішу добу свого розвитку. Невдалий досвід здійснення реформи вимагає критичної переоцінки існуючої системи пріоритетів. Сьогодні український народ вже не можна переконати в тому, що доля демократичного процесу залежить від взаємовідносин різних гілок владних структур. Перш за все, слід усвідомити, що ідеали справедливості, природних прав і свобод людини можуть бути втілені у життя тільки тоді, коли держава базується на принципах народо-владдя та поділу державної влади на законодавчу, виконавчу і судову. У цьому контексті інститут виборів (механізм реалізації конституційної правосуб'єктності українського народу) постає як якісно новий феномен, незважаючи на давні історичні традиції. Тому звернення до інституту виборів, аналізу його проблем є актуальним і водночас необхідним. Як зазначають І. Кресіна та Є. Перегуда, інститут виборів є одним із основних елементів функціонування політичної системи суспільства [1, с. 181].

Слід зазначити, що сьогодні у конституційно-правовій доктрині (як зарубіжній, так і вітчизняній) наукові дискусії ведуться на рівні аналізу сутнісних, змістовних, функціональних характеристик інституту виборів, у контексті пошуку відповідного термінологічного апарату, що міг би увібрати зазначені характеристики.

Концептуальні та науково-практичні проблеми інституту виборів були предметом досліджень вітчизняних і зарубіжних учених: К. Бабенка, Ю. Барабаша, М. Корнієнка, І. Кресіної, А. Селіванова, М. Ставнійчук, М. Орзіха, В. Погорілка, Ю. Тодики, В. Федоренка, А. Француза, О. Фрицького, М. Цвіка, В. Шаповала, Ю. Шемшученка, О. Ющика та ін. Але питання залишається остаточно невирішеним у теорії конституційного права та становить поле для наукового диспуту.

Метою цієї статті є науково-теоретичне осмислення змісту інституту виборів як механізму реалізації конституційної правосуб'єктності українського народу.

Заслуговує на увагу те, що багатоаспектне поняття «вибори» не має закріплення на законодавчому рівні, тоді як на теоретичному рівні запропоновані визначення цього поняття. Так, М. Корнієнко вважає, що вибори – це акт самоврядування народу [2, с. 16]. О. Мурашин зазначає, що акт виборів за своїм змістом є концентрованим виявом реальної волі народу. Цим актом волевиявлення народу здійснюється конституювання та відтворення органів як державної влади, так і місцевого самоврядування, надаються владні повноваження обраним представникам у межах їх компетенції, встановлюється зміст владного мандата [3, с. 18].

Досить поширеним є визначення виборів як форми вираження волі народу щодо тих його представників, яким він довіряє здійснювати державну владу. Відповідно, це найважливіший спосіб підбору та формування народного представництва [4, с. 109]. Наведене визначення, безумовно, є досить цінним для юридичної теорії, проте, на нашу думку, містить деякі дискусійні положення. По-перше, у процесі виборів народне волевиявлення стосується не лише тих, кому народ довіряє здійснення державної влади (кандидатів, яких було обрано), а й тих, хто не отримав довіри; по-друге, шляхом виборів може формуватися не лише народне представництво (парламент), а й інші органи публічної влади.

На думку Л. Шипілова, вибори – це вид безпосередньої форми народо-владдя, що полягає в легітимізації влади народом шляхом формування персонального складу органів первинного представництва [5, с. 12].

Повнішим і більш змістовним є, на нашу думку, визначення, в якому наголошується на державотворчій функції виборів: у сучасних демократично-організованих державах

вибори – це інститут і процес прийняття політико-правових рішень, суб'єктом якого є суспільство в особі його дієздатних громадян, а об'єктом – державна влада. Шляхом конституційних виборів здійснюється публічне, політичне відтворення самої держави, а саме – соціальна ротація чи перерозподіл (передача) законодавчих чи урядових функцій і повноважень [6, с. 84–85].

Разом із тим слід зазначити, що наведені дефініції дослідження інституту виборів мають певні недоліки. А. Француз вважає, що заглиблення в сутю юридичні аспекти нормативно-правового регулювання виборчого процесу подекуди робить, надзвичайно складною «розбудову» цілісної картини, яка б чітко характеризувала роль і значення інституту виборів для функціонування демократичних правових систем. З іншого боку, нехтування правовими аспектами цієї теми й акцентування уваги на питаннях загальної теорії політичних систем загрожує надто високим рівнем абстрактності, що часто робить украй складним розгляд конкретних процесів, які відбуваються з інститутом виборів у тій чи іншій країні (у тому числі в Україні) [7, с. 235].

Внутрішньоправова логіка розвитку конституційних процесів в Україні переконує нас у тому, що сучасні умови політичної демократії вимагають орієнтації на сприйняття політичної влади як суспільно політичного надбання всього українського народу, а тому розкрити поняття «інститут виборів» можна виключно за умов комплексного їх дослідження.

Заслугує на увагу концепція М. Ставнійчук, яка з формально-юридичних позицій виділяє принаймні кілька найважливіших функцій виборів у регулюванні суспільних відносин: вибори є важливим інструментом реалізації народного суверенітету; вибори виступають одночасно й однією з форм здійснення права національного суверенітету; через вибори як демократичну форму обрання представників народу забезпечують легітимність, стабільність, поступовість і наступність державної влади; через вибори як форму відносно якісного відбору або своєрідного складу представницьких органів забезпечується принаймні формальна, початкова основа ефективного функціонування державного механізму та виборних органів самоврядування; вибори є одним із найважливіших способів формування суспільної думки [8, с. 31–34].

Вважаємо, що такий підхід має право на існування у національному конституційному праві. Разом із тим інститут виборів є дієвим елементом у механізмі забезпечення реалізації принципу народного суверенітету лише тоді, коли на всіх стадіях виборчого процесу дотримані принципи виборчого права.

Принципи виборчого права – це вихідні фундаментальні положення та дії, що відо-

бражають суть виборів як пріоритетної форми безпосередньої демократії, визначають засади правового регулювання, реалізації та гарантування виборчого права громадян, забезпечують передбачений законодавством порядок організації і проведення всіх виборів [9, с. 89]. Іншими словами, принципи виборчого права – це ті засади та вимоги проведення виборів, дотримання яких робить вибори справжнім народним волевиявленням [10, с. 23].

На нашу думку, однією з найважливіших методологічних вимог залишається змістовне наповнення поняття «інститут виборів» безпосереднім юридичним змістом. Своєрідна точка зору висловлена сучасними вітчизняними дослідниками А. Георгією та Н. Шукліною, які визначають предмет українського виборчого права як сукупність суспільних відносин, що виникають у процесі здійснення та захисту конституційного права громадян України обирати і бути обраним до органів державної влади й органів місцевого самоврядування, а також процедури реалізації цього права під час організації та проведення виборів і в міжвиборчий період [11, с. 76–77]. Такий підхід є доволі дискусійним з точки зору не тільки методології, а й загальних процесів державотворення. Це дозволяє окреслити проблемний аспект: чи є забезпечення правового статусу громадянина на виборах більш важливим, ніж забезпечення самих виборів і виборчого процесу? У цьому сенсі ми поділяємо наукову позицію А. Француза, який зазначає, що йдеться про один і той самий правовий інститут із тією лише відмінністю, що спочатку виділяються норми, які пов'язані з реалізацією певного права (права вибору), а потім норми, що пов'язані із забезпеченням процесу реалізації цього права [7, с. 239–240].

Відкритим залишається і питання про вдосконалення виборчої системи в Україні. Ж.-П. Жакке вважає, що обрання виборчої системи є надзвичайно відповідальним, оскільки результати виборів безпосередньо залежать від виборчої системи, яка застосовується. Виборча система впливає не лише на обрання представників, а й на характер і кількість політичних партій, а у більш широкому розумінні – і на державну систему [12, с. 75]. Наявний наразі вид пропорційної системи навряд чи є оптимальним для справедливого представництва інтересів усього суспільства та відображає волевиявлення українського народу. Нині в Україні склалася ситуація, коли ми можемо вести мову про неадекватне забезпечення втілення та відображення волі українського народу в процесі виборів. Чітко простежується позиція, коли проведення виборів перетворюється на простір апробації владних ресурсів із метою забезпечення вигідного результату тій чи іншій політичній силі. Тому ми можемо вести мову про легаль-

ність народного волевиявлення, але не про легітимність, оскільки при пропорційній системі виборів навряд чи можна стверджувати, що обрання певного депутата є наслідком волевиявлення українського народу. Швидше навпаки – це вибір супроти волі народу.

Наявний наразі вид «зв'язаних списків», за якого в бюлетені для голосування зазначаються перші п'ять прізвищ виборчого списку, не дають змоги здійснити справжнє волевиявлення, оскільки виборець змушений віддавати перевагу всьому виборчому блоку (партії) навіть за умови, якщо і в першій п'ятірці списку він довіряє одній особі та зовсім не довіряє іншій. Такий вид пропорційної системи навряд чи відповідає принципу прямих виборів. Тому, на нашу думку не слід ідеалізувати пропорційну систему виборів. Вона може лише використовуватись як метод наближення до справедливого та рівного представництва, але навряд чи її можна тлумачити як віддзеркалення всіх політичних поглядів і переконань, що існують у суспільстві. Адже, запровадження суто пропорційної системи виборів нівелює зміст ст. 22 Конституції України, в якій йдеться про те, що при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинного законодавства не допускається змісту або обсягів існуючих прав громадян. На думку Ю. Шемшученка, ніхто ще не переконав, що мажоритарна система або змішана система, яка існує сьогодні, є гіршими за суто пропорційну систему [13, с. 4].

Ми вважаємо, що вирішення проблеми полягає у запровадженні виборчої системи «вільних списків» (преференцій), за якої кожен виборець спроможний за рейтинговою системою визначити своє ставлення до кожного кандидата у виборчому списку. Така позиція сприятиме розв'язанню і негативних факторів міжфракційних переходів у Верховній Раді України. Справді, якщо український народ є єдиним джерелом влади, то він має і вирішувати в чії руки передавати свої владні повноваження. У протилежному випадку отримуємо підтвердження того, що будь-яка влада дійсно походить від народу, але вже ніколи до нього не повертається. Тому, на нашу думку, на сучасному етапі розвитку української держави та суспільства вдосконалення змішаної виборчої системи було б найбільш доцільним.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі **висновки**: по-перше, вибори є основоположною формою безпосередньої демократії, що надає українському народу право бра-

ти безпосередню участь у вирішенні важливих питань суспільно-політичного життя як на місцевому, так і загальнодержавному рівні; по-друге, вибори є засобом реалізації принципу народного суверенітету, з якого випливає визнання українського народу єдиним джерелом влади, а тому перед Україною стоїть завдання створення такої законодавчої бази, яка б унеможливила будь-які намагання вихолощення змісту інституту виборів; по-третє, важливим кроком удосконалення виборчої системи, а також запорукою реалізації принципу народного суверенітету має стати забезпечення вищого рівня народного представництва, що дасть змогу вести мову про виборче право як суверенне право українського народу з позицій класичної конституційно-правової доктрини.

Список використаних джерел

1. Кресіна І. О., Перегуда Є. В. Парламентські вибори в Україні: правові і політичні проблеми. – К., 2003. – 368 с.
2. Корнієнко М. І. Виборче законодавство для органів місцевого самоврядування // Політологічний вісник. – К., 1993. – Вип. 1. – С. 16–23.
3. Мурашин О. Г. Вибори як акт прямого народовладдя // Вісник Львів. ун-ту: Сер. юрид. – Л., 2000. – Вип. 35. – С. 180–185.
4. Советское государственное право / Под ред. В. С. Основина. – Воронеж, 1991. – 212 с.
5. Шитілов Л. М. Принцип народовладдя і його здійснення в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004. – 18 с.
6. Веденев Ю. А. Политическая реформа и избирательный процесс в России // Реформа избирательной системы в России: опыт и перспективы. – М., 1995.
7. Француз А. Й. Конституційно-правові основи демократичного розвитку політичної системи сучасної України: концептуальний та нормативний аналіз. – К., 2006. – 516 с.
8. Конституційно-правові форми безпосередньої демократії в Україні: проблеми теорії і практики / За ред. В. Ф. Погорілка. – К., 2001. – 356 с.
9. Виборче право України / За ред. В. Ф. Погорілка, М. І. Ставнійчук. – К., 2003. – 383 с.
10. Конституционное (государственное) право зарубежных стран: В 4 т. – М., 1995. – Т. 2. – 448 с.
11. Георгіца А. З., Шукліна Н. Г. Проблема конституційної регламентації виборчої системи України в контексті світового досвіду // Науковий вісник Чернівецького університету. – 2003. – Вип. 187, Правознавство. – С. 74–82.
12. Жакке Ж.-П. Конституционное право и политические институты / Пер. с франц. – М., 2002. – 365 с.
13. Громадянське суспільство і держава в Україні: проблеми взаємодії: Матеріали методол. семінару. – К., 2004. – 84 с.

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

The article deals with some institutional features of elections as a mechanism of exercising the constitutional legal standing of the Ukrainian people.

В статті рассматриваются институциональные характеристики выборов как механизма реализации конституционной правосубъектности украинского народа.



УДК 343.58:342.9:351.765

Дмитро Калмиков,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри економіко-правових дисциплін
Луганського державного університету ім. Е. О. Дідоренка*

ВДОСКОНАЛЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАХИСТ ТВАРИН ВІД ЖОРСТОКОГО ПОВОДЖЕННЯ

У статті аналізуються змістовні та технічні вади адміністративно-деліктного законодавства в частині захисту тварин від жорстокого поводження та надаються рекомендації щодо їх усунення.

Ключові слова: жорстоке поводження з тваринами, адміністративна відповідальність, техніка конструювання норм.

Із прийняттям Кодексу Української РСР про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. (далі – КпАП України) жорстоке поводження з тваринами стало окремим адміністративно караним діянням (ст. 89).

На теренах української та російської правової науки аналіз підстав і видів юридичної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами висвітлюється здебільшого на сторінках підручників із кримінального й адміністративного права або науково-практичних коментарів до Кримінального кодексу (далі – КК) України, КК Російської Федерації, КпАП України, КпАП Російської Федерації. Йдеться, зокрема, про праці Ю. Антоняна, І. Арістової, А. Бабенка, Ю. Вансви, І. Данишина, В. Дзюби, О. Дубовика, Е. Жевлякова, М. Коржанського, В. Кузнецова, В. Ломака, В. Навроцького, З. Незнамової, І. Поплавського, С. Публінської, О. Рарога, Ю. Ткачевського, М. Хавронюка, Х. Ярмачі, С. Яценка та інших фахівців із кримінального й адміністративного права.

У працях окремих українських і російських юристів питання юридичної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами розглядалися більш детально. Зокрема, серед адміністративістів заслуговує на увагу дослідження В. Морозової, яка неабияку увагу приділила питанням адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами [1]. Разом із тим окремих досліджень, присвячених проблемам адміністративної відповідальності за вчинення жорстокого поводження з тваринами, наразі не проводилось, як не проводився й аналіз техніки конструювання ст. 89 КпАП України.

Мета цієї статті – здійснити комплексний науковий аналіз змістовних і технічних вад адміністративно-деліктного законодавства в частині захисту тварин від жорстокого поводження та виробити рекомендації щодо їх усунення.

Комплексний аналіз положень ст. 89 КпАП України, практики її застосування, думок експертів, висловлених під час проведеного нами опитування, а також досвіду іноземних держав у сфері боротьби з жорстоким поводженням із тваринами дозволяє стверджувати, що ця стаття має низку як змістовних, так і технічних вад, які потребують якомога швидшого усунення. Так, аналіз антисоціальної спрямованості адміністративно караного жорстокого поводження з тваринами свідчить, що родовим об'єктом складу адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 89 КпАП України, є суспільна мораль (моральність), а основним безпосереднім – суспільна мораль (моральність) у частині гуманного ставлення до тварин. Із цього випливає, що з точки зору систематизації норм Особливої частини КпАП України (яка здійснюється, як відомо, за антисоціальною спрямованістю описуваних ними правопорушень) місце розташування статті, яка передбачає адміністративну відповідальність за жорстоке поводження з тваринами, обрано невірно¹. Така стаття мала б знаходитися у главі КпАП України, яка передбачає інші посягання проти громадської моралі. Системний аналіз норм КпАП України дозволяє стверджувати, що такою є глава 14, у якій містяться переважна більшість норм, які описують адміністративні посягання на громадську мораль (зокрема, статті 173, 178, 180, 181, 181¹, 184). Щоправда, назва глави 14 КпАП України також не відбиває цієї важливої обставини, адже звучить як «Адміністративні правопорушення, що посягають на громадський порядок і громадську безпеку».

¹Стаття 89 КпАП України законодавчо розташована у главі 7, що має назву «Адміністративні правопорушення у сфері охорони природи, використання природних ресурсів, охорони культурної спадщини».

Зважаючи на викладене, а також беручи до уваги певну аморальну спорідненість між жорстоким поводженням з тваринами та дрібним хуліганством, *пропонуємо*: ст. 89 КпАП України виключити з тексту глави 7 КпАП України; главу 14 КпАП України доповнити ст. 173³ з назвою «Жорстоке поводження з тваринами»; назву глави 14 КпАП України викласти в такій редакції: «Адміністративні правопорушення, що посягають на громадський порядок, громадську безпеку та моральність».

На нашу думку, такий крок не лише сприяв би правильній систематизації норм КпАП України, тлумаченню їх змісту правозастосовними органами, а й поступовому узгодженню приписів КпАП України з положеннями КК України¹.

Продовжуючи аналіз недоліків ст. 89 КпАП України, слід зазначити, що в її назві та диспозиції при описі предмета складу проступку, який розглядається, вживається слово «тваринами». У буквальному розумінні це означає, що адміністративній відповідальності за діяння, описане ст. 89 КпАП України, може підлягати лише особа, яка жорстоко поводиться одразу з кількома (двома чи більше) тваринами. Ми вважаємо, що використання в цьому випадку виключно філологічного (лінгвістичного, граматичного, текстуального) методу тлумачення норми, яка розглядається, не відповідає принципам законодавства України про адміністративні правопорушення й однакового захисту всіх і кожного з представників тваринного світу.

Аналогічної думки дотримуються й судові та правоохоронні органи, які притягають до адміністративної відповідальності за ст. 89 КпАП України як осіб, які жорстоко поводяться з однією твариною, так і осіб, які вчиняють аналогічне діяння з кількома представниками тваринного світу. Більше того, як свідчить аналіз судової практики, жорстоке поводження здебільшого вчиняється щодо однієї тварини. На нашу думку, під час формулювання назви ст. 89 КпАП України та конструювання її диспозиції законодавець припустився помилки технічного характеру і порушив правила законодавчої техніки щодо точності норм КпАП України. На практиці ця помилка може призвести до неправильної кваліфікації дій винної особи або безпідставної відмови у притягненні особи до адміністративної відповідальності. У зв'язку з цим *пропонуємо* в назві та диспозиції ст. 89 КпАП України слово «тваринами» у множині замінити словом «твариною» в однині.

Детальний аналіз змісту всієї диспозиції ст. 89 КпАП України (з використанням переважно філологічного методу тлумачення її змісту) та місця в ній мовної конструкції «*або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі*», засвідчив, що вона не тіль-

ки описує ще один вид адміністративно караної поведінки винного, а й є узагальнюючим формулюванням, яке несе в собі іншу важливу інформацію як для правильного розуміння змісту ст. 89 КпАП України, так і застосування. По-перше, оскільки цю конструкцію введено законодавцем у ст. 89 КпАП України за допомогою розділового сполучника «*або*» (який в українській мові відповідає логічному сполучнику нестрогої диз'юнкції), то відповідальність за цією статтею має наставати за вчинення хоча б одного із названих у ній діянь (або жорстокого поводження з твариною, або мордування тварини, або вчинення інших дій щодо тварини). По-друге, оскільки в ній йдеться про вчинення «*інших* дій...», то наслідки у вигляді мучення, каліцтва чи загибелі тварини є обов'язковими для всіх трьох форм об'єктивної сторони складу цього адміністративного правопорушення². По-третє, оскільки конструкція «або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі» є узагальнюючим формулюванням (це зумовлено тим, що в ній йдеться про «інші» дії) та має відношення до всіх трьох форм об'єктивної сторони складу адміністративного правопорушення, що розглядається, то виходить, що адміністративна відповідальність за ст. 89 КпАП України може наставати лише у випадку, коли такі діяння вчиняються шляхом дій.

Заслугує на увагу та обставина, що, виходячи з приписів Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження» та іншого регулюючого законодавства у сфері захисту природних прав тварин, жорстоке поводження із ними може вчинятися шляхом як дій, так і бездіяльності, а адміністративній відповідальності за ст. 89 КпАП України можуть підлягати лише особи, які вчинили жорстоке поводження з твариною шляхом дій. Іншими словами, попри те, що, скажімо, моріння голодом чи спрагою домашньої тварини визнається жорстоким поводженням із нею (абзац 1 ч. 1 ст. 22 Закону України «Про захист тварин від жорстокого поводження») та може призвести до її мучення, каліцтва чи загибелі, до адміністративної відповідальності за такі діяння винна особа притягнута бути не може, оскільки в диспозиції ст. 89 КпАП України йдеться виключно про «дії». На нашу думку, така ситуація є неприпустимою, не відповідає принципам адміністративного законодавства та потребує негайного вирішення. У зв'яз-

¹Розділ XII КК України, що описує аналогічні суспільно небезпечні посягання на громадський порядок і моральність, називається: «Злочини проти громадського порядку та моральності».

²Якби диспозиція ст. 89 КпАП України була сформульована без використання цього займенника, то тоді б і наведені наслідки мали відношення лише до останньої форми прояву цього проступку. Наприклад, якби законодавець сформулював диспозицію ст. 89 КпАП України як «жорстоке поводження з тваринами, їх мордування або вчинення дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі», то ми вели б мову про три форми об'єктивної сторони цього правопорушення, дві з яких не вимагають настання обов'язкових наслідків, а одна — передбачає наслідки у вигляді мучення, каліцтва чи загибелі тварини.

ку з цим *пропонуємо* виключити із ст. 89 КпАП України вказівку на те, що таке діяння може вчинятися лише шляхом дії.

Грунтовний аналіз такого діяння, як «мордування тварини», свідчить:

- неправомірне мордування тварини (тобто завдання їй багаторазового або тривалого болю, здійснене із застосуванням жорстоких методів або з хуліганських мотивів) охоплюється поняттям «жорстоке поводження з твариною», отже, в цій частині просто дублює вже наявні положення ст. 89 КпАП України;

- правомірне багаторазове або тривале спричинення болю тварині (наприклад, під час використання тварин у наукових експериментах, біологічному тестуванні, навчальному процесі) хоч формально й охоплюється поняттям «мордування тварини», однак не може бути підставою для притягнення особи до адміністративної відповідальності, адже не є протиправним (ч. 1 ст. 9 КпАП України).

У зв'язку з цим вважаємо, що альтернативне діяння «мордування тварини» в юридичному складі адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 89 КпАП України, є зайвим, а тому *пропонуємо* виключити з тексту диспозиції ст. 89 КпАП України слова «їх мордування».

Аналіз мовної конструкції «або вчинення інших дій, що призвели до їх мучення, каліцтва чи загибелі», яка вживається у ст. 89 КпАП України, свідчить, що під іншими діями у цій статті слід розуміти будь-які дії винного щодо тварини, які не охоплюються термінами «жорстоке поводження з твариною» та «мордування тварини», однак призвели до наслідків у вигляді мучення, каліцтва чи загибелі тварини.

Довго розмірковуючи над тим, про які саме «інші» дії йдеться у ст. 89 КпАП України, ми дійшли висновку, що всі неправомірні дії щодо тварин, які спричинили їх мучення, каліцтво чи загибель, повністю охоплюються поняттям «жорстоке поводження з тваринами», а всі правомірні дії, що спричинили їх мучення, каліцтво чи загибель¹, не тягнуть за собою адміністративної відповідальності, передбаченої ст. 89 КпАП України. Ми *пропонуємо* виключити з тексту диспозиції ст. 89 КпАП України слова «або вчинення інших дій».

Аналізуючи характеристику такого альтернативного наслідку, передбаченого в ст. 89 КпАП України, як каліцтво тварини, ми встановили, що в українській літературній мові та вітчизняному законодавстві категорія «каліцтво» традиційно вживається у значенні «каліцтво людини» для позначення шкоди її здоров'ю, яка призвела до часткової або повної втрати працездатності. Оскільки ж тварини не працюють (у традицій-

ному сенсі цього слова), не можуть захворіти на «професійне» захворювання, а також у них неможливо визначити ступінь втрати працездатності, то застосування у ст. 89 КпАП України такого терміна, як «каліцтво тварини», наразі є некоректним. У зв'язку з цим *пропонуємо* у ст. 89 КпАП України замість поняття «каліцтво тварини» вживати термінологічний зворот «істотна шкода здоров'ю тварини».

Дослідивши нормативно-правові та філологічні джерела, ми встановили, що у вітчизняному законодавстві й українській літературній мові слово «загибель» відносно живих істот вживається як синонім до більш поширеного слова «смерть» та означає припинення життєдіяльності організму [2, с. 384]. Отже, під загибеллю тварини у ст. 89 КпАП України слід розуміти припинення життєдіяльності її організму. І хоча вживання терміна «загибель тварини» у ст. 89 КпАП України не викликає суттєвих складнощів у тлумаченні та застосуванні цієї статті, все ж хотілося б звернути увагу на те, що:

- в українській і російській літературних мовах слово «загибель» (російською – «гибель») зазвичай використовується для позначення явища повного руйнування чогось (наприклад, загибель імперії), знищення чогось або когось (знищення турів тощо) або ж смерті внаслідок якоїсь катастрофи (наприклад, загибель людей, що перебували на атомному підводному човні «Курськ») [2, с. 384; 3, с. 278; 4, с. 129; 5, с. 204; 6, с. 201];

- коли слово «загибель» вживається в контексті живих істот, то, як правило, мається на увазі масова їх загибель (загибель людей від аварії на Чорнобильській атомній електростанції, загибель тарпанів у результаті масового знищення людиною тощо) [2, с. 384; 3, с. 278; 4, с. 129; 5, с. 204; 6, с. 201];

- у нормативно-правових актах терміни «загибель людей» чи «загибель тварин» вживається переважно у випадках, коли йдеться про спричинення смерті живій істоті через необережність² або в результаті нещасного випадку на виробництві³.

Оскільки ж у ст. 89 КпАП України йдеться виключно про загибель живих істот, яка, як правило, не носить масового характеру та є результатом виключно умисних дій винного, то *правильно було б у ст. 89 КпАП України замість терміна «загибель тварини» вживати словосполучення «смерть тварини»*.

Аналіз заходів адміністративного впливу свідчить, що за вчинення цього діяння орган

²Див., наприклад, ч. 3 ст. 110, ч. 2 ст. 194, ч. 3 ст. 194¹, статті 196, 236, 237, ч. 2 ст. 238, ч. 2 ст. 239, ч. 3 ст. 293¹, ч. 4 ст. 240, ч. 2 ст. 241, ч. 2 ст. 242, ч. 2 ст. 243, ч. 1 ст. 244, ч. 2 ст. 245, ч. 2 ст. 252, ч. 1 ст. 253 КК України тощо.

³Див., наприклад, преамбулу Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності».

¹Умертвіння сільськогосподарських тварин для отримання продуктів тваринного походження, умертвіння диких тварин під час полювання, каліцтво експериментальних тварин у результаті проведення наукових експериментів, біологічних тестувань, навчальних занять тощо.

адміністративної юрисдикції може накласти стягнення у виді штрафу розміром від 1 до 21 неоподаткованого мінімуму доходів громадян (далі – НМДГ). І це при тому, що за кримінально каране жорстоке поводження з тваринами законодавець передбачив штраф розміром від 30 до 50 НМДГ. У зв'язку з цим між верхньою межею санкції ст. 89 КпАП України та нижньою межею санкції ст. 299 КК України утворився так званий «розрив» у вигляді неможливості призначення таким правопорушникам штрафу розміром від 22 до 29 НМДГ.

Виходячи із загальноновизнаного правила про те, що злочин починається там, де закінчується адміністративний проступок, вважаємо, що вид і розмір кримінального покарання має починатися там, де закінчується адміністративне стягнення¹. В нашому випадку це означає, що з точки зору правил законодавчої техніки законодавець мав би встановити верхню межу за вчинення адміністративного правопорушення, передбаченого ст. 89 КпАП України, на рівні не 21 НМДГ, а 29 НМДГ. Утім, оскільки ми вважаємо, що відповідальність за жорстоке поводження з тваринами (як кримінальна, так і адміністративна) має бути посилена, то за вчинення жорстокого поводження з тваринами *максимальний розмір адміністративного стягнення у виді штрафу має становити 300 НМДГ*.

Крім того, вважаємо за необхідне в межах ст. 89 КпАП України здійснити диференціацію адміністративної відповідальності за жорстоке поводження з тваринами за допомогою інституту кваліфікуючих ознак. При цьому слід ураховувати ту обставину, що ст. 89 КпАП України та ст. 299 КК України мають містити хоча б одну ознаку, яка б дозволяла чітко й однозначно відмежовувати описувані ними правопорушення. На нашу думку, такою ознакою могли б бути наслідки у вигляді смерті тварини.

Висновки

Адміністративно-деліктне законодавство в частині захисту тварин від жорстокого поводження має низку вад змістовного та технічного характеру. Для їх усунення необхідно:

ст. 89 КпАП України вилучити з тексту глави 7 КпАП України;

назву глави 14 КпАП України викласти в такій редакції: «Адміністративні правопорушен-

¹Звичайно ж, коли таку можливість забезпечують відповідні види адміністративних стягнень і кримінальних покарань.

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

Substantial and technical flaws of administrative-delinquency law regarding protection of animals from cruel treatment are analyzed in the article and recommendations on their correction are provided.

В статье анализируются содержательные и технические недостатки административно-деликтного законодательства в части защиты животных от жестокого обращения и даются рекомендации по их устранению.

ня, що посягають на громадський порядок, громадську безпеку та моральність»;

главу 14 КпАП України доповнити новою ст. 173³ з назвою «Жорстоке поводження з твариною».

З нашої точки зору, редакція цієї статті має бути такою:

«Стаття 173³. **Жорстоке поводження з твариною**

Протиправне знущання над твариною, вчинене із застосуванням жорстоких методів або з хуліганських мотивів, а також протиправне нацькування тварин одна на одну, вчинене з хуліганських чи корисливих мотивів, якщо таке діяння не спричинило істотної шкоди здоров'ю тварин, –

тягне за собою накладення штрафу до ста неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Те саме діяння, вчинене відносно кількох тварин, у присутності неповнолітнього, групою осіб або особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за одне з правопорушень, передбачених цією статтею, –

тягне за собою накладення штрафу від ста до двохсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк до тридцяти годин.

Діяння, передбачене частиною першою або другою цієї статті, якщо воно було вчинене у присутності малолітнього або спричинило істотну шкоду здоров'ю тварини, –

тягне за собою накладення штрафу від двохсот до трьохсот неоподаткованих мінімумів доходів громадян або громадські роботи на строк від тридцяти до шістдесяти годин.

Примітка. Під істотною шкодою здоров'ю тварини в цій статті розуміється така шкода її здоров'ю, яка була небезпечною для життя тварини в момент її заподіяння, спричинила втрату будь-якого органу або його функцій чи призвела до переривання вагітності».

Список використаних джерел

1. *Морозова В. О.* Адміністративна відповідальність за правопорушення проти громадської моралі: дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпін, 2003. – 202 с.

2. *Великий тлумачний словник сучасної української мови.* – К.; Ірпін, 2005. – 1728 с.

3. *Толковый словарь русского языка:* В 4 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. – М., 1996. – Т. 1. – 824 с.

4. *Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. – М., 1999. – 944 с.

5. *Толковый словарь русского языка* / Под ред. Д. В. Дмитриева. – М., 2003. – 1582 с.

6. *Большой толковый словарь русского языка.* – СПб., 2000. – 1536 с.



УДК 342.9

Василь Фатхутдінов,

канд. юрид. наук, доцент

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПІДГОТОВКИ КАДРІВ З ГРОМАДСЬКОЇ БЕЗПЕКИ В УМОВАХ СУЧАСНИХ ТРАНСФОРМАЦІЙ

У статті розглядаються питання підготовки фахівців з громадської безпеки, аналізуються основні критерії підготовки фахівців.

Ключові слова: громадська безпека, підготовка фахівців, вищі навчальні заклади.

Вимоги щодо ефективного забезпечення громадської безпеки безпосередньо пов'язані з формуванням корпусу працівників-професіоналів, які матимуть необхідні та достатні знання, уміння, навички для якісного виконання покладених на них завдань, реалізації наданих прав [1, с. 6]. Безумовно, не кожен може стати високопрофесійним спеціалістом у сфері забезпечення прав і свобод людини та громадянина. Тому кадрове забезпечення – одна з найважливіших і найскладніших проблем для системи громадської безпеки. Адже саме від того, кому доручено здійснювати охорону громадського порядку, залежить ефективність цієї роботи.

Питання створення та застосування сучасного інформаційного освітнього середовища розглядали А. Білан, М. Кадемія, Г. Козлакова, А. Манако, О. Панасюк, Н. Тализіна. Проблеми підготовки кадрів з громадської безпеки й організації процесу навчання в навчальних закладах досліджували В. Андросюк, О. Бандурка, В. Барко, Ф. Думко, В. Комаров, А. Лігоцький, В. Синьов, С. Сливка, Г. Яворський та ін. Разом із тим наукова проблема підготовки кадрів з громадської безпеки в умовах сучасних трансформацій потребує додаткового наукового аналізу.

|| **Метою цієї статті** є аналіз основних критеріїв підготовки фахівців з громадської безпеки.

У сучасних умовах підготовка кадрів з громадської безпеки має бути системною та комплексною, базуватися на впровадженні нових й удосконаленні існуючих форм і методів кадрової роботи.

Комплексний підхід до підготовки кадрів з громадської безпеки передбачає врахування організаційно-економічних, соціально-психологічних, правових, технічних, педагогічних та інших аспектів у сукупності, їх взаємозв'язку при визначальній ролі соціально-економічних факторів. У свою чергу, системний підхід безпосередньо пов'язаний з урахуванням взаємозв'язків окремих аспектів управління кадрами та полягає в розробленні кінцевих цілей, визначенні

шляхів їх досягнення, створенні відповідного механізму управління, що забезпечує комплексне планування, організацію та стимулювання системи роботи з кадрами на виробництві. При цьому для системи підготовки кадрів з громадської безпеки характерними є певні специфічні особливості, зумовлені вимогами до майбутніх фахівців. Зокрема, спеціаліст з громадської безпеки має бути наділений складним комплексом індивідуально-типових якостей і властивостей.

У Довіднику кваліфікаційних характеристик професій працівників визначений перелік певних вимог до фахівця з організації майнової й особистої безпеки, що може бути прийнятий за основу при формуванні аналогічного переліку для спеціаліста з громадської безпеки. Так, основними завданнями й обов'язками спеціаліста відповідного фаху є [2]:

- організація, координація та здійснення в межах своєї компетенції діяльності охоронної структури відповідно до чинних нормативно-правових актів;
- удосконалення системи управління та роботи щодо задоволення потреб юридичних і фізичних осіб в охоронних послугах;
- організація використання технічних засобів охорони;
- вивчення й узагальнення позитивного досвіду у галузі охоронної діяльності, впровадження нових форм і методів охорони власності;
- надання консультацій юридичним і фізичним особам із питань майнової й особистої безпеки;
- проведення попереднього відбору працівників щодо прийняття на роботу;
- участь у забезпеченні охоронної структури кваліфікованими кадрами й їх розстановці за службовими обов'язками;
- сприяння підвищенню кваліфікації охоронних кадрів;
- організація охорони об'єктів, фізичних осіб, вантажів, грошових коштів, що перевозяться згідно з вимогами чинних нормативних документів;

- забезпечення дотримання працівниками охоронної структури кримінального, адміністративного та податкового законодавства;

- здійснення заходів щодо забезпечення законності та дисципліни у службовій діяльності працівників, їх особистої безпеки під час виконання службових обов'язків, організація взаємодії з правоохоронними органами;

- розроблення місячних графіків несення служби нарядами на закріплених об'єктах;

- перевірка (не менше одного разу на місяць) наявності, стану захисту й обліку вогнепальної зброї, спеціальних та індивідуальних засобів захисту, активної оборони, технічних засобів спостереження;

- участь у комісійному обстеженні об'єктів, що охороняються, та заведення на них літерних (накопичувальних) справ;

- організація й особистий контроль несення служби нарядами охоронної структури, виявлення уразливих місць у технічному укріпленні об'єктів, що охороняються, внесення пропозиції з усунення виявлених недоліків власнику об'єкта;

- участь у забезпеченні соціального розвитку охоронної структури;

- здійснення заходів щодо пошуку нових об'єктів із метою взяття їх під охорону, аналіз та узагальнення якості охоронних послуг, інформування керівництва, сприяння забезпеченню юридичних, економічних, інформаційних та інших умов ефективної діяльності охоронної структури;

- аналіз інформації про діяльність охоронної структури в цілому та за окремими напрямками роботи;

- складання аналітичних довідок, інших документів, ведення службової документації;

- забезпечення своєчасного виконання наказів, доручень, розпоряджень керівництва з питань організації служби;

- інформування керівництва про стан їх виконання.

З метою ефективного виконання покладених завдань фахівець повинен знати [2]: Конституцію України, нормативно-правові акти з питань охоронної діяльності, чинне законодавство України, укази Президента України, постанови та розпорядження Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, інші законодавчі акти органів державної влади, що регулюють охоронну діяльність, основи організації інформаційної безпеки; профіль, спеціалізацію й особливості охоронної структури; основи менеджменту, комерційної діяльності; основи організації праці й управління; основи фінансово-господарської діяльності та маркетингу; методи прогнозування та моделювання попиту на охоронну діяльність, формування конкурентоспроможних охоронних послуг, порядок ціноутворення, способи і методи рекламування послуг; методи вивчення попиту; порядок розроблення планів і програм організаційно-господарської діяльності; порядок укладення господарських та інших договорів, припинення договірних відносин і ведення претензійної роботи; методи вивчення умов

праці на робочих місцях; систему стандартів безпеки праці, захисту працівників від протиправних дій під час виконання службових обов'язків; норми та правила охорони праці та протипожежної безпеки.

Слід зазначити, що якість виконання системою забезпечення громадської безпеки покладених на неї суспільством і державою завдань значною мірою залежить від рівня й якості роботи закладів освіти, які готують спеціалістів відповідного профілю.

З урахуванням сучасних вимог, які висуваються до рівня підготовки фахівця з громадської безпеки, для реалізації завдань підготовки спеціалістів відповідного профілю у нових умовах необхідна концентрація зусиль на таких напрямках [3, с. 5]:

- організація навчального процесу у навчальному закладі має забезпечувати кожному студенту можливість всебічного задоволення його потреб в освіті. Повною мірою має бути використаний потенціал кредитно-модульної системи, яка повинна виступати механізмом перетворення навчального процесу на технологію навчання;

- необхідно здійснити заходи щодо підвищення ефективності фінансово-економічних показників діяльності відповідних закладів освіти, передбачивши оптимізацію фінансових витрат на проведення навчально-виховного процесу, зменшення витрат на підготовку одного фахівця з громадської безпеки без зниження якості освіти. Необхідно надати право навчальному закладу в межах існуючого бюджетного або позабюджетного фінансування планувати рентабельність своєї діяльності;

- якість підготовки фахівців з громадської безпеки безпосередньо залежить від рівня впровадження інформаційно-комунікаційних технологій і формування інформаційної культури. Необхідно сформувати принципово нову парадигму освітньої діяльності в умовах інформаційного суспільства;

- необхідно вдосконалювати систему підготовки спеціалістів з громадської безпеки та впорядковувати мережу вищих навчальних закладів з урахуванням загальнодержавних і регіональних потреб у фахівцях з відповідною освітою. У галузі громадської безпеки мають діяти потужні навчально-наукові центри, роль яких повинні взяти на себе провідні університети;

- для забезпечення працевлаштування фахівців з громадської безпеки слід удосконалювати професійно-практичну підготовку студентів, надавати їм сучасні знання, вміння, навички, що забезпечить випускникам конкурентоспроможність на ринку праці.

Аналіз сучасного стану діяльності вищих навчальних закладів (далі – ВНЗ) України свідчить про те, що належний рівень підготовки кадрів з громадської безпеки може бути забезпечений, насамперед, відомчими навчальними закладами системи МВС.

В умовах сучасних трансформацій функціонування вищих навчальних закладів систе-

ми МВС характеризується поглибленням спеціалізації, зміцненням професіоналізму викладацького складу, наявністю сталих зв'язків між національними та зарубіжними науково-освітніми закладами, підвищенням кількості й якості наукових досліджень, присвячених як загальнотеоретичним, так і прикладним проблемам діяльності органів внутрішніх справ. Сьогодні можна констатувати наявність високого потенціалу професорсько-викладацького складу ВНЗ системи МВС України, які мають змогу вирішити основне поставлене перед ними завдання – підготувати для системи МВС фахівців відповідних освітньо-кваліфікаційних рівнів, здатних якісно виконувати поставлені перед ними завдання, функції й обов'язки, реалізовувати надані права у сфері правоохоронної діяльності [1, с. 11]. Разом із тим виконання такого завдання неможливе без посилення зв'язку навчального процесу з практикою діяльності органів внутрішніх справ; запровадження новітніх форм організації навчальної, наукової та науково-технічної діяльності; вдосконалення системи стажування та виробничої практики курсантів і слухачів навчальних закладів; розроблення та впровадження науково обґрунтованого механізму відбору на навчання, входження в посаду випускників відомчих ВНЗ, які в проекті Концепції реформування системи органів Міністерства внутрішніх справ України названі основними заходами кадрового забезпечення цих органів [4].

Сучасні фахівці вказують на те, що існуюча система ВНЗ МВС України й організація їх діяльності не позбавлені певних недоліків, серед яких, найчастіше, називають такі [1, с. 12]:

- недостатнє матеріально-фінансове забезпечення освітньої діяльності;
- недовісна побудова навчально-виховного процесу, під час якого недостатньо враховуються динамічні зміни в суспільно-економічних відносинах, що відбулися в Україні за роки незалежності, а також потреби практики;
- переважання теоретичної підготовки над практичною серед значної частини професорсько-викладацького складу ВНЗ системи МВС;
- труднощі із забезпеченням працевлаштування випускників ВНЗ МВС виключно за отриманими фахом і спеціальністю.

Стаття надійшла до редакції 19.06.2013 р.

The paper deals with training in public safety. Analyzes the main criteria for training. Identified areas for further research on the issues discussed.

В статье рассматриваются вопросы подготовки специалистов по общественной безопасности, анализируются основные критерии подготовки специалистов.

Вказані проблеми негативно впливають на якість підготовки фахівців для органів внутрішніх справ, але сьогодні ВНЗ мають достатні правові й організаційні можливості для вирішення цих проблем.

Основними позитивними характеристиками системи відомчої освіти є [1, с. 13]:

- усталеність системи відомчих навчальних закладів і науково-дослідних установ, які створювалися не один рік;
- спеціалізована матеріально-технічна база (тири, класи криміналістики, тактико-спеціальної підготовки тощо);
- високопрофесійний і спеціалізований науково-педагогічний склад;
- наявність великої кількості спеціалізованих дисциплін, на які припадає понад 30 % навчального процесу.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що відомчі вищі навчальні заклади системи МВС України здатні забезпечити належний рівень підготовки кадрів громадської безпеки в умовах сучасних трансформацій. Основними напрямками розвитку положень нашого дослідження ми вважаємо науковий аналіз питань організації початкової підготовки спеціалістів з громадської безпеки.

Список використаних джерел

1. Пономаренко Г. О. Діяльність відомчих вищих навчальних закладів щодо реалізації кадрової політики МВС України // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2009. – Вип. 45. – С. 6–13.
2. Про затвердження Випуску 1 «Професії працівників, що є загальними для всіх видів економічної діяльності» Довідника кваліфікаційних характеристик професій працівників: наказ Міністерства праці та соціальної політики України від 29.12.2004 р. № 336 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/FIN11827.html.
3. Голубенко О. Л., Петров О. С., Хорошко В. О. Особливості підготовки фахівців із інформаційної безпеки в Україні // Інформаційна безпека. – 2009. – № 2. – С. 5–17.
4. Проект Концепції реформування системи Міністерства внутрішніх справ України. – К., 2008. – 27 с.



УДК 341.1/8

Ольга Хохленко,*канд. юрид. наук,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РОЗВИТКУ МОРСЬКОЇ ГАЛУЗІ В УКРАЇНІ

У статті розглядається правове забезпечення морської галузі в Україні на основі аналізу деяких нормативно-правових актів.

Ключові слова: морська галузь, морська доктрина, державна морська політика, морський порт, реєстр суден, морська діяльність, море, господарський комплекс.

Морська галузь – важливий чинник економічного розвитку приморських країн. Наявність морської галузі, її стабільне функціонування дозволяє державі повніше реалізувати матеріальні та людські можливості країни, успішно конкурувати на міжнародній арені, сприяє динамічному соціально-економічному розвитку.

Україна як морська держава бере участь у вивченні, освоєнні та використанні ресурсів Світового океану, що потребує визначення і законодавчого закріплення національних інтересів у цій сфері діяльності, встановлення пріоритетів їх реалізації.

Чинне національне законодавство з правового регулювання морської галузі складається з: Кодексу торговельного мореплавства, законів «Про морські порти України», рішення РНБОУ від 16.05.2008 р. «Про заходи щодо забезпечення розвитку України як морської держави», Концепції проекту закону «Про морську політику України», Морської доктрини України на період до 2035 року, Стратегії розвитку морських портів на період до 2015 року тощо.

Чинна нормативно-правова база, що регулює діяльність морської галузі, є фрагментарною, охоплює один або кілька аспектів розвитку галузі, але не розглядає галузь у цілому; одні й ті самі відносини врегульовані кількома нормативно-правовими актами, значна частина питань функціонування морської галузі досі регулюється підзаконними нормативно-правовими актами.

Мета цієї статті – на основі аналізу правового забезпечення морської галузі в Україні визначити прогалини законодавства у

цій сфері та запропонувати шляхи вдосконалення законодавства щодо розвитку морської галузі.

Прийняття Морської доктрини є важливим кроком на шляху надання морській політиці України статусу пріоритетної. Морська доктрина визначає стратегію України як морської держави, має відповідну юридичну силу, є фундаментом для прийняття інших нормативно-правових актів.

Позитивною тенденцією Морської доктрини є законодавче закріплення особливого об'єкта правового регулювання – морської політики держави, а також визначення мети й основних завдань морської політики, національних інтересів України у сфері морської діяльності, принципів реалізації державної морської політики. Разом із тим Морська доктрина містить дещо вузьке визначення морської діяльності, наголошуючи на її господарсько-правовому аспекті. Відповідно до Морської доктрини морська діяльність – це використання ресурсів Азовського та Чорного морів, Керченської протоки й інших районів Світового океану на користь України шляхом провадження ефективної та безпечної морської господарської діяльності, сталої військово-морської діяльності та діяльності, пов'язаної з охороною державного кордону на морі. К. Пісьменна пропонує розглядати морську діяльність у ширшому правовому сенсі і вважає, що це «правовий режим морських просторів, правова охорона морського середовища, правове забезпечення безпеки мореплавства, господарсько-правова морська діяльність або суднобудування, судноремонт, морське приладобудуван-

ня та суднове машинобудування, а також приватноправова морська діяльність: перевезення вантажів та пасажирів морем, фрахт суден та ін., правове регулювання праці моряків» [1, с. 170].

Проект Закону Про морську політику, прийняття якого має стати наступним кроком після затвердження Морської доктрини, передбачає шляхи законодавчого врегулювання відносин, пов'язаних із внутрішньою та зовнішньою політикою України у сфері морської діяльності, визначає пріоритети, принципи, шляхи та способи реалізації морської політики України. Морською доктриною України на період до 2035 р. визначені основні завдання державної морської політики, національні інтереси України у сфері морської діяльності, принципи реалізації державної морської політики, шляхи розв'язання завдань державної морської політики. Іншими словами, одні й ті самі відносини регулюватимуться двома нормативно-правовими актами різної юридичної сили [2].

Закон «Про морські порти України», прийнятий 17.05.2012 р., безумовно, необхідний крок, адже до нього не було жодного нормативно-правового акта, який би комплексно регулював відносини у діяльності морських портів. Цей Закон визначає правові, економічні й організаційні засади діяльності в морських портах України. Однак він має певні недоліки, оскільки більша частина Закону присвячена приватизації портової інфраструктури. Передача морських портів у приватну власність має як позитивні, так і негативні моменти. З одного боку, передача морських портів у приватну власність сприятиме зростанню інвестицій у цю галузь і держава могла б збільшити вантажообіг українських портів, залучати нові вантажі, з іншого – це може стати поштовхом до їх «захвату». Вільна конкуренція забезпечить ефективніше управління діяльністю порту, ніж контроль із боку адміністративних органів.

Неоднозначним у згаданому Законі є введення такого суб'єкта, як державна адміністрація морських портів, адже фактично йдеться про створення державного підприємства-монополіста, наділеного ознаками органу державної влади, що здійснюватиме контроль і нагляд за діяльністю підприємств недержавного сектора економіки. Цим Законом на державне підприємство – Адміністрацію морських портів України – покладена невласлива суб'єктам господарювання функція державного регулювання (розділ III), що призведе до порушення конституційного принципу поділу та реалізації влади [3, с. 38].

Прийняття на основі Морської доктрини галузевої програми розвитку для суднобудування та судноремонту допомогло б відродженню суднобудівної промисловості, визначило б стратегічні цілі держави в галузях суднобудування та судноремонту. Адже Україна має розвинуту суднобудівну та судноремонтну базу, що залишилася ще з радянських часів. Але на сучасному етапі суднобудівна промисловість знаходиться в незадовільному стані. Зазначена програма могла б урахувати особливості окремих підгалузей суднобудування та судноремонту, надала б законодавчі преференції таким найбільш конкурентоспроможним і перспективним галузям, як будівництво пасажирських суден, науково-дослідних суден спеціального призначення, танкерів та ін.

Основним стримуючим фактором розвитку національної суднобудівної промисловості є: недосконалість організації ринку фінансово-кредитних послуг, оскільки суднобудівним заводам недоступні кредити з низькими відсотковими ставками; відсутність внутрішнього ринку суднобудування; низька технологічність виробництва; відсутність державної підтримки, зокрема надання прямих субсидій і пільгових режимів оподаткування; відсутність належного інституційного середовища як транспортної логістики.

Викладене свідчить, що найбільш ефективним механізмом розвитку суднобудівної промисловості має стати програма державної підтримки цієї галузі шляхом надання державних гарантій під кредити комерційних банків.

Назріла необхідність прийняття Закону «Про міжнародний реєстр суден України», оскільки проблема реєстрації суден досі актуальна.

Відповідно до Конвенції ООН з морського права 1982 р. кожна держава має право на реєстрацією суден під свій прапор. При цьому ст. 91 Конвенції закріплює право держави самостійно визначати умови реєстрації суден на їх території та права плавання під їх прапором.

Слід зазначити, що спрощена процедура реєстрації суден в інших країнах, низький рівень податків, ліберальне законодавство щодо умов праці членів екіпажів, низькі технічні вимоги до суден сприяли поширенню тактики «зручних прапорів», тобто реєстрації суден під прапори інших держав, а це, у свою чергу, забезпечує суттєві прибутки іноземним державам за рахунок великої кількості суден, які реєструються під їх прапором [4, с. 291].

Метою прийняття Закону «Про міжнародний реєстр суден України» є залучення суден під український прапор, що дозволить вирішити проблему відновлення українського морського торговельного флоту та працевлаштування і подальшого підвищення кваліфікації рядового та командного складу. Робити це потрібно із паралельним внесенням змін до Податкового кодексу та Кодексу торговельного мореплавства, передбачивши пільговий режим оподаткування для судновласників, які здійснюватимуть перевезення під Державним Прапором України, адже розмір сукупного оподаткування судноплавної діяльності, який нині діє в Україні, є одним із найбільших у світі.

Висновки

Проведений аналіз свідчить про необхідність удосконалення нормативно-правової бази та прийняття нових законодавчих актів у морській галузі. Нормативно-правові акти повинні бути систематизовані та мати ієрархічну структуру, де основним стрижнем є Морська доктрина [1, с. 172].

Стаття надійшла до редакції 06.06.2013 р.

In the article the legal providing of marine industry is examined in Ukraine on the basis of analysis some normatively legal acts.

В статье рассматривается правовое обеспечение морской отрасли в Украине на основе анализа некоторых нормативно-правовых актов.

Для реалізації Морської доктрини необхідно розробити цільові національні програми розвитку торговельного судноплавства; їх положення мають бути враховані при прийнятті Закону «Про морську політику».

Список використаних джерел

1. *Письменна К. С.* Законодавчі аспекти реалізації морської доктрини в Україні // Вісник Національної юридичної академії імені Ярослава Мудрого. – 2012. – № 2. – С. 166–173.
2. *Щитцов О. О.* До питання доцільності підготовки проекту Закону України «Про морську політику України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://visnyk-psp.kpi.ua/uk/2010-4/10%20-%204\(8\)%20-%2043.pdf](http://visnyk-psp.kpi.ua/uk/2010-4/10%20-%204(8)%20-%2043.pdf).
3. *Булгакова І. В.* Перспективи розвитку морських портів України у зв'язку із прийняттям Закону України «Про морські порти України»: Збірник праць наук.-практ. конф., присвяченої 100-річчю заснування КДАВТ, 7 листопада 2012 р. – К., 2012. – С. 35–38.
4. *Шемякін О. М., Півторак Г. В.* Сучасні проблеми інституту державної реєстрації морських торговельних суден у міжнародному морському праві // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 290–293.



УДК 342.951:636

Світлана Ковальова,*старший викладач
Національного університету біоресурсів
і природокористування,
м. Київ*

АКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ РОЗВИТКУ ПЛЕМІННОЇ СПРАВИ В УКРАЇНІ

У статті оцінюється стан правового регулювання розвитку племінної справи в Україні, пропонується науково-обґрунтована класифікація сукупності правових норм із регулювання діяльності у галузі племінного тваринництва.

Ключові слова: племінна справа, селекційні досягнення, класифікація.

Правове регулювання розвитку племінної справи в Україні є відносно новою сферою правового регулювання, що отримала належний розвиток із становленням і розвитком товарного племінного тваринництва та необхідністю правового встановлення діяльності з поліпшення, створення та використання селекційних ресурсів у галузі. Регулювання відносин у зазначеній сфері забезпечується нормами декількох галузей права: цивільного, адміністративного, трудового, фінансового тощо. Це свідчить про те, що правове регулювання племінної справою є комплексною галуззю права, побудованою на основі інтеграції декількох галузей права. Проведене нами дослідження засвідчило, що за часів незалежності України з метою правового врегулювання проблем розвитку племінної справи прийнято більше тисячі нормативно-правових актів різної спрямованості. Така законодавча активність зумовлювалася об'єктивною необхідністю відповідного правового регулювання реалізації назрілих селекційно-племінних заходів. Незважаючи на наявність такого чисельного масиву актів, на сьогодні не зроблено жодної спроби щодо його систематизації, яка дозволила б логічно розділити та внутрішньо узгодити сукупність чинних нормативно-правових актів із регулювання відносин у галузі племінного тваринництва.

Дослідженню системи правового регулювання розвитку племінної справи приділяли увагу В. Курило, В. Шкарупа, О. Піддубний, які вивчали організаційну структуру, функції й юрисдикційні повноваження Головної державної племінної інспекції [1, с. 114–119]. Заслужують також на увагу роботи В. Іванова [2, с. 114–119], а також збірник діючих редакцій нормативних актів у галузі племінного скотарства [3, с. 114–119].

Метою цієї статті є здійснення науково обґрунтованої класифікації сукупності пра-

вових актів із регулювання діяльності у галузі племінного тваринництва.

Створення повноцінної системи правового регулювання розвитку племінної справи обов'язково має передбачати класифікацію правових актів, що входять до її складу. Ми поділяємо точку зору В. Пакутіна, згідно з якою наукова класифікація є поділом правових норм на визначені підгрупи на основі подібності та різниці їх найбільш суттєвих ознак, проведеним таким чином, щоб кожна підгрупа посідала серед членів поділу відповідне місце [4, с. 58].

Розвиток племінної справи в Україні регламентується більше ніж тисячею нормативно-правових актів різних видів і рівнів підпорядкованості. Особливе місце серед них належить законам України «Про племінну справу у тваринництві» від 21.12.1999 р. № 1328-XIV та «Про Загальнодержавну програму селекції у тваринництві на період до 2010 року» від 19.02.2004 р. № 1517-IV, що мають комплексний характер і стосуються практично всіх аспектів здійснення селекційно-племінної роботи в Україні. Проте, як свідчить проведене нами дослідження, переважна більшість актів регламентує досить вузьку сферу правовідносин (наприклад, «Положення про державний племінний реєстр» від 10.06.2002 р. № 488/6776 – питання реєстрації, обліку, ведення спеціальної бази даних щодо племінних стад). Вважаємо, що логічно було б систематизувати сукупність нормативно-правових актів щодо розвитку племінної справи в Україні відповідно до сфер діяльності, що охоплюються логічним обсягом поняття «племінна справа» у тому вигляді, як передбачено законодавцем. Закон України «Про племінну справу в тваринництві» воно регламентує зоотехнічні, селекційні й організаційно-господарські види заходів.

Весь масив нормативно-правових актів, що прямо чи в інший спосіб стосується галу-

зі племінного тваринництва, характеризується різноманітністю, що залежить від:

- виду регульованих суспільних відносин;
- органів, що прийняли ці нормативно-правові акти;
- форми актів;
- їх юридичної сили актів;
- методів впливу на регульовані відносини.

Інформаційною базою нашого дослідження вперше стали нормативно-правові акти з управління племінною справою у тваринництві України, прийняті державними органами управління різних рівнів упродовж 1991–2012 рр. Наявність у межах племінної справи певного кола відосіблених за своєю метою та специфікою діяльності сфер дає підстави для класифікації їх правового регулювання за предметно-тематичною класифікацією. На нашу думку, що сукупність нормативно-правових актів з правового регулювання розвитку племінної справи доцільно класифікувати за такими напрямками:

- законодавче регулювання правового статусу суб'єктів племінної справи;
- правове регулювання функціонування єдиної системи селекції у тваринництві, зокрема ідентифікація племінних тварин, племінний облік, бонітування, оцінка тварин за якістю потомства й іншими ознаками, формування інформаційної бази даних із племінної справи та періодична публікація аналітичних відомостей із племінної справи у тваринництві тощо;
- правове регулювання створення та поліпшення порід сільськогосподарських тварин; збереження генофонду існуючих, локальних і зникаючих порід;
- правове регулювання наукових розробок і впровадження більш досконалих методів селекції, а також методів біотехнології та генної інженерії;
- правове регулювання здійснення державної економічної підтримки проведення заходів із племінної справи у тваринництві;
- правове регулювання атестації працівників із племінної справи, які виконують спеціальні роботи племінними (генетичними) ресурсами;
- управління державним майном, що перебуває у розпорядженні суб'єктів племінної справи;
- правове регулювання міжнародного співробітництва з питань племінної справи.

Законодавче регулювання правового статусу суб'єктів племінної справи включає до свого складу закони, положення, статuti, інші нормативно-правові акти про органи, підприємства, установи й організації цієї галузі з приводу набуття ними дозволів на діяльність, прав та обов'язків у галузі племінної справи. Крім зазначених, сюди відносимо нормативно-правові акти щодо організації та проведення ліцензування господарської діяльності з виробництва, зберігання і реалізації пле-

мінних (генетичних) ресурсів, проведення генетичної експертизи походження й аномалій тварин; проведення державних атестацій та переатестацій, присвоєння відповідних статусів суб'єктам племінної справи.

Другим напрямом охоплені нормативно-правові акти, що забезпечують уніфікацію проведення ідентифікації тварин, обліку й їх оцінки у підприємствах – суб'єктах племінної справи з метою порівняння отриманих результатів на рівні підприємств і подальшої можливості їх накопичення, обробки, аналізу на вищих рівнях управління селекційним процесом. Характерними для цієї групи актів є накази Міністерства аграрної політики, які містять інструкції з ведення племінного обліку в різних напрямках племінної діяльності у тваринництві – від 22.06.2001 р. № 179 «Інструкція з ведення племінного обліку в птахівництві», від 16.07.2003 р. № 242 «Про затвердження Інструкції з бонітування овець»; розпорядження, що поширюються на порядок випробування племінних тварин, формування та ведення Державних племінних реєстрів, – від 18.03.2005 р. № 21 «Про проведення випробування коней суб'єктами з племінної справи у тваринництві на іподромах України в сезон 2005 року», від 10.04.2003 р. № 21 «Про подання матеріалів для формування і ведення Державного племінного реєстру»; положення – від 29.12.2002 р. № 416 «Про затвердження Положення про племінне свідоцтво (сертифікат) та зразків форм племінних свідоцтв (сертифікатів); правила – від 13.06.2002 р. № 157 «Про затвердження Правил випробувань племінних коней рисистих, верхових і ваговозних порід на іподромах України»; незначна кількість нормативно-правових актів припадає на постанови Кабінету Міністрів України.

Проблема збереження існуючого генофонду, раціонального його використання актуальна, адже від його стану значною мірою залежить успішна робота селекціонерів. Але, як свідчить дослідження, близько 1,5 тис. існуючих порід сільськогосподарських тварин перебувають на межі зникнення; за період з початку нинішнього тисячоліття зникло більш як 60 порід. Тенденція до скорочення генофонду сільськогосподарських тварин свідчить про відсутність належного державного регулювання таким важливим процесом. Дослідження джерельної та правової бази показало, що в нашій країні відсутні нормативно-правові акти, які б забезпечили збереження генофонду існуючих локальних і зникаючих порід.

В умовах ринкової економіки, конкуренції використання наукового потенціалу, правове регулювання наукових розробок і впровадження досконалих методів селекції, біотехнології та генної інженерії є необхідністю суспільства. Цей напрям класифікації охоплює невеликий масив нормативно-правових актів: Закон України «Про Загальнодержавну

програму селекції у тваринництві на період до 2010 року», та наказ Міністерства аграрної політики «Про використання досвіду концерну «Віадук» щодо інновацій інтеграції, інвестицій в насінництво та племінній справі» від 15.05.2001 р. № 125/35.

Напрямок правового регулювання економічної підтримки з боку держави охоплює низку нормативно-правових актів, що здійснюють правове супроводження комплексу економічних механізмів і важелів державної допомоги суб'єктам племінної справи. Сюди входять: постанови Кабінету Міністрів України «Про звільнення від обкладення податком на добавлену вартість імпортованої племінної продукції тваринництва, птахівництва, приладів та обладнання, що закуповуються для відтворення стада сільськогосподарських тварин» від 06.09.1994 р. № 621, «Про відпуск зерна з державного резерву для виготовлення комбікормів птахогосподарствам, спеціалізованим підприємствам з виробництва свинини та племінним господарствам» від 30.11.1999 р. № 2180, розпорядження Державної митної служби «Щодо звільнення від обкладення податком на додану вартість племінних чистопородних тварин великої рогатої худоби або генетичного матеріалу, що ввозяться суб'єктами спеціального режиму оподаткування» від 17.09.2009 р. № 11/3-10.15/8972-ЕП; наказ Міністерства аграрної політики «Про поліпшення матеріально-технічної бази підприємств (об'єднань) по племінній справі в тваринництві для створення пунктів штучного осіменіння маточного поголів'я великої рогатої худоби» від 24.05.2005 р. № 226.

Шостий напрям охоплює нормативно-правові акти, що регламентують проведення атестації працівників із племінної справи, які виконують спеціальні роботи, пов'язані з веденням офіційного племінного обліку, класифікації за типом тварин, штучним осіменінням, трансплантацією ембріонів: наказ Міністерства аграрної політики «Про затвердження Положення про порядок проведення атестації працівників, які виконують спеціальні роботи, пов'язані з племінними (генетичними) ресурсами у бджільництві» від 17.01.2003 р. № 406.

Нормативно-правові акти, що забезпечують управління державним майном, що перебуває в розпорядженні суб'єктів племінної справи можна згрупувати в три групи. До пер-

шої групи доцільно віднести розпорядження Кабінету Міністрів України «Про передачу цілісного майнового комплексу Державного племінного птахівничого заводу ім. Фрунзе до складу Національного аграрного університету» від 31.03.2004 р. № 201-р. Другу групу складають накази Фонду державного майна «Про перенесення продажу пакета акцій ВАТ «Племінний завод» Славне» з Української фондової біржі на Кримську філію Кримської фондової біржі» від 31.07.2005 р. № 12/3. До третьої групи відносимо накази Міністерства аграрної політики «Про передачу об'єктів соціальної інфраструктури державного підприємства «Одеське обласне підприємство по племінній справі у тваринництві»» від 26.12.2008 р. № 879.

Напрямок правового регулювання міжнародного співробітництва з питань племінної справи включає накази Міністерства аграрної політики – «Про проведення експертної оцінки племінного поголів'я коней та технологічного обладнання, придбаного по імпорту за рахунок коштів державного бюджету Лозівським кінним заводом № 124 Харківської області» від 25.01.2005 р. № 37 та листи відповідних служб – Державної митної служби «Про дозвіл на ввезення з території ФРН племінної великої рогатої худоби» від 11.07.2007 р. № 18/18 – 2/659.

Висновки

Аналіз нормативно-правових актів із правового регулювання розвитку племінної справи дозволив нам класифікувати їх за предметно-тематичним спрямуванням. Ми визначили й обґрунтували вісім напрямів предметно-тематичної класифікації нормативно-правових актів правового регулювання розвитку племінної справи в Україні.

Список використаних джерел

1. Курило В. І., Шкарупа В. К., Піддубний О. Ю. Адміністративна юрисдикція в АПК України. – К., 2008. – 687 с.
2. Племінна справа у тваринництві: Нормативно-правові документи: У 3 т. – Л., 2004.
3. Нормативно-правові акти з питань племінної справи у тваринництві. – К., 2004. – 278 с.
4. Охрана окружающей среды: управление, право. – К., 1982. – 234 с.

Стаття надійшла до редакції 24.05.2013 р.

Made overall assessment of the legal regulation of tribal business in Ukraine for the first time and offered evidence-based classification of an array of legal regulations on activities in the field of animal breeding.

В статтє оценивается состояние правового регулирования племенного дела в Украине, предлагается научно-обоснованная классификация массива правовых норм по регулированию деятельности в области племенного животноводства.



УДК 351.74.072.6 (477)

Марта Бойчук,

ад'юнк

Львівського державного університету внутрішніх справ

ПРИНЦИПИ ЗДІЙСНЕННЯ КОНТРОЛЮ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ У ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

Стаття присвячена розкриттю принципів здійснення контролю дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ, насамперед контрольних, а також їх місця в механізмі контролю дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ.

Ключові слова: контроль, принципи здійснення контролю дискреційних повноважень, механізм контролю здійснення дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ, правосвідомість, правова та моральна культура державних службовців.

Однією з ключових проблем контролю дискреційних повноважень є те, що такий контроль у правоохоронній сфері реально не завжди є пріоритетом для самої влади. На жаль, сьогодні в Україні механізм контролю здійснення дискреційних повноважень в діяльності органів внутрішніх справ (далі – ОВС) ще не має достатнього нормативного врегулювання. Слід констатувати, що в Україні контроль дискреційних повноважень відбувається доволі стихійно. У зв'язку з цим існуючий механізм контролю дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ потребує вдосконалення. Такий контроль, на нашу думку, необхідно реалізувати у площині не лише контролю, а й взаємодії з суспільством.

Мета цієї статті полягає у дослідженні принципів контролю здійснення дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ, а також їх місця в механізмі контролю дискреційних повноважень в діяльності ОВС.

В Україні проблемам контролю за діяльністю ОВС приділяється значна увага. Так, питання контролю активно досліджували російські й українські вчені. Серед них чільне місце посідають роботи В. Козбаненко, Ю. Римаренка, В. Гаращука, В. Авер'янова, Д. Бахрах, Д. Овсянко, Л. Коваль та ін.

Негативними наслідками відсутності ефективного механізму контролю здійснення дискреційних повноважень у діяльності ОВС є падіння авторитету та рівня довіри до цих органів з боку населення, їх закритість, масо-

ве порушення ними прав і свобод громадян, ускладнення відносин із іноземними державами, політизація ОВС, зловживання та корупція, незадовільний морально-психологічний клімат в окремих групах, високий рівень самогубств серед працівників ОВС, зниження темпів проведення правоохоронної реформи тощо.

З метою здійснення ефективного контролю за діяльністю ОВС необхідно підвищити дисциплінарну та кримінальну відповідальність посадових осіб цих органів за масове порушення ними прав і свобод громадян. Зрозуміло, що ідеальної універсальної моделі створення механізму контролю здійснення дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ існувати не може. Адже моделі контролю можуть варіюватися залежно від обставин і з часом змінюватися, але відсутність кінцевої моделі не повинна навіювати песимізм стосовно можливості його створення. Якщо ми прагнемо створити в Україні сучасний, відкритий для суспільства та шанований у народі орган охорони правопорядку, то обмежитися лише його перебудовою не вдасться. Необхідно серйозно розібратися в проблемах ОВС, диференційовано підійти до їх вирішення. Це свідчить, що суспільство сучасної України, перш за все бажає, щоб влада міліції була підконтрольна закону, щоб вона не могла незаконно обмежувати свободу індивідуума. Йдеться про те, що якщо законодавець на нормативному рівні чітко не визначив межі здійснення дискреційних повноважень у діяльності органів внутрішніх справ, а тому слід керуватися відповідними принципами, що визначені в Рекоменда-

ції Комітету Міністрів Ради Європи від 11.03.1980 р. № R (80) 2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами [1].

Слід зазначити, що дискреційні повноваження зв'язані законом і, як зазначає Л. Мішу, в основі цього поняття лежить право вибору одного з можливих варіантів вирішення завдання, поставленого законом, і в рамках, окреслених законом [2, с. 58]. Цей вибір у сучасному вітчизняному законодавстві зв'язаний законом, він проявляється тільки в межах, встановлених законом, і не може виходити за його межі, адже діяльність органів внутрішніх справ базується на законі. Вихід за демаркаційну лінію законності є порушенням закону та передбачає настання покарання. Зв'язаність діяльності органів внутрішніх справ законом і законністю зумовлюється такими аспектами:

- процедура застосування дискреційних повноважень, тобто свобода вибору одного з декількох дозволених варіантів рішень і правових наслідків обмежена, перш за все, Конституцією України (адже в ч. 2 ст. 8 Конституції зазначено, що Конституція України має найвищу юридичну силу). Закони й інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України та повинні відповідати їй. Органи внутрішніх справ у своїй діяльності не можуть порушувати її норми, права і свободи людини та громадянина, які є найвищою соціальною цінністю, визначають зміст і спрямованість діяльності держави;

- закон, який закріплює за органом право вибору, обмежує останній лише визначеною сферою (звідси вихід за межі повноважень у відповідній сфері є порушенням закону);

- вибір одного з декількох дозволених варіантів рішень і правових наслідків пов'язаний з іншими відносинами, насамперед метою, яку слід досягти за результатами застосування закону. Така ціль прямо визначається законодавцем або випливає із змісту закону при його інтерпретації та передбачає, що орган має використовувати надані йому повноваження лише з тією метою, з якою вони були надані [3]. Однак, реалізуючи положення деяких законів, можемо спостерігати, що їх мета чітко не прослідковується, тобто прямо не сформульована. За таких умов, необхідно звертати увагу на зміст закону та через його тлумачення визначати мету. Закон надає органу декілька юридично рівноцінних альтернатив. Але вони рівноцінні лише до того моменту, поки не починають реалізовуватись у життя, коли не зіштовхнуться з конкретними умовами, в яких норма має застосовуватись. З цього моменту вони перестають бути рівноцінними, і законними будуть лише ті, за допомогою яких досягається мета,

визначена законом. Якщо ж повноваження будуть використані не з встановленою метою, то, на думку А. Лунева, матиме місце викривлення влади, пряме порушення закону, адже мету закону не можна виносити за межі права [4, с. 64]. Крім того, можлива й ситуація, коли повноваження використане відповідно до мети і в межах закону, але прийняте рішення не є найбільш адекватним, найбільш вдалим до наявної ситуації. Тоді компетентний суб'єкт (орган, посадова або службова особа) самостійно оцінює ситуацію, конкретні обставини та приймає найбільш доцільне, на його думку, рішення, яке відображає специфіку проблеми та дозволяє досягти мети, визначеної законом;

- наступним аспектом, який пов'язує діяльність ОВС із законом і законністю є принципи здійснення дискреційних повноважень, а саме – мета дискреційного повноваження; об'єктивність та неупередженість; рівність перед законом; пропорційність; розумний час; застосування вказівок; відкритість вказівок; відступ від вказівок; характер контролю; утримання правоохоронного органу від дій; повноваження контрольних органів щодо отримання інформації тощо [1]. Досить важливим аспектом, який забезпечує утримання діяльності органів внутрішніх справ у межах закону і законності, є високий рівень правосвідомості та висока правова культура державних службовців.

Мета дискреційного повноваження. Суть принципу полягає в тому, що працівник ОВС, здійснюючи вибір одного з декількох дозволених варіантів рішень і правових наслідків, має дотримуватися мети, у зв'язку з якою йому надане таке повноваження.

Принцип об'єктивності та неупередженості набуває практичного застосування у процесі прийняття рішення. Він є основним способом впливу, реагування ОВС на правовідносини, що склалися, з урахуванням при цьому всіх факторів, які впливають на реалізацію дискреційних повноважень.

Принцип рівності перед законом. Мета принципу зводиться в основному до усунення будь-яких проявів несправедливості, дискримінаційного ставлення до особи та необхідності гарантувати рівність як формально, так і фактично, перш за все, якщо це стосується діяльності ОВС.

Принцип пропорційності відіграє роль певного балансу або прийнятного компромісу для обох сторін в узгодженні їх інтересів. Найбільшого поширення принцип набуває у випадку, коли прийняте рішення негативно впливає на права та свободи заінтересованих осіб.

Принцип розумного часу особливого значення набуває під час реалізації дискреційних повноважень ОВС. Цей принцип допус-

кає високий ступінь помилковості поспішно прийнятого рішення до встановленого строку (зокрема, з метою отримання максимального можливого обсягу інформації про ситуацію, в якій доводиться діяти).

Принцип застосування вказівок. Суть принципу полягає в тому, що працівники міліції повинні виконувати накази, які законно видаються їх начальниками, але при цьому зобов'язані утримуватися від виконання явно незаконних наказів, інструкцій і вказівок, не побоюючись при цьому ніяких санкцій (п. 39 Рекомендації (2000) 10 Ради Європи про кодекси поведінки державних службовців) [5]. Це, зокрема, стосується того положення, що працівники ОВС повинні особисто відповідати за свої дії, маючи можливість відмовитися виконувати незаконні накази, які прямо суперечать закону або явно не відповідають йому.

Принцип відкритості вказівок є доповненням до принципу загального доступу до інформації та полягає в тому, що при належному виконанні принципу відкритості вказівок особа одержує можливість бути поінформованою про те, чи належним чином було дотримано принцип рівності та справедливості під час прийняття рішення, що її стосується.

Принцип відступу від вказівок полягає у наданні відповідній особі можливості отримати інформацію про причини, що зумовили відступ посадовця від загальних вказівок, і з'ясувати чи був такий відступ доволеним.

Далі у Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи від 11.03.1980 р. № R (80) 2 щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами зазначається перелік принципів, які покликані гарантувати законність рішень, прийнятих у порядку застосування дискреційних повноважень. Такими принципами є: характер контролю; утримання правоохоронного органу від дій; повноваження контрольних органів щодо отримання інформації тощо. Так, основною метою принципу *характер контролю* зводиться до забезпечення законності будь-якого прийнятого рішення шляхом контролю, що здійснюється судом або іншим незалежним органом. Сам контроль слід розглядати у двоплярному розумінні: перше – це «процедурний» контроль, який здійснюється за належним дотриманням принципу законності при прийнятті рішення; друге – контроль за «якістю» прийнятого рішення, тобто його відповідністю конкретним обставинам та аргументам, що характеризують доцільність прийняття рішення. Крім цього, ще одним детермінантом подвійної інтерпретації контролю виступає організація його здійснення, тобто сукупність усіх органів, які мають пра-

во його здійснювати. В такому аспекті він поділяється на загальний і спеціальний.

Загальний – це контроль, який здійснюється відповідними органами, що інспектують всю правоохоронну сферу. Під час такого контролю основна увага приділяється загальному стану прийнятих рішень і їх відповідності принципам доцільності, законності та справедливості. Спеціальний – це контроль під час якого провадиться більш глибокий аналіз і перевірка правильності прийнятих рішень, належного вибору одного з декількох дозволених варіантів рішень і правових наслідків, виконання поставлених завдань органом, застосовуються заходи попередження та припинення неправомірних дій. Згідно із закордонною практикою, виконання цієї функції покладається на механізм кримінальної юстиції, який контролює дотримання законності у правовій системі. Подібна спеціалізація допомагає приймати на цій основі висококваліфіковані рішення. Так, для гідної ефективності контролю, для того, щоб така інновація запрацювала повноцінно в Україні, належить вирішити низку правових проблем, пов'язаних із нестачею юристів з досвідом роботи контролю дискреційних повноважень у правоохоронній сфері. Крім того, базуючись на першому поділі контролю на «процедурний», за законністю й «якісний», за практичною доцільністю, необхідність створення кримінальної юстиції є виправданою і такою, що відображає євроінтеграційні прагнення України не тільки в політико-територіальному аспекті, а й у законодавчому сенсі. Таким чином, у зв'язку з відсутністю єдиного нормативного акта стосовно здійснення контрольних повноважень в Україні доцільно було б, інтенсифікувати необхідність прийняття відповідного правового кодексу, який би законодавчо закріплював і регулював контрольні повноваження нарівні з іншими процедурами.

Практичне застосування принципу *утримання правоохоронного органу від дій* забезпечує подвійний наслідок: по-перше, встановлює додаткові гарантії для заінтересованої особи щодо належного прийняття рішення; по-друге, дисциплінує посадових осіб ОВС у контексті результативної роботи.

Зміст принципу *повноваження контрольних органів щодо отримання інформації* полягає в тому, що суд або інший контролюючий орган має право отримувати доступ до інформації, яка була покладена в основу прийняття рішення, а відповідний орган – зобов'язаний надати таку інформацію.

Беручи до уваги складність досліджуваної проблематики, залишається актуальним питання ролі правосвідомості, правової та моральної культури державних службовців у контексті дискреційних повноважень. Щоб

краще уявити яким чином правосвідомість, правова та моральна культура впливають на працівників ОВС, насамперед, при застосуванні дискреційних повноважень компетентним суб'єктом, слід заглибитися у суть цих категорій. Так, правосвідомість є сферою суспільної, групової й індивідуальної свідомості, що відображає правову дійсність у формі юридичних знань, оціночного відношення до права та практики його застосування, правових встановлень і ціннісних орієнтирів, які регулюють людську поведінку в юридично значимих ситуаціях [6, с. 55].

Високий рівень правової та моральної культури передбачає глибоку повагу до принципів, прав і свобод, що проголошені правом і мораллю, розуміння їх особливостей. Правова культура полягає у знанні та правильному розумінні норм права, а також у поведінці, що повністю відповідає приписам закону. Поєднання зазначених чинників в особі працівника ОВС проявляється в розумінні ним своїх функцій і завдань, у точному виконанні приписів закону, в забезпеченні прав і законних інтересів громадян, у готовності до здійснення дискреційних повноважень, у правильності прийнятих рішень, у належному виборі одного з декількох дозволених варіантів рішень і правових наслідків, в обґрунтованості прийнятих рішень тощо.

Правосвідомість має вкрай важливе значення в діяльності ОВС, а тому важливо, щоб працівники ОВС не були «сліпими» виконавцями «волі» закону, а вміли правильно оцінити конкретні обставини ситуації та прийняти рішення, яке відповідає визначенню у Рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи № R (80) 2 принципам здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами.

Правосвідомість допомагає формуванню правильного уявлення про суспільні функції, повноваження, які виконує особа й які детермінують її поведінку. Як зазначає О. Лукашева, правильно зрозумілі суспільні потреби діяльності та вимоги, які пред'являються до неї, виявляються у правових установках, ціннісних орієнтаціях, що безпосередньо формує внутрішню програму діяльності в юридично значимих ситуаціях [7, с. 337]. Іншими словами, правові установки та ціннісні орієнтації сприяють правильному формуванню переконання в працівника ОВС у конкретному випадку та спонукають його до певної вольової дії, тобто через правові установки та ціннісні орієнтації виявляється роль правосвідомості у формуванні переконання в працівника ОВС, що спонукає його до дії.

До психологічних характеристик правозастосовної діяльності, на думку В. Пахомо-

ва, слід віднести: правову регламентацію, тактичний простір, наявність владних повноважень, дефіцит часу, різноманітність розумових завдань, наявність негативних емоцій [8, с. 86].

Правова регламентація передбачає суворе регулювання правозастосовної діяльності, обмежує свободу компетентних суб'єктів у процесі прийняття рішення, підпорядковуючи їх діяльність суворо встановленому нормами закону порядку. Разом із тим компетентні суб'єкти (орган, посадова або службова особа), які приймають рішення, мають певну свободу у виборі засобів реалізації своєї діяльності, її найбільш раціональній та ефективній організації. Це виражається у широкому застосуванні тактичних прийомів, їх комплексів, комбінацій.

Психічний стан компетентного суб'єкта, наділеного владним повноваженням, визначається передусім високим ступенем відповідальності, пов'язаної з його повноваженнями та їх застосуванням у кожному конкретному випадку.

Дефіцит часу або, наприклад, напружений режим праці також негативно впливає на компетентного суб'єкта (орган, посадову або службову особу), роблячи його працю менш ефективною. В цьому відношенні прийняття рішення з урахуванням його інтелектуального характеру є одним із видів людської діяльності, що суворо обмежується часом.

Психологічна напруженість впливає і на вирішення розумових завдань компетентним суб'єктом, вимагає мобілізації зусиль для того, щоб реалізувати завдання ефективно, в найкоротший термін, тобто прийняти ефективне рішення відповідно до закону. Слід зазначити, що під час реалізації дискреційних повноважень ОВС важливу роль відіграє не лише розумова, логічна діяльність, а й емоційні, вольові якості працівника ОВС, який уповноважений приймати рішення.

Емоції супроводжують процес пізнавальної діяльності, роблять його більш активним, але самі собою не можуть бути основою рішення. Кожне прийняте рішення передбачає творчу діяльність компетентного суб'єкта, який його приймає. Ця діяльність визначає ціль, із якою приймалося рішення, та засоби, необхідні для досягнення цілі.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що застосування зазначених принципів, у тому числі контрольних, спрямоване на забезпечення захисту прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина, обмеження свавільного використання дискреційних повноважень працівниками ОВС. Розглянуті нами принципи носять рекомендаційний характер, однак вважаємо за доцільне їх запровадження у юридичну практику України.

Список використаних джерел

1. *Рекомендація R (80) 2* щодо здійснення дискреційних повноважень адміністративними органами: Прийнята Комітетом Міністрів 11.03.1980 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: lib.podelise.ru/docs/1398/index-1531.html.
2. *Michoud L.* Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration // Extr des Annales de l'Univ, de Grenoble, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1913. – 118 р.
3. *Тимошук В. П.* Адміністративна процедура та адміністративні послуги: зарубіжний досвід та пропозиції для України. – К., 2003. – 496 с.
4. *Лунев А. Е.* Социалистическая законность в советском государственном управлении / Под ред. С. С. Студеникина. – М., 1948. – 135 с.
5. *Модельний кодекс поведінки державних службовців*: Схвалений Рекомендацією Комітету Міністрів державам – членам Ради Європи щодо кодексів поведінки державних службовців № R (2000) 10, прийнятий 11.05.2000 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: crimecor.rada.gov.ua.
6. *Каминская В. И., Ратинов А. Р.* Правосознание как элемент правовой культуры // Правовая культура и вопросы правового воспитания населения / Под ред. А. Д. Бойкова, В. И. Каминской, А. Р. Ратинова, В. В. Степанова, А. С. Шляпочникова. – М., 1974. – С. 39–67.
7. *Лукашева Е. А.* Социалистическое правосознание и законность. – М., 1973. – 344 с.
8. *Пахомов В. В.* Законність та інші вимоги до прийняття рішень під час правозастосовчої діяльності податкових органів // Право і безпека. – 2005. – № 4/1. – С. 86–89.

Стаття надійшла до редакції 21.03.2013 р.

The article is devoted disclosure to the principles implementation of control of discretionary powers in the activities of internal affairs bodies, above all, control, which is an important prerequisite to the rule of law in their activities, as well as their place in the mechanism of control of discretionary powers in the activities of internal affairs.

Статья посвящена раскрытию принципов осуществления контроля дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел, прежде всего контрольных, а также их места в механизме контроля дискреционных полномочий в деятельности органов внутренних дел.



УДК 342.95

Олександр Івасин,*здобувач кафедри правознавства
Київського національного торговельно-економічного університету*

АДМІНІСТРАТИВНИЙ ПРОЦЕС ЯК ОБ'ЄКТ НАУКОВОГО ДОСЛІДЖЕННЯ

У статті пропонується визначення адміністративного процесу як виду юридичного судового процесу, який регламентує діяльність адміністративних судів щодо розгляду та вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому Кодексом адміністративного судочинства України, а також Кодексом України про адміністративні правопорушення в частині, що стосується здійснення судом правосуддя.

Ключові слова: адміністративний процес, адміністративне судочинство, адміністративна процедура, адміністративне право, адміністративно-процесуальне право.

Статтею 3 Конституції України визначено, що людина, її життя та здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права та свободи людини й їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження та забезпечення прав і свобод людини є основним обов'язком держави.

Основний Закон України закріпив принцип поділу влади (ст. 6). Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією України межах і відповідно до законів України.

Сфера відносин фізичних або юридичних осіб з органами виконавчої влади різних рівнів, органами місцевого самоврядування та законодавчим органом безпосередньо регламентується нормативно-правовими актами, що є джерелами адміністративного права.

Існують різні підходи до розуміння предмета адміністративного права. Є. Кубко надає досить повне визначення предмета адміністративного права – «це трансформовані в нових умовах державного управління суспільні відносини, що виникають та змінюються (або) припиняються в процесі практичної реалізації державними органами, насамперед виконавчої влади, повноважень державно-владного характеру відповідно до закріпленої за ними компетенції із здійснення функцій державного управління» [1, с. 6]. Є також точка зору, згідно з якою адміністративне право є системою правових норм, що регулюють публічну адміністративну діяльність і контроль за нею [2, с. 11]. В. Кабачевський зазначав, що адміністративне право – це сукупність норм, які регулюють державну діяльність у сфері внутрішнього управління й юри-

дичні відносини, що виникають між владою та громадянами [3, с. 3].

Адміністративне право чітко виражає всі особливості, притаманні державно-управлінській діяльності, та є за своїм юридичним значенням управлінським правом (або правом управління). До предмета адміністративного права відносяться внутрішні або внутрішньо-організаційні відносини в органах виконавчої влади, а також в апаратах законодавчої, судової й інших державних органів. Крім того, управлінські функції виникають у сфері адміністративного судочинства та пов'язані з реалізацією судами (суддями) й іншими учасниками цього судочинства своїх функцій і повноважень (наприклад, при призначенні адміністративних стягнень, розгляді та вирішенні скарг громадян на неправомірні дії органів управління і посадових осіб) [4, с. 8].

Деякі автори, зокрема російські – Л. Попов, Ю. Мигачев, С. Тихомиров, відносять до предмета адміністративного права управлінські функції, що виникають у сфері адміністративного судочинства. Це пов'язано з відсутністю функціонування окремих адміністративних судів у Російській Федерації та слідуванням радянській системі права, яка виключала необхідність існування адміністративних судів.

О. Остапенко, З. Кісіль, М. Ковалів, Р. Кісіль вважають, що адміністративно-процесуальні правовідносини – це відносини, які складаються у сфері державного управління у зв'язку з вирішенням індивідуально-конкретних справ і регулюються адміністративно-процесуальними нормами. Взаємозв'язок матеріальних і процесуальних правовідносин характеризуються тим, що матеріальні суспільні відносини реалізуються через процесуальні. Крім того, адміністративно-процесуальні правовідносини «обслуговують»

правові відносини багатьох інших галузей права [5, с. 41].

Предметом регулювання адміністративно-процесуального права є матеріальні правові відносини, що виникають у зв'язку із здійсненням завдань державного управління, а також виконавчо-розпорядчої діяльності компетентних суб'єктів, врегульовані адміністративно-процесуальними нормами [5, с. 75].

Адміністративний процес у широкому розумінні – це процес виконавчої та розпорядчої діяльності органів виконавчої влади. Поняття «адміністративний процес» включає в себе два поняття «адміністративно-юрисдикційний процес» та «адміністративно-процедурний процес». Під адміністративно-юрисдикційним процесом слід розуміти діяльність уповноважених органів виконавчої влади (посадових осіб) із вирішення спірних питань застосування норм матеріального адміністративного права, оцінювання правомірності поведінки тих чи інших осіб, застосування в необхідних випадках заходів адміністративного примусу.

Адміністративний процес – це форма застосування норм матеріального адміністративного права при реалізації органами виконавчої влади (посадовими особами) їх компетенції [6, с. 79].

Юристи виділяють два основні підходи до розуміння поняття «адміністративний процес». Так, Н. Саліщева, А. Самійленко, М. Пискотін, О. Іванов та інші трактують його у вузькому – юрисдикційному розумінні; Ц. Ямпольська, Д. Бахрах, В. Манохін – у широкому розумінні (цей підхід, включає крім юрисдикційного, ще й реалізацію регулятивних норм і приписів).

А. Альохін вважає, що адміністративно-процесуальну діяльність слід розглядати у двох варіантах – адміністративно-процедурному та адміністративно-юрисдикційному. Він зазначає, що адміністративний процес інколи розглядається як сукупність усіх дій, які здійснюються органами виконавчої влади (посадовими особами) для реалізації покладених на них обов'язків. У такому розумінні адміністративний процес трактується як державно-управлінська діяльність у всій багатоманітності практичних проявів; в іншому випадку процес ототожнюється із здійсненням правосуддя по цивільним і кримінальним справам, а останнім часом – і по адміністративним [7, с. 268].

В основі юрисдикційної діяльності лежить розгляд і вирішення спірних питань застосування матеріальних правових норм, правова оцінка поведінки тих або інших осіб, застосування в необхідних випадках при негативній оцінці їх поведінки передбачених

чинним законодавством заходів державного (юридичного) примусу [7, с. 268–269].

Кодексом адміністративного судочинства (далі – КАС) України визначений вузький зміст поняття «адміністративного процесу» – правовідносини, що складаються під час здійснення адміністративного судочинства (ст. 3). Статтею 3 КАС України визначено, що адміністративне судочинство – це діяльність адміністративних судів щодо розгляду та вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому цим Кодексом.

На думку О. Джафарової, адміністративний процес у широкому розумінні визначають як сукупність послідовних дій, врегульованих правовою нормою, що спрямовані на застосування та реалізацію адміністративно-правових норм. Означений процес можна охарактеризувати як адміністративно-процедурний і відповідно основну функцію визначити як правозастосовчу [8, с. 256–257].

Адміністративний процес (у вузькому розумінні) – це врегульована законом адміністративно-процесуальна діяльність суб'єкта адміністративної юрисдикції щодо застосування матеріального права при вирішенні адміністративно-правового спору чи справ про адміністративні правопорушення. Такий процес можна вважати адміністративно-юрисдикційним, а функцію – правоохоронною [6, с. 257].

Слід зазначити, що О. Джафарова розділяє згадані поняття на процес і процедуру та визначає адміністративний процес як правосуддя по адміністративним справам, що виникають із публічно-правових відносин, а адміністративну процедуру – як врегульовану процедурними нормами діяльність органів публічного управління, що здійснюється всередині публічної адміністрації [8, с. 257]. Аналогічної позиції дотримуються автори, які також розрізняють поняття «адміністративний процес» та «адміністративна процедура» з огляду на законодавче закріплення поняття адміністративного процесу [9, с. 45–53].

О. Джафарова пропонує введення терміна «судовий адміністративний процес», який відповідатиме запропонованому в КАС України визначенню терміна «адміністративний процес» [8, с. 258].

Деякі науковці вважають, що адміністративне процесуальне право є лише складовою адміністративного права та не може бути з нього виокремлене [10, с. 194–198]. Такі пропозиції створюють певні колізії та можуть гальмувати розвиток і формування такої галузі права, як адміністративне процесуальне право, що регламентує діяльність адміністративних судів із здійснення адміністративного судочинства.

Інші автори погоджуються з позицією, що виокремлення в окрему галузь права доцільно лише для адміністративно-процесуальних норм, які регламентують діяльність адміністративних судів із предметом регулювання – адміністративне судочинство [11, с. 502–504].

О. Миколенко пропонує вважати окремими галузями адміністративне процесуальне право та адміністративне процедурне право, хоч і стверджує, що між цими галузями права набагато більше спільного ніж різного [12, с. 436–439].

В. Галуцько під адміністративною процедурою розуміє встановлений законодавством порядок розгляду та розв'язання органами публічної адміністрації індивідуальних адміністративних справ із метою забезпечення прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства та держави [13, с. 283].

Аналіз існуючих на сьогодні підходів до розуміння адміністративного процесу та процедури дозволяє обґрунтувати існування такої галузі права, як адміністративне процесуальне право та підгалузі адміністративного права – адміністративне процедурне право.

Процес – це сукупність поступових дій, що вчинюються для досягнення певного результату; порядок здійснення будь-якої діяльності [7, с. 267]. З юридичної позиції процес є реалізацією норм матеріального права. Діяльність із реалізації матеріальних адміністративно-правових норм можна розглядати як адміністративний процес [7, с. 267].

Процедура – це встановлений порядок ведення, розгляду будь-яких справ [14, с. 503], тобто адміністративна процедура – це встановлений порядок ведення, розгляду та вирішення будь-яких адміністративних справ, що виконуються суб'єктами владних повноважень для реалізації їх повноважень.

Згідно із ст. 3 КАС України суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні владних управлінських функцій на основі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень. У свою чергу, суд не є суб'єктом владних повноважень виконуючи свої функції із здійснення правосуддя, а тому не можна діяльність судів визначати адміністративною процедурою. Такий висновок можна зробити з визначення поняття «суб'єкт владних повноважень», а також із ст. 124 Конституції України, якою визначено, що правосуддя в Україні здійснюється виключно судами; судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції.

Разом із тим діяльність суб'єктів владних повноважень щодо притягнення осіб до адміністративної відповідальності не можна називати процесом, оскільки така діяльність є процедурою. Отже, адміністративною процедурою також охоплюється реалізація суб'єктами владних повноважень компетенції із притягнення осіб до адміністративної відповідальності. Виникає питання: чи є участь суду у винесенні постанов про притягнення до адміністративної відповідальності адміністративною процедурою? Відповідь дуже проста. Діяльність судів є правосуддям, отже, адміністративним процесом.

Адміністративна процедура є формою реалізації суб'єктами владних повноважень своєї компетенції, у тому числі щодо притягнення до адміністративної відповідальності. Адміністративна процедура не може бути виокремлена та розглядатися окремо від адміністративного права. Адміністративне процедурне право слід віднести до підгалузі адміністративного права, оскільки розглядати адміністративне право й адміністративне процедурне право окремо неправильно; це створить складності у науковому та практичному пізнанні. Така позиція ґрунтується на тому, що масив норм адміністративного права міститься у дуже великій кількості нормативних актів, в яких нарівні з нормами адміністративного права одночасно зазначаються і процедури, за якими діють суб'єкти адміністративного права. З іншого боку, адміністративний процес – це вид юридичного судового процесу, який регламентує діяльність адміністративних судів щодо розгляду та вирішення адміністративних справ у порядку, встановленому КАС України, а також Кодексом України про адміністративні правопорушення в частині, що стосується здійснення судом правосуддя.

Поняття «адміністративний процес» нерозривно пов'язані з поняттями «правосуддя», «судочинство», отже, у будь-якому випадку стосуються саме судів не як суб'єктів владних повноважень, а як органів судової влади, що здійснюють правосуддя. Іншими словами, *адміністративна процедура* – це порядок виконання своїх повноважень уповноваженими особами, а *адміністративний процес* – порядок розгляду та вирішення адміністративних справ згідно з адміністративним процесуальним правом.

Адміністративна процедура регламентується нормами багатьох джерел права та нерозривно пов'язана з нормами адміністративного права, у тому числі в частині притягнення до адміністративної відповідальності, а адміністративний процес по суті є окремою галуззю права та має основним джерелом права КАС України.

Оскільки різне розуміння терміна адміністративний процес зумовлює складнощі із визначенням предмета правового регулювання адміністративного процесуального права, вважаємо за доцільне поняття «адміністративний процес» використовувати у вузькому розумінні, регламентованому КАС України.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що *адміністративне процесуальне право є відносно самостійною сукупністю юридичних норм, що регулює якісно однорідну сферу (рід) суспільних відносин специфічним методом правового регулювання. У свою чергу, адміністративне процедурне право предметно пов'язане з адміністративним правом та не може існувати окремо.*

Список використаних джерел

1. Кубко Є. Б. Про предмет адміністративного права // Право України. – 2000. – № 5. – С. 3–6.
2. Административное право зарубежных стран / Под ред. А. Н. Козырина, М. А. Шатиной. – М., 2003. – 464 с.
3. Кабалевский В. Советское административное право. – Х., 1929.
4. Административное право России. – М., 2011. – 752 с.
5. Словник іншомовних слів. – К., 1975. – 950 с.
6. Остапенко О. І., Кісіль З. Р., Ковалів М. В., Кісіль Р. В. Адміністративне право. – К., 2008. – 533 с.

7. Алехин А. П., Кармолицкий А. А., Козлов Ю. М. Административное право Российской Федерации. – М., 2001. – 592 с.

8. Джафарова О. В. Судовий адміністративний процес: поняття та його структура // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 256–261 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11dovtic.pdf>.

9. Комзюк А. Т., Бевзенко В. М., Мельник Р. С. Адміністративний процес України. – К., 2007. – 531 с.

10. Педько Ю. С. До питання про сутність адміністративного процесуального права України // Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку: VI Міжнар. наук.-практ. конф., 23–24 вересня 2011 р., м. Київ. – К., 2011. – 600 с.

11. Куценко С. І. Процесуальні норми в адміністративному праві України // Адміністративне право України: стан і перспективи розвитку: VI Міжнар. наук.-практ. конф., 23–24 вересня 2011 р., м. Київ. – К., 2011. – 600 с.

12. Миколенко О. І. Наука адміністративного процедурного права України // Форум права. – 2012. – № 3. – С. 436–439 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-3/12moippu.pdf>.

13. Адміністративне право України: У 2 т. Т. 1. Загальне адміністративне право / В. В. Галунько, В. І. Олефір, М. П. Пихтін та ін.; За ред. В. В. Галунька. – Херсон, 2011. – 320 с.

14. Большой юридический словарь / Под ред. А. Я. Сухарева, В. Е. Крутских. – М., 2001. – 704 с.

Стаття надійшла до редакції 13.05.2013 р.

The author had offered the definition of the administrative process as the type of legal judicial process, which regulates the work of administrative courts over administrative cases consideration and adjudication in the order established by administrative court proceeding code of Ukraine and by administrative infraction code of Ukraine in the part, which regards to the delivery of justice by the court.

В статье предлагается определение административного процесса как вида юридического судебного процесса, который регламентирует деятельность административных судов при рассмотрении и решении административных дел в порядке, установленном Кодексом административного судопроизводства Украины, а также Кодексом Украины об административных правонарушениях в части, которая касается осуществления судом правосудия.



УДК 347.45/47

Яніна Хірс,*канд. юрид. наук,
асистентка кафедри цивільного права і процесу
Юридичного інституту
Національного авіаційного університету*

РЕАЛІЗАЦІЯ ВИМОГ ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО РОЗРАХУНКІВ ЕЛЕКТРОННИМИ ПЛАТІЖНИМИ ЗАСОБАМИ

Стаття присвячена визначенню достатності основних засобів, за допомогою яких реалізуються введені у 2012 р. у дію зміни щодо можливостей споживачів розраховуватися електронними платіжними засобами, з одного боку, і обов'язку продавців/виконавців сприяти споживачеві у вільному виборі форм оплати продукції/послуг – з іншого.

Ключові слова: споживач, суб'єкт господарювання, електронні платіжні засоби, захист прав, розрахунки.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо функціонування платіжних систем та розвитку безготівкових розрахунків» (від 18.09.2012 р. № 5284-17) внесені зміни до Закону України «Про захист прав споживачів» (від 12.05.1991 р. № 1023-III), зокрема, ч. 2 ст. 17 викладена в такій редакції: «2. Споживач має право на вільний вибір товарів і послуг у зручний для нього час та на вільне використання електронних платіжних засобів з урахуванням режиму роботи та обов'язкових для продавця (виконавця) форм (видів) розрахунків, установлених законодавством України. Продавець (виконавець) зобов'язаний вслякко сприяти споживачеві у вільному виборі продукції та форм її оплати. Забороняється примушувати споживача придбавати продукцію неналежної якості або непотрібного йому асортименту, у будь-який спосіб обмежувати використання ним електронних платіжних засобів, якщо відповідно до законодавства продавець (виконавець) зобов'язаний приймати їх до сплати». Викладене свідчить, що споживач має право, а продавець/виконавець зобов'язаний надати споживачу можливість розраховуватися електронним платіжними засобами. Разом із тим виникають питання щодо реалізації такого нововведення: про які платіжні засоби йдеться в статті; хто із суб'єктів господарювання зобов'язаний встановлювати пристрої для приймання електронних платіжних засобів, а з кого законодавством такий обов'язок знято; яка відповідальність за невиконання вказаного припису Закону; чи реалізуються на практиці нові приписи Закону; які проблеми, пов'язані з реалізацією такого нововведення, виникли та яким чином їх вирішити.

Питанню електронних розрахунків приділяли увагу І. Балабанов, А. Глибовець, В. Кравець, В. Кравчук, Д. Науменко, П. Сенищ, А. Чучковська та ін. Разом із тим, не применшуючи значення здійснених досліджень, сьогодні постає необхідність у визначенні того, чи достатньо засобів передбачив законодавець задля забезпечення на практиці можливості споживачу вільно розраховуватися електронними платіжними засобами, що й є **метою цієї статті**. Актуальність порушеної проблеми є очевидною з огляду на той факт, що в Україні впроваджується концепція безготівкових розрахунків, однак її реалізація проходить доволі повільно.

Електронний платіжний засіб – це платіжний інструмент, що надає його держателю можливість за допомогою платіжного пристрою отримати інформацію про належні держателю кошти й ініціювати їх переказ. *Платіжний пристрій* – технічний пристрій (банківський автомат, платіжний термінал, програмно-технічний комплекс самообслуговування тощо), який дає змогу користувачеві здійснити операції з ініціювання переказу коштів, а також виконати інші операції згідно з функціональними можливостями цього пристрою (ст. 1 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» (від 05.04.2001 р. № 2346-III)). Згідно із Законом № 5284-17 суб'єкти господарювання зобов'язані встановити на своїй території, де вони надають послуги чи продають товари, відповідні технічні пристрої, завдяки яким споживач матиме можливість розраховуватися електронним платіжним засобом. Крім того, відповідно до п. 14–19 зазначеного Закону суб'єкти господарювання зобов'язані забезпечувати можливість здійснення держателями електронних платіж-

них засобів розрахунків за продані товари (надані послуги) з використанням електронних платіжних засобів не менше трьох платіжних систем, однією з яких є багатомісентна платіжна система, платіжною організацією якої є резидент України. Забезпечується виконання такого обов'язку постановою Кабінету Міністрів України «Про здійснення розрахунків за продані товари (надані послуги) із використанням спеціальних платіжних засобів» від 29.09.2010 р. № 878, якою закріплено обов'язок суб'єктів господарювання, які провадять діяльність у сфері продажу товарів, громадського харчування та послуг та які відповідно до Закону використовують реєстратори розрахункових операцій, здійснити перехід на обов'язкове приймання електронних платіжних засобів для здійснення розрахунків за продані товари (надані послуги): до 01.07.2011 р. – суб'єкти господарювання (крім суб'єктів малого підприємництва), які провадять господарську діяльність у населених пунктах з чисельністю населення понад 100 тис. осіб; до 31.12.2011 р. – суб'єкти малого підприємництва, які провадять господарську діяльність у населених пунктах із чисельністю населення понад 100 тис. осіб; суб'єкти господарювання, у тому числі суб'єкти малого підприємництва, які провадять господарську діяльність у населених пунктах із чисельністю населення від 25 до 100 тис. осіб. При цьому, кількість платіжних терміналів повинна становити не менше 50 % кількості РРО, а у разі наявності одного РРО суб'єкт господарювання зобов'язаний забезпечити приймання спеціальних платіжних засобів. Цією постановою передбачено також звільнення від обов'язкового приймання спеціальних платіжних засобів для здійснення розрахунків за продані товари (надані послуги) закладів громадського харчування закритого типу, які обслуговують певний контингент споживачів, зокрема особовий склад Збройних Сил та інших військових формувань, студентів, учнів, викладачів вищих, професійно-технічних, загальноосвітніх навчальних закладів, працівників промислових підприємств, підприємства торгівлі з торговельною площею до 20 м² (крім автозаправних станцій), а також суб'єктів господарювання, які провадять господарську діяльність у населених пунктах із чисельністю населення менше 25 тис. осіб.

Постановою Кабінету Міністрів України від 29.06.2011 р. № 706 доповнено п. 21 Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів таким новим абзацем: суб'єкт господарювання зобов'язаний забезпечити можливість використання спеціальних платіжних засобів під час здійснення розрахунків за продані товари (надані послуги) відповідно до законодавства. Контроль за здійсненням розрахунків з використанням

електронних платіжних засобів покладено на ДПС України, а захист прав власників таких засобів і контроль за забезпеченням можливості ними розраховуватися – на Державну службу захисту прав споживачів.

Важливим правовим засобом забезпечення реалізації вказаного права є внесення змін до Цивільного кодексу (далі – ЦК) України Законом України № 5284-17: ч. 3 ст. 1087 тепер викладена таким чином: «3. Граничні суми розрахунків готівкою для фізичних та юридичних осіб, а також для фізичних осіб – підприємців відповідно до цієї статті встановлюються Національним банком України» (далі – НБУ). Іншими словами, НБУ уповноважений встановлювати граничні суми готівкових розрахунків, що, безумовно, впливатиме на рівень та обсяги розрахунків готівкою. Законодавець передбачив також відповідальність за порушення визначених приписів Закону України «Про захист прав споживачів». Так, п. 12 ст. 23 цього Закону закріплена відповідальність за «обмеження або відмову в реалізації прав споживачів, установлених частиною другого статті 17 цього Закону, – у розмірі 500 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян» (тобто 8 500 грн). Крім того, Кодексом України про адміністративні правопорушення встановлена відповідальність за «недотримання установлених законодавством вимог щодо забезпечення можливості розрахунків за товари (послуги) з використанням електронних платіжних засобів» у вигляді штрафу, розміром від 100 до 200 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (далі – НМДГ), тобто від 1700 до 3400 грн. За повторне порушення цими особами вказаного припису штраф збільшується від 8500 до 17 000 грн (ст. 163¹⁵). Отже, реалізація викладеного в ч. 2 ст. 17 Закону України «Про захист прав споживачів» права споживачів розраховуватись електронними платіжними засобами забезпечується адміністративними засобами у вигляді: відповідних постанов Кабінету Міністрів щодо обов'язкового переходу суб'єктів господарювання з РРО на обов'язкове приймання електронних платіжних засобів для здійснення розрахунків за продані товари (надані послуги); встановлення адміністративної відповідальності за недотримання приписів Закону щодо приймання електронних платіжних засобів; визначення відповідальних осіб, які контролюють здійснення розрахунків такими засобами та наділення їх відповідними повноваженнями у цій сфері; покладення додаткових повноважень на Державну службу захисту прав споживачів щодо захисту права на оплату товарів спеціальними платіжними засобами. Загальновідомим способом забезпечення будь-якого права є право на звернення до суду за його реалізацією, що гарантовано Конституцією України (ст. 55). Не є винятком і право

на оплату товарів/послуг за допомогою електронних платіжних засобів, зокрема, ст. 22 Закону України «Про захист прав споживачів» встановлено: захист прав споживачів, передбачених законодавством, здійснюється судом; при задоволенні вимог споживача суд одночасно вирішує питання щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди; споживачі звільняються від сплати судового збору за позовами, що пов'язані з порушенням їх прав. Однак на практиці реалізація зазначеного нововведення має певні проблеми. По-перше, чимало суб'єктів господарювання виступило проти встановлення платіжних пристроїв для приймання електронних платіжних засобів. Така позиція, насамперед, зумовлюється тим, що в українській державі населення досить консервативне та сприймає всі нові зміни досить обережно, з насторогою. Однак, окрім суто психологічного чинника, виявилися й інші. Наприклад, встановлення платіжного терміналу супроводжується необхідністю укладення договору щодо встановлення й обслуговування платіжного пристрою (договір про надання послуг еквайрінгу); послуги еквайру є платними і дорівнюють певній комісійній винагороді, визначеній у договорі (Положення про порядок емісії спеціальних платіжних засобів і здійснення операцій з їх використання від 30.04.2010 р. № 223); розрахунки картками у певних випадках також тягнуть за собою сплату комісійних із споживачів (незважаючи на існування різномісних бонусів і привілейованих програм). У результаті, товари можуть подорожчати, адже суб'єкту господарювання вигідніше перекласти комісійну винагороду еквайру на плечі споживача. Отже, на перший погляд, суб'єктам господарювання фінансово не вигідно встановлювати в себе платіжні пристрої, хоча в аналітичному звіті Інституту економічних досліджень та політичних консультацій зазначається протилежне: «Існує ряд причин, через які впровадження безготівкових платежів сприяє прискоренню економічного розвитку країни. По-перше, поширення електронних платежів при розрахунках за інших рівних умов стимулює споживання домогосподарств. Коли споживач розраховується готівкою, він може купити не більше, ніж є грошей у нього в гаманці. Це особливо обмежує імпульсивні покупки, але також може змусити споживача відмовитись від вигідної, але обмеженої за часом угоди. Водночас, електронні платіжні інструменти дають доступ до всіх коштів на рахунок, що робить споживання більш зручним і збільшує його обсяги. Оскільки електронні платіжні інструменти часто є індивідуалізованими, вони також дозволяють емітентам і торговцям пропонувати свої програми зі стимулювання споживання. Торгові мережі використовують дані стосовно платежів кожного окремого користувача для

надання знижок і бонусів своїм клієнтам. Емітенти можуть пропонувати програми бонусів для користувачів карт, щоб стимулювати використання цього інструменту. Таким чином, роздрібна торгівля також отримує додатковий імпульс до розвитку» [1, с. 11]. Слід зазначити, що дослідники вказаного Інституту мислять глобально, в масштабах держави, а суб'єкти господарювання, передусім малого підприємництва, мислять, виходячи із своєї виручки та витрат. У цьому випадку, цілком логічно, що зобов'язання встановити платіжні пристрої зустріли значний опір серед суб'єктів господарювання.

Наразі процес встановлення електронних платіжних пристроїв йде дуже повільно, незважаючи на грізні санкції, передбачені законодавством, за невиконання нового припису Закону. Так, Кабміну до 18.04.2013 р. (тобто через півроку після прийняття Закону № 5284-VI) знову поставлено завдання «зобов'язати постачальників послуг встановити платіжні термінали», що, очевидно, свідчить про низький рівень роботи контролюючих органів щодо виконання встановленого обов'язку.

В Україні розрахунки за допомогою електронних платіжних засобів не займають лідируючої позиції, тому жвавого інтересу серед суб'єктів господарювання (ця категорія населення більше боїться санкцій, ніж відчуває певні переваги від можливості приймати оплату товарів, використовуючи електронні платіжні засоби) та більшої частини населення не викликають. І хоча показники частки таких розрахунків у порівнянні з розрахунками готівкою постійно зростають (близько 33 % загального обсягу безготівкових розрахунків припадає на розрахунки картками, та майже 12 % припадає на безготівкові розрахунки від загального обсягу розрахунків у країні), все ж сьогодні вони є значно меншими, ніж в інших країнах Європи (де на безготівкові розрахунки припадає від 80 до 95 % розрахунків).

Суб'єкти господарювання висловлюють цілком виправдане побоювання щодо підвищення комісійних винагород банків за операції, що здійснюються із використанням спеціальних платіжних засобів. Зокрема, соціальні опитування свідчать про обурення суб'єктів господарювання фактом заробітку на них. Однак на перешкоджання такій практиці за Антимонопольним комітетом закріплено повноваження щодо моніторингу розмірів комісійних винагород банкам та у разі їх підвищення застосування відповідних санкцій.

Аналіз запитів до ДПС і виступи офіційних представників НБУ у засобах масової інформації, свідчить, що суб'єкти господарювання повинні забезпечити приймання пластикових карток від споживачів. Однак це не

так. Закон встановлює обов'язок сприяти вільному вибору форм оплати товарів/послуг; при цьому, виходячи із суті електронних грошей, вони також є електронним платіжним засобом. Про це свідчать науково-аналітичні матеріали НБУ [2].

Питання щодо забезпечення споживачу права розраховуватись електронними грошима заслуговує на особливу увагу. *По-перше*, суб'єкт господарювання, який приймає електронні гроші як оплату платежу за товари, роботи, послуги, має право використовувати отримані електронні гроші виключно для обміну на безготівкові кошти або повертати їх користувачам у разі повернення ними відповідно до Закону України «Про захист прав споживачів» товарів, придбаних за електронні гроші. *По-друге*, щоб забезпечити споживачу можливість ними розрахуватися, суб'єкту господарювання мало встановити певний платіжний пристрій; йому слід бути учасником відповідної платіжної системи, в межах якої він може приймати електронні гроші. *По-третє*, участь в електронній платіжній системі на даному етапі потребує певної обізнаності із засадами її функціонування. Так, емісію електронних грошей можуть в Україні здійснювати лише банки, які отримали відповідну ліцензію й узгодили правила функціонування нової електронної платіжної системи з НБУ (таких сьогодні в Україні 2). Так, широко відома система Webmoney діє поза межами правового поля. Також із банком укладається відповідний договір, яким на суб'єкта господарювання, серед інших, покладається обов'язок не допускати використання платіжних електронних грошових коштів особами, які не мають на це повноважень. *По-четверте*, важливим є питання забезпечення захисту в системах електронних грошей. Сьогодні існує чимала кількість способів шифрування інформації; застосовуються і фізичні методи забезпечення захисту. *По-п'яте*, з метою забезпечення захисту вводяться ліміти на суму електронних грошей, що можуть зберігатися на електронних пристроях суб'єктів господарювання та споживачів (на електронному пристрої, який не може поповнюватися ця сума дорівнює в Україні 2000 грн, на електронному пристрої, який може поповнюватися, – 8000 грн). Існують й інші суттєві питання розрахунків

електронними грошима, які внаслідок об'ємності, не можуть бути розглянуті в межах нашого дослідження. Але важливо те, що зобов'язати суб'єкта господарювання приймати електронні гроші як форму оплати товарів/послуг сьогодні видається досить проблематичним завданням, яке до того ж, за наявності інших альтернативних форм оплати, може інтерпретуватися як порушення права на ведення підприємницької діяльності (через необхідність реєстрації в електронній платіжній системі та, можливо, небажання суб'єкта господарювання залишати свої персональні дані іншим особам).

Висновки

Існуючих засобів, спрямованих на забезпечення реалізації права споживача розраховуватись електронними платіжними засобами, на даному етапі недостатньо. Тому необхідно проводити роз'яснювальну роботу серед суб'єктів господарювання щодо переваг використання даної форми оплати товарів/послуг. Крім санкцій, для суб'єктів господарювання доцільно було б передбачити і стимулювання, тобто заохотити їх до співпраці із еквайрами. Слід також підвищити рівень моніторингу та контролю уповноважених органів за встановленням відповідних платіжних пристроїв. Задля забезпечення права споживача розраховуватися в будь-якій формі, у тому числі електронними грошима, слід законодавчо зобов'язати суб'єкта господарювання брати участь у певній електронній платіжній системі, що, до речі, є більш вигідним для останнього, ніж встановлення будь-яких платіжних пристроїв.

Список використаних джерел

1. Кравчук В., Науменко Д., Глибовець А. Електронні гроші в Україні: Аналіт. звіт. – К., 2012. – 64 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ier.com.ua/files/publications/Books/2012/3_Electronic_Money/E-money_report_APPROVED_2012-10-02_RED2.pdf.
2. Світовий досвід і перспективи розвитку електронних грошей в Україні: Наук.-аналіт. матеріали / П. М. Сенищ, В. М. Кравець, О. О. Махасєва та ін. – К., 2008. – Вип. 10. – 145 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.bank.gov.ua/doccatalog/document?id=70690>.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2013 р.

The article defined the sufficiency and completeness of the main measures to ensure the implementation introduced in 2012 changes the possibilities for consumers to pay by electronic means of payment, on one hand, and the responsibilities of vendors contribute to the consumer is free to choose the form of payment for products and goods, on the other side.

В статье определяется достаточность и полнота основных мер, обеспечивающих реализацию введенных в 2012 г. изменений относительно возможностей потребителей рассчитываться электронными платежными средствами, с одной стороны, и обязанности продавцов/исполнителей способствовать потребителю свободно выбирать формы оплаты продуктов/товаров – с другой.



УДК 347.734

Анатолій Сирота,*канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального та адміністративного права
Бердянського університету менеджменту і бізнесу*

БАНК РОЗВИТКУ НІМЕЧЧИНИ – ДОСВІД ДЛЯ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ

У статті досліджується правовий статус найбільш успішного та надійного банку розвитку сучасності – німецького KfW, який не тільки фінансово забезпечує економічне зростання і зайнятість у країні, а й фінансує інвестиційні проекти, надає фінансові та консультативні послуги країнам, що розвиваються.

Ключові слова: банк розвитку, принципи створення та функціонування банку розвитку Німеччини, порядок фінансування інвестиційних проектів.

Економічне зростання в Україні, благополуччя її громадян на пряму залежить від рівня залучення довгострокових інвестицій у найбільш перспективні галузі економіки. Наша країна залишається привабливою для інвестицій, але вона не стоїть осторонь світових процесів і порушення макростабільності на зовнішніх ринках впливає на інвестиційний клімат в Україні. Наша країна все ще залишається у групі країн, які не досягли хоча б середнього показника конкурентоспроможності, і, за показниками залучення інвестицій, значно відстає від розвинутих держав.

З метою створення сприятливих умов для залучення інвестицій у розвиток базових галузей економіки й інноваційної інфраструктури, збільшення обсягу інвестицій, забезпечення їх концентрації на модернізації виробництва, впровадження високих технологій Кабінет Міністрів України затвердив Програму розвитку інвестиційної та інноваційної діяльності в Україні (постанова від 02.02.2011 р. № 389).

Однією з причин низького інвестиційного іміджу України є відсутність ефективних механізмів із залучення інвестицій. Існуючі ринкові механізми, як свідчить світовий досвід, не можуть забезпечити спрямування фінансових ресурсів на розвиток пріоритетних галузей економіки. Для цього потрібні спеціальні інвестиційні інститути на кшталт тих, що існують у багатьох країнах і, насамперед, те, що зазвичай називають банком сприяння розвитку [1]. Шляхом зосередження державних і приватних фінансових ресурсів на довгостроковому фінансуванні масштабних національних проектів банки розвитку, забезпечують високу динаміку інвестиційних та інноваційних процесів у країні, сприяють економічному і соціальному зростанню.

Діяльність банків розвитку є особливо ефективною в умовах модернізації економі-

ки, оскільки вони залучають інвестиційні ресурси для вирішення масштабних національних проектів, спрямовують їх у сектори економіки, де не вигідно або занадто ризиковано працювати іншим банкам. На відміну від комерційних банків, банки розвитку займаються довгостроковим кредитуванням на пільгових умовах, спрямовують фінансові ресурси у стратегічні галузі національної економіки – промисловість, сільське господарство, експорт, розвиток інноваційної структури.

У вирішенні проблем правового регулювання діяльності фінансових установ значний вклад внесли українські вчені-юристи Л. Воронова, І. Заверуха, С. Кадькаленко, Є. Карманов, Г. Нечай, Н. Пришва, А. Селіванов та ін. Організації та діяльності банків розвитку присвячені праці провідних світових економістів, професорів Гарвардського університету Р. Хаусманна і Д. Родрика, російських економістів Л. Красавіної, Д. Смілова, С. Биліяка, Д. Турчановського, які обґрунтували важливість діяльності таких інститутів в умовах дисбалансу інвестиційних потоків у країнах, що розвиваються. Однак розроблення концептуальних засад створення та функціонування банку розвитку в Україні як фінансового інститута, який може справити цілеспрямований вплив на інвестиційний процес, знаходиться на початковій стадії, що потребує подальших наукових досліджень.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового статусу та діяльності німецького банку розвитку KfW (Kreditanstalt für Wiederaufbau – кредит на реконструкцію) як одного з найуспішніших банків розвитку сучасності, розроблення пропозицій і рекомендацій щодо використання досвіду цього банку при створенні й організації діяльності такої інвестиційної банківської установи в Україні.

Світовий досвід банків розвитку, накопичений і випробуваний в інших країнах, намагаються запозичити і в Україні. Ще у 90-ті роки XX ст. в Україні для фінансування загальнодержавних проектів за допомогою Європейського банку реконструкції та розвитку (далі – ЄБРР) створений Київський міжнародний банк, діяльність якого набула комерційної спрямованості. Пізніше цей банк перейшов під контроль голландського банку і, зрештою, був закритий. Вивчалися також пропозиції створити банк розвитку на основі іншого державного банку – Укрексімбанку, на базі неприбуткової організації – Німецько-Українського фонду, але ці наміри не були реалізовані. У квітні 2009 р. Кабінет Міністрів України своїм розпорядженням № 439-р створив комісію з питань утворення банку сприяння розвитку на базі БАТ «Український банк реконструкції та розвитку», яка через рік була ліквідована.

У проекті Державної програми активізації економіки на 2013–2014 рр., Уряд зазначив про необхідність створення банку розвитку з метою стимулювання та підтримки розвитку пріоритетних сфер економіки, інвестиційних та інноваційних проектів, залучення для їх фінансування довгострокових зовнішніх інвестицій в економіку держави [2].

Чому потрібен банк розвитку, на яких принципах (із урахуванням міжнародного досвіду) він має створюватися та функціонувати?

Банки розвитку є різновидом інститутів розвитку – спеціалізованих, заснованих на державній або змішаній формі власності компаній, які забезпечують фінансування національних інвестиційних проектів або проектів, у фінансуванні яких не заінтересовані бізнесові структури. Національний банк розвитку – це фінансовий інститут, що виконує функцію довгострокового фінансування проектів, які не можуть бути повністю профінансовані приватним бізнесом та які спрямовані на створення сприятливих ефектів для всього суспільства [3, с. 6].

Банки розвитку створюються для виправлення «провалів ринку» – ситуацій, коли ринкові механізми не можуть вирішувати важливі для суспільства соціально-економічні проблеми, раціонально розподіляти та використовувати ресурси, що потребує державного втручання в економіку. У своїй діяльності банки розвитку керуються загальнодержавними інтересами та завданнями соціально-економічного розвитку всієї країни. Основне завдання банків розвитку – перерозподіл державних коштів у стратегічній сфері національної економіки, національні проекти.

Банки розвитку забезпечують залучення інвестиційних ресурсів у сфері економіки, які невідгідні або ризиковані для бізнесу, вони спеціалізуються на довгостроковому кредитуванні загальнонаціональних проектів, сприяючи економічному зростанню.

У своїй діяльності банки розвитку застосовують механізми фінансування, які розподіляють ризики між бізнесовими структурами та державою, використовують ринкові стимули для успішної реалізації масштабних національних проектів. Створення та діяльність таких банків не суперечить принципам ринкової економіки. Так, Європейська комісія, що виступає за послідовне зниження ролі державного регулювання економіки, визнає виправданість і законність існування банків розвитку як інструмента економічної політики держави в умовах ринкових відносин [4].

Комісія з питань утворення банку сприяння розвитку в Україні, створена розпорядженням Кабінету Міністрів України № 439-р як модель інституту розвитку, розглядала німецький банк розвитку KfW, Банк розвитку Китаю та Банк розвитку Казахстану. Як найбільш ефективний банк розвитку більшість експертів називає німецький KfW, оскільки цей банк не тільки ефективно розвиває економіку, а й нарощує свою капіталізацію. Його облігації котируються на біржі з дуже низьким спредом до безризикових активів; за загальним обсягом залучених за рахунок облігацій коштів він посідає п'яте місце відразу після облігацій урядів Німеччини, Франції, Англії та Італії [5]. Наприкінці 2012 р., за версією ділового американського видання «Global Finance», KfW визнаний найбільш надійним банком у світі (згідно із щорічною оцінкою 50 найнадійніших банків світу) і посів перше місце в рейтингу надійності світових фінансових установ [6].

Діяльність KfW є настільки успішною, що не обмежується фінансуванням національних проектів Німеччини, а фінансує також інвестиційні проекти та надає фінансові, консультативні послуги країнам, що розвиваються, державам із перехідними економіками. Свою допомогу таким країнам KfW зосереджує на чотирьох основних напрямках, в яких він має багаторічний досвід і спеціальні знання: економічна інфраструктура, соціальна інфраструктура, ефективні фінансові системи, сільське господарство і захист навколишнього середовища [7]. Україна також співпрацює з KfW. 14 грудня 2012 року Кабінет Міністрів України своїм розпорядженням від 14.12.2012 р. № 1072-р схвалив проект договору про надання позики та гранту KfW Україні на суму 12 млн євро для фінансування проекту «Підтримка малих і середніх підприємств». Умови проекту передбачають можливість обмеження розміру відсоткової ставки для малих і середніх підприємств із метою спрощення їх доступу до кредитів, можливість отримання консультативної допомоги з питань залучення фінансових ресурсів для реалізації інвестиційних проектів.

KfW створений відповідно до Закону про KfW від 1948 р. як корпорація публічного права з метою відновлення німецької еконо-

міки після Другої світової війни. KfW не є комерційною організацією; пріоритет діяльності цієї установи – державні інтереси.

На сьогодні напрями діяльності KfW визначаються загальними завданнями щодо сприяння економічному зростанню та зайнятості в країні, фінансування експорту та міжнародного співробітництва у сфері розвитку, основними серед яких є [3, с. 14]:

- стимулювання розвитку економіки;
- сприяння розвитку малого та середнього підприємництва;
- фінансова підтримка експортоорієнтованих підприємств;
- надання фінансової підтримки країнам, що розвиваються, і країнам з перехідною економікою для реалізації спільних інвестиційних проєктів;
- фінансування будівництва, купівля та модернізація житла;
- фінансова підтримка містам і громадам при фінансуванні інфраструктурних проєктів.

У статутному капіталі банку 80 % належить федеральним органам влади, а 20 % – федеральним землям [8, с. 46–52]. Держава як основний засновник KfW гарантує всі зобов'язання банку за залученими позиками, емітованими борговими зобов'язаннями, кредитами, наданими KfW, кредитами, за якими KfW є гарантом або поручителем. Це дає можливість KfW виконувати свої операції без залучення депозитів фізичних осіб. Завдяки державній підтримці, KfW не конкурує з іншими банками, не перешкоджає діяльності приватних фінансових інститутів, не витрачає державні кошти там, де можуть проявити себе комерційні структури. Незважаючи на державну підтримку, уряд Німеччини не має права втручатися в оперативну діяльність KfW, що забезпечує його незалежність при прийнятті рішень.

KfW залучає кошти в основному шляхом емісії облігацій (близько 90 % пасивів), міжбанківських кредитів, залишків по рахунках клієнтів та інших боргових зобов'язань [3, с. 15]. Відповідно до Закону про кредитну справу, KfW не є кредитним інститутом, оскільки йому заборонено здійснення депозитних операцій. Відповідно, на KfW не поширюються правові норми банківського нагляду, обов'язкові для інших кредитних інститутів країни.

KfW видає кредити, банківські гарантії, цільові гранти на великі суспільно значущі проєкти. Пріоритетами кредитної політики банку є фінансовий сектор (62 %), промисловість (7 %), приватні інвестиційні компанії (6 %), авіабудування (3 %) та інші сектори економіки [3, с. 15].

Механізм кредитування KfW полягає в тому, що надання кредитів він здійснює не безпосередньо (KfW – кінцевий позичальник), а опосередковано (KfW – обслуговуючий банк – кінцевий позичальник). Така

схема кредитування не створює конкуренції комерційним банкам, а навпаки, перекредитує інші банки, викуповуючи у них кредитні портфелі, можливо, в деяких випадках субсидуючи відсоткову ставку, KfW створює їм додаткові стимули для роботи з підприємствами [9]. Тільки у виняткових випадках і з відома ради керівників банку допускається пряме кредитування [4].

Клієнтам банку пропонуються різні фінансові інструменти, у тому числі стимулюючі програми кредитування, мезонінне фінансування, приватні інвестиції тощо.

Відповідно до закону, прибуток KfW не підлягає розподілу між засновниками, а повністю спрямовується на поповнення фондів. Такий порядок не тільки підвищує відповідальність виконавчого органу KfW за діяльність цієї установи, а й фактично виключає заінтересованість окремих міністерств та вищих посадових осіб в отриманні односторонніх вигод від кінцевих результатів роботи банку [10, с. 108–121].

За законом KfW звільнено від сплати податків, встановлений особливий порядок ведення капітального будівництва, експлуатації й оренди будівель. Юридично встановлене звільнення від податків виправдане економічно, оскільки діяльність KfW спрямована на стимулювання економіки, зростання виробництва та зайнятості, що так чи інакше сприяє зростанню доходів до бюджетної системи країни.

Зазначене свідчить, що правовий статус KfW відповідає спеціальним принципам, відповідно до яких створені та функціонують німецькі державні банки розвитку на федеральному і місцевому (федеральних земель) рівнях, а саме: банк розвитку не повинен бути комерційною установою, а повинен мати бездоганну репутацію та кредитоспроможність, бути політично нейтральним, займатися реалізацією заходів державної економічної політики, для фінансування своїх операцій, отримувати кошти з державного бюджету, надавати кредити позичальникам через комерційні банки, прибуток від своєї діяльності спрямовувати в резервний та інші фонди, мати гарантії держави за своїми зобов'язаннями [10, с. 109].

У сучасних умовах KfW є банківською групою – KfW Bankengruppe, до якої входять п'ять банків: чотири з них є структурними підрозділами KfW Bankengruppe і один дочірнім банком; група входить у десятку найбільших банків Німеччини [11, с. 10–11].

Враховуючи досвід ефективної діяльності KfW щодо стимулювання економіки країни шляхом сприяння розвитку підприємництва, довгострокового кредитування інфраструктурних та інвестиційних проєктів, фінансової підтримки експортоорієнтованих підприємств, вважаємо, що фінансова структура з аналогічним правовим статусом внес-

ла б істотний вклад у вирішення соціально-економічних завдань, які стоять перед Україною. Безумовно, необхідність створення банку розвитку в Україні носить дискусійний характер, але така фінансово-інвестиційна інституція вже засвідчила свою ефективність у багатьох країнах світу, зокрема, KfW в Німеччині. На нашу думку, це сприятиме модернізації національної економіки, поліпшенню інвестиційного клімату в країні.

Висновки

Завдання модернізації економіки, залучення інвестицій у розвиток базових галузей економіки й інноваційної інфраструктури, збільшення обсягу інвестицій та концентрації їх на модернізації виробництва, впровадження високих технологій в Україні вимагають створення спеціалізованої фінансової структури – банку розвитку як дієвого механізму інвестиційної політики.

Банк розвитку має створюватися як окрема фінансова установа за міжнародними стандартами, під урядові гарантії, за рахунок коштів державного бюджету, можливо за рахунок внутрішніх і зовнішніх позик, для середньострокового та довгострокового кредитування пріоритетних для соціально-економічного розвитку країни проектів, які не отримують необхідних ресурсів із боку приватного сектора через високу ризикованість, тривалий термін окупності тощо.

Кредитування таких проектів може здійснюватися банком розвитку спільно з приватними структурами через комерційні банки з наданням гарантій, поручительств, страхової підтримки, що роблять важливі для держави проекти прийнятними для приватних структур.

Мета, завдання та функції банку розвитку, принципи і напрями його діяльності, обов'язкові нормативи діяльності, способи використання інвестиційних ресурсів, механізм контролю за ефективністю їх руху, контроль за банком розвитку з боку уряду підлягають обов'язковому закріпленню в спеціальному законі та статутних документах банку.

Стаття надійшла до редакції 15.04.2013 р.

The article investigates the legal status of the most successful and reliable bank of modernity – German KfW, which not only provides financial problem solving economic growth and employment in the country, but also finance investment projects and provides financial and advisory services to developing countries.

В статье исследуется правовой статус наиболее успешного и надежного банка развития современности – немецкого KfW, который не только финансово обеспечивает экономический рост и занятость в стране, но и финансирует инвестиционные проекты, предоставляет финансовые и консультационные услуги развивающимся странам.

Список використаних джерел

1. Шаров О. М. Але навіщо ж стільці ламати? // Дзеркало тижня. – 2009. – № 17.
2. Мамедов С. Банк розвитку України: в пошуках моделі кредитування // Дзеркало тижня. – 2013. – № 10.
3. Роль институтов развития в модернизации экономики // Финансовые институты – основа структурной модернизации экономик государств – участников СНГ: 3-я междунар. конф. – Баку, 2010. – 58 с.
4. Покришка Д., Шкадюк В. Світовий досвід створення інститутів розвитку: висновки для України (на прикладі державних банків розвитку) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.veb.ru/ru/strategy/institute/experience/.
5. Борисов В. Банки меняют модели «Business Guide (Стратегические инвестиции)». Приложение, № 215 (3791) от 22.11.2007 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.kommersant.ru/doc/825349>.
6. Акционер Мегабанка – немецкий банк KfW – признан самым надежным банком в мире [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://dengi.ua/clauses/105029_Akcjoner_Megabanka_nemeckij_bank_KfW_priznan_samym_nadezhnym_bankom_v_mire.html.
7. Германский банк развития предоставляет финансирование частному сектору [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://www.abc.kg/index.php?option=com_k2&view=item&id=311:kfw-finance-the-private-sector&Itemid=87.
8. Хорошев С. С. Зачем России банк развития? // Банковское дело. – 2006. – № 5.
9. Солнцев О. Г., Хромов М. Ю., Волков Р. Г. Институты развития: анализ и оценка мирового опыта [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://institutions.com/general/1386-institut-razvitiya.html?showall=1>.
10. Таранкова Л. Г. Роль банков развития в реализации государственных инвестиционных проектов: зарубежный опыт и проблемы России // Государственные инвестиции в рыночной экономике: пределы и возможности: Материалы круглого стола. – М., 2006. – 143 с.
11. Кулешир В. Світовий досвід впровадження регіональних проектів розвитку // Формування ринкової економіки в Україні. – Л., 2012. – Вип. 26, ч. 2. – 366 с.



УДК 342.3

Вікторія Полянська,*лаборант кафедри управління, адміністративного права і процесу
та адміністративної діяльності
Національного університету державної податкової служби України*

КІБЕРНЕТИЧНА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ В УМОВАХ РОЗВИТКУ ГЛОБАЛЬНОЇ ІНФОРМАЦІЙНОЇ СИСТЕМИ

У статті досліджуються питання забезпечення кібернетичної безпеки України в умовах розвитку глобальної інформаційної комп'ютерної мережі Інтернет, розкривається поняття «Інтернет-злочинність» в умовах формування інформаційного суспільства у державі.

Ключові слова: інформаційне суспільство, Інтернет-злочинність, правоохоронна діяльність, кібернетична безпека.

Інформація відіграє дедалі важливішу роль у житті сучасної людини, суспільства, держави. Науковці ведуть мову про початок нової епохи – століття інформатизації, інформаційних відносин та інформації. Розвиток і впровадження практично в усі сфери діяльності інформаційних технологій суттєво змінює структуру суспільства, трансформує міжнародні відносини. Одним із найважливіших напрямів цієї трансформації є реалізація національних інтересів держави щодо забезпечення безпеки України.

Починаючи із середини ХХ ст. триває бурхливий розвиток інформаційних технологій, які набули глобального характеру. Обсяги світової інформаційної індустрії зросли на порядок, а тому можна стверджувати, що у світі стрімко формується інформаційне суспільство. У сучасних умовах інформацію визначають основною цінністю в багатьох сферах життєдіяльності людини та функціонування держави.

Актуальність теми зумовлюється особливим значенням інформації в розвитку «інформаційної епохи» ХХІ ст., а також умовами стрімкої глобалізації, тобто формуванням єдиного планетарного фінансово-економічного простору. У зв'язку з цим за відносно короткий період часу проблематика Інтернет-злочинності, передусім організованої кіберзлочинності, набула чітко визначеного як національного, так і міжнародного та транснаціонального характеру.

Мета цієї статті полягає в дослідженні проблемних питань забезпечення кібернетичної безпеки України в умовах розвитку глобальної інформаційної комп'ютерної мережі Інтернет.

В умовах стрімкого розширення кіберпростору, бурхливого розвитку всесвітньої мережі Інтернет і глобалізації у цій сфері значна частина об'єктів інфраструктури будь-якої країни може стати предметом посягань зловмисників. Саме ці обставини виносять проблему посилення кібернетичної безпеки України в число першочергових. Проблемі, що розглядається, приділяли увагу вчені, які досліджували питання, пов'язані з проблемами кібербезпеки – В. Бутузов, В. Гавловський, Д. Дубов, М. Карчевський, В. Поліщук, О. Поляруш, В. Шеломенцев, О. Юрченко та ін. В їх дослідженнях зазначається, що існуючий стан кібербезпеки України ще не повною мірою відповідає її національним інтересам. Тому назріла гостра необхідність розроблення та вжиття заходів, спрямованих на посилення регулятивних і попереджувальних заходів держави для формування безпечного інформаційного середовища, розширення міжнародного співробітництва у цій сфері діяльності.

Окремі аспекти інформаційної безпеки досліджували О. Белова, А. Возженікова, І. Бінько, О. Гончаренко, Б. Кормич, С. Головащенко, В. Косевцов, В. Ліпкан, В. Лопатін, О. Гаврилов, В. Копилов, Р. Калюжний, Ю. Максименко, В. Цимбалюк та ін.

В Україні формується система кібернетичної безпеки. Як складову такої системи слід розглядати єдину загальнодержавну систему протидії кіберзлочинності, пропозиції щодо якої ще у 2011 р. доручалося розробити Кабінету Міністрів України за участю Служби безпеки України.

Різні аспекти правового забезпечення, протидії кіберзагрозам вивчали В. Бутузов, В. Гавловський, В. Голубєв, Д. Дубов, В. Но-

моконов, Н. Ожеван, М. Погорецький, Є. Рижков, К. Тітуніна, Т. Тропіна та ін.

Окремим аспектам правових та організаційних засад інформатизації діяльності правоохоронних органів приділяється увага у наукових працях М. Швеця, К. Беякова, Є. Лук'янчикова, І. Арістової, В. Галатана, І. Ієрусалімова та ін. Разом із тим аналіз проблем організаційно-правового регулювання інформаційного забезпечення в діяльності слідчих існуючими працями себе не вичерпав, оскільки зміни законодавства, впливаючи відповідно на практику його застосування, породжують нові питання перед науковцями та потребують системного дослідження.

Безпосередньо науковим напрямом інформатизації правоохоронної діяльності займаються такі вчені, як Д. Бедняков, Р. Калужний, Я. Кондратьєв, Н. Лисов, Є. Лук'янчиков, Д. Никифорчук, С. Овчинський, Ю. Орлов, М. Погорецький, О. Пунда, В. Сапальов, О. Сніцарь, В. Хахановський, В. Шамрай, М. Швець, В. Цимбалюк та ін. [1].

Питання підготовки фахівців у сфері інформаційних технологій вивчали Б. Романюк, В. Гавловський, М. Гуцалюк, А. Іщенко, В. Цимбалюк, Р. Белкін, П. Біленчук та інші вчені, які займалися розробленням питання протидії кіберзлочинності [2].

Сучасні інформаційні технології широко впроваджуються практично в усі сфери життєдіяльності, у тому числі в правоохоронну діяльність. Відповідно до Указу Президента України «Про Єдину комп'ютерну інформаційну систему правоохоронних органів з питань боротьби зі злочинністю» від 31.01.2006 р. № 80/2006, наказу МВС України «Про затвердження програми створення інтегрованої інформаційно-пошукової системи органів внутрішніх справ України» від 07.06.2006 р. № 571 та інших нормативно-правових актів в Україні здійснюється інформатизація правоохоронної діяльності.

В умовах глобалізації інформаційних процесів, їх інтеграції в різні сфери суспільного життя керівництво провідних держав світу приділяє посилену увагу створенню та вдосконаленню ефективних систем захисту інфраструктури від зовнішніх і внутрішніх загроз кібернетичного характеру. Забезпечення належного рівня кібернетичної безпеки є необхідною умовою розвитку інформаційного суспільства в Україні.

Просування України на шляху Європейської інтеграції тісно пов'язане з необхідністю подальшого розвитку інформаційного середовища країни, тобто кіберпростору. Проведений нами аналіз свідчить, що у багатьох країнах світу вже сформовані загальнодержавні системи кібернетичної безпеки – як найбільш оптимальної організаційної струк-

тури, у тому числі правоохорони, які можуть терміново інтегруватися та взаємодіяти із різними державними організаціями та приватним сектором для спільної протидії кіберзагрозам.

Ми поділяємо точку зору В. Буржинського, який вважає, що інформатизація оперативно-розшукової діяльності та ситуалізація доказової бази оперативних підрозділів є одним із факторів якісно нового науково-інформаційного забезпечення правоохоронної діяльності, захисту прав та інтересів громадян, швидкого входження у міжнародні поліцейські інформаційні системи національних правоохоронних органів. Оперативні працівники сьогодні мають бути обізнані з вітчизняним і зарубіжним досвідом інформатизації правоохоронної діяльності, її теоретичними засадами, практичними рекомендаціями, володіти методологією формування та використання оперативних баз даних.

Правовою основою кібернетичної безпеки України є Конституція України, закони України «Про основи національної безпеки», «Про інформацію», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки» та ін., Конвенція Ради Європи про кіберзлочинність, інші міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, Доктрина інформаційної безпеки України, а також видані на виконання законів інші нормативно-правові акти.

Разом із тим аналіз чинного законодавства дозволяє визначити як основну проблему правового забезпечення системи кібернетичної безпеки України відсутність розробленого та нормативно закріпленого понятійного апарату у цій сфері. Недоліки понятійного апарату у сфері забезпечення кібернетичної безпеки не дозволяють: визначити ознаки й об'єктивно оцінити основні загрози у національному сегменті кіберпростору, найбільш ефективні заходи забезпечення кібернетичної безпеки; чітко сформулювати завдання та функції суб'єктів кібернетичної безпеки тощо. У законодавстві відсутнє визначення не тільки поняття «кібернетична безпека (кібербезпека)», а й таких понять, як «кібернетичний простір (кіберпростір)», «кібернетична загроза (кіберзагроза)», «кібернетична атака (кібератака)», «кібернетичний захист (кіберзахист)», «кібернетичний злочин (кіберзлочин)», «кіберзлочинність» тощо.

На основі наукових, теоретичних і практичних напрацювань необхідно при визначенні цих термінів надавати їх у широкому розумінні (тлумаченні), враховуючи вже наявні у таких галузях науки, як кібернетика, інформатика, безпекознавство, кримінальне право тощо.

Під *кібернетичною безпекою* слід розуміти стан захищеності прав, свобод, інтересів особи, суспільства, держави від внутрішніх і зовнішніх загроз, пов'язаних із використанням ресурсів кіберпростору, що базується на основі національного законодавства та міжнародного права.

Незважаючи на норми прийняті національним законодавством по боротьбі з кіберзлочинністю у ряді країн, у тому числі в Україні, її «уніфікований» склад чітко не визначений, оскільки як можливості технічних засобів, програмного забезпечення, засобів телекомунікацій, так і кримінальні хитрування кіберзлочинців безперервно зростають із розвитком науково-технічного прогресу та несвоечасністю прийняття законів у цій сфері.

На жаль, на сьогодні не існує загального визначення поняття «комп'ютерний злочин», а сам термін має переважно операційний характер. Це зумовлено відсутністю однамнітної доктринальної концепції, на підставі якої можна було б віднести конкретні протиправні діяння до таких злочинів, у зв'язку з постійними змінами інформаційних технологій. Ми поділяємо думку Т. Тропіної та вважаємо, що поняття «кіберзлочинність» потрібно вживати замість поняття «комп'ютерна злочинність», оскільки останнє вже не охоплює всі протиправні діяння в цій сфері. Вживання понять «кіберзлочинність» і «кіберзлочин» дозволить у подальшому уникати

ускладнень при кваліфікації відповідних інформаційних правопорушень.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що на сьогодні проблеми координації та взаємодії у правоохоронній діяльності з протидії кіберзлочинності можна розглядати з двох сторін: координація та взаємодія всередині країни між правоохоронними й іншими державними органами України; організаційна правоохоронна діяльність із міжнародним співтовариством, зокрема Європейським та тісна взаємодія з ними.

Список використаних джерел

1. Лук'янчиков Є. Д. Методологічні засади інформаційного забезпечення розслідування злочинів. – К., 2005. – 359 с.
2. Волков О. До проблеми підготовки фахівців правоохоронних органів по боротьбі з кіберзлочинністю // Правова інформатика. – 2008. – № 1. – С. 67–77.
3. Васенко В. К., Тереніна О. В. Безпека життєдіяльності та її особливості у правоохоронних органах // Право і безпека. – 2012. – № 1. – С. 213–217.
4. Лекарь С. І. Органи внутрішніх справ як суб'єкт забезпечення економічної безпеки держави // Право і безпека. – 2012. – № 2. – С. 53–56.
5. Жаров А. І. Формування кібербезпеки органами ДПС України в умовах глобалізації інформаційного суспільства: матеріали VIII Міжнародної науково-практичної конференції [«Проблеми впровадження інформаційних технологій в економіці»], (23 січня – 30 березня 2012 р.) // А. І. Жаров. – ДПСУ; Національний університет ДПС України. – Ірпінь, 2012. – С. 292–297.

Стаття надійшла до редакції 24.04.2013 р.

The work carried out research on ensuring cyber safety of Ukraine in the global computer network internet information is disclosed notion Internet crime in the emerging information society in the country.

В статье исследуются вопросы обеспечения кибернетической безопасности Украины в условиях развития глобальной информационной компьютерной сети Интернет, раскрывается понятие «Интернет-преступность» в условиях формирования информационного общества в государстве.



УДК 346.2

Віталій Пашков,

д-р юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри приватного права
Полтавського юридичного інституту
Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

ЕКОНОМІЧНА ПОЛІТИКА ДЕРЖАВИ НА ФАРМАЦЕВТИЧНОМУ РИНКУ: правові засоби та механізми реалізації

У статті досліджуються правові засоби та механізми реалізації економічної політики держави на фармацевтичному ринку, аналізуються проблеми його сучасного законодавчого забезпечення.

Ключові слова: економічна політика держави, фармацевтичний ринок, прогнозні та програмні документи, система господарювання.

Держава є визначальним і водночас досить суперечливим елементом в економіці. Її залежність від чинної економічної системи та залежність економіки від державної політики демонструють усю складність цього інституту. Якщо ще 200 років тому ринкова економіка розвивалася самостійно і майже незалежно від держави, то сьогодні, в епоху тотального монополізму та державного втручання, розвиток економіки безпосередньо визначається політичними рішеннями різних гілок влади [1, с. 81–84]. Не випадково відомий голландський економіст Я. Тінберген визначив економічну політику через систему дій уряду, яка повинна включати вибір кінцевої мети політики, виходячи з максимізації функції суспільного благополуччя [2, с. 27]. Фармацевтичний ринок також не може ефективно функціонувати без участі держави та відповідної економічної політики держави, оскільки вона забезпечує правове поле її діяльності, гарантує право приватної власності, захист конкурентних відносин між суб'єктами господарювання, не допускає монополізації ринків, регулює ціни на продукцію «природних монополій», тобто у випадку відсутності конкурентних ринків [3].

У Господарському кодексі (далі – ГК) України (ч. 4 ст. 9), задекларовано, що правове закріплення економічної політики здійснюється шляхом визначення засад внутрішньої та зовнішньої політики, у прогнозах і програмах економічного і соціального розвитку України й окремих її регіонів, програмах діяльності Кабінету Міністрів України, цільових програмах економічного, науково-технічного та соціального розвитку, а також відповідних законодавчих актах.

Слід зазначити, що в Законі України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного і соціального розвитку України» міститься детальна регламентація учасників державного прогнозування та розроблення відповідних програм розвитку та системи прогнозних і програмних документів. Отже, характерною ознакою державної економічної політики є те, що вона оформлюється у вигляді законів і цільових програм, розрахованих на довгострокову перспективу. Основними видами державної економічної політики є: інноваційна, що припускає проведення державної політики у сфері науки й інновацій, політики сприяння промисловим суб'єктам господарювання в удосконаленні технологій, продукції через розвиток спільних НДДКР; інвестиційна, що здійснюється через стимулювання розвитку промислових підприємств за прямої участі держави у фінансуванні розвитку виробничої інфраструктури та через механізми прискореної амортизації основного капіталу; структурна, що передбачає як заходи селективної прямої підтримки бізнесу за окремими галузями, так і регулювання діяльності галузевих ринків через законодавство [4].

Економічні концепції політики як системи цілей, визначальних принципів, політичних стратегій та інструментів впливу розвивалися з часів меркантилізму. Меркантилісти висунули на перший план національні інтереси держави, досягнення яких мало забезпечуватись усіма силами суспільства. На методологічному рівні це було спробою визначення нормативних принципів поведінки держави, згідно з якими добробут громадян набуває значення лише тоді, коли він спри-

яє посиленню державної могутності. У межах такого підходу найбільше значення має протекціонізм як метод захисту національних інтересів [5, с. 127].

Соціально-економічні реформи, що здійснюються останнім часом, зумовили радикальні зміни в українському суспільстві щодо соціальних відносин. Необхідність докорінних змін у забезпеченні якісних характеристик життя громадян є одним із найважливіших завдань соціальної політики, невід'ємною складовою якої є охорона здоров'я. Реформування відносин у сфері охорони здоров'я, у тому числі на фармацевтичному ринку, актуалізує дослідження різноманітних аспектів діяльності соціальної держави. На особливу увагу заслуговує аналіз економічної політики держави на фармацевтичному ринку. Важливою складовою державної політики на фармацевтичному ринку, спрямованої на забезпечення здоров'я нації, мають бути пріоритети економічних чинників, що є принципово важливим елементом у контексті реального забезпечення конституційних гарантій і розвитку механізмів відповідальності держави.

Економічна політика як функція й інструмент діяльності держави полягає у визначенні змісту, методів та алгоритму її правового впливу на сферу відносин господарювання. Вона реалізується шляхом встановлення такої конфігурації правового господарського порядку, що є суспільно необхідним на конкретному етапі розвитку національної економіки. Слід зазначити, що фіксація форм реалізації державою економічної політики й її основних напрямів у главі 2 ГК України потребує її розширення шляхом включення норм, що забезпечують інституалізацію саме господарсько-правової політики, встановлення її зв'язку із змістом і джерелами державної економічної політики та вплив на систематику правовідносин господарського порядку. Крім того, становлення України як соціальної держави зумовлює необхідність формування механізмів, здатних забезпечити право громадян на охорону здоров'я, у тому числі їх медикаментозне забезпечення.

На етапі сьогоденних трансформацій, які відбуваються у сфері охорони здоров'я та на фармацевтичному ринку, досить актуальними є дослідження прогностичного характеру щодо результатів запровадження окремих нормативно-правових актів. Це зумовлено нерівномірністю бюджетних надходжень і витрат у сфері охорони здоров'я, необхідністю забезпечення стовідсоткового фінансування видатків. Але, насамперед, заслуговують на увагу масштабність реформ, що відбуваються на фармринку, а також їх обґрунтування.

Проблеми реалізації економічної політики держави через застосування правових засобів і механізмів були предметом наукових досліджень таких учених-господарників, як О. Вінник, Д. Задохайло, Г. Знаменський, В. Мамутов, О. Подцерковний, В. Устименко, В. Щербина та ін. Однак правові засоби та механізми реалізації економічної політики держави на фармацевтичному ринку залишилися поза увагою зазначених дослідників.

Метою цієї статті є аналіз існуючих господарсько-правових засобів і механізмів реалізації економічної політики держави на фармацевтичному ринку, а також дослідження його сучасного законодавчого забезпечення.

В останні роки спостерігається зростання відносного значення непрямих видів державної економічної політики, що найбільшою мірою дозволяють вирішувати завдання із формування соціально-економічного середовища підприємництва, яке сприяє зростанню конкурентоспроможності промисловості. У складі групи «непрямих» видів промислової політики найбільш важливу роль відіграють: податкова (як інструмент макроекономічного регулювання стійкого росту промисловості та перерозподілу засобів на потреби економічної інфраструктури); кредитно-грошова (яка має важливе значення у макроекономічному регулюванні економічного росту та створює основу для селективного впливу на інноваційно-інвестиційний процес у промисловості); бюджетна (яка впливає на стан фінансової системи й є основним механізмом здійснення різноманітних державних програм, що прямо та (або) побічно впливають на ситуацію в промисловості); митної (яка виконує функції регулювання іноземної конкуренції на внутрішніх ринках промислової продукції); зовнішньоторговельна (що впливає на рівень експортної орієнтації національних виробництв і на характер галузевої структури промисловості з урахуванням можливостей міжнародного поділу праці [6]). Роль держави має активізуватися в результаті: формулювання внутрішньої політики в глобальному контексті; розроблення юридичної бази регулювання бізнесу; поліпшення підприємницького середовища та забезпечення конкурентоспроможності ринків, включаючи правові реформи у сфері їх регулювання; стимулювання поліпшення корпоративного управління; заохочення нових підприємств і нових галузей. Сьогодні у світі спостерігається явне посилення ролі держави в конкурентному міжнародному обміні товарами та послугами, а також стимулювання конкурентоспроможності [7].

Слід зазначити, що стратегія державної економічної політики, крім загальних принципів, видів і напрямів індустріального розвитку, повинна враховувати особливості галузевого розподілу потенціалу держави, насамперед у соціальній сфері, комерціалізація яких зробила їх недоступними для багатьох верств населення [8, с. 273–333]. Для ефективного впровадження державної економічної політики України на фармацевтичному ринку його слід розглядати як окрему галузеву модель.

Незаперечним залишається факт існування об'єктивної колізії між суспільними потребами, інтересами бюрократії та ринкових суб'єктів. Це пояснюється тим, що розподільчі процеси завжди перебувають під могутнім впливом інтересів специфічних груп, з одного боку, і індивідуальних переваг суб'єктів ринку – з іншого. Відповідно будь-яка спроба гіпертрофувати те чи інше, тобто зробити вибір на користь однієї сторони, несе в собі величезний ризик спотворюючого впливу на виявлені суспільні потреби. Іншими словами, наслідки тієї чи іншої економічної політики можуть бути непередбачуваними; навіть сама невизначеність може стати непередбачуваним наслідком [1, с. 81–84]. Тому нікого не дивує той факт, що підвищення активності щодо нормативного забезпечення фармацевтичного ринку збіглося з появою на ньому нових «гравців». Так, роздрібні продажі досягли лише у 2010 р. близько 20 млрд грн, що привабляло великий капітал. В аптечний бізнес увійшли такі бізнесмени, як Р. Ахметов і С. Тигипко. Крім того, стартував аптечний проект групи «Приват» [9]. Все це також вплинуло на розвиток фармацевтичного ринку.

Д. Задихайло вважає, що проблема впливу новостворених в Україні центрів приватної макроекономічної влади на економіку країни, на політичну й інформаційну системи суспільства, врешті-решт, на державу та зміст державної політики в нашій країні стоїть на порядок гостріше, ніж у розвинутих країнах заходу [10, с. 33–34].

Протягом 2010–2012 рр. на державному рівні здійснені такі кроки щодо розвитку фармринку: 13.09.2010 р. Міністерство охорони здоров'я (далі – МОЗ) України затвердило Концепцію розвитку фармацевтичного сектора галузі охорони здоров'я України на 2011–2020 рр., метою якої є забезпечення якості та доступності ліків для населення, формування ефективного менеджменту у секторі, реформування системи наукового забезпечення, впровадження та розвиток формулярної системи; 11.04.2011 р. МОЗ України оприлюднило проект Концепції державної цільової програми «Розвиток імпортозамінних виробництв в Україні та заміщен-

ня імпортованих лікарських засобів вітчизняними, у тому числі біотехнологічними препаратами та вакцинами на 2011–2021 рр.», в якому виділені ключові напрями імпортозаміщення у галузі; 01.01.2011 р. Державна служба України з лікарських засобів приєдналася до Міжнародної системи співробітництва фармацевтичних інспекцій (PIC/S), що сприятиме наближенню українського фармацевтичного ринку до міжнародних стандартів якості; 22.06.2011 р. Кабінет Міністрів України схвалив Державну цільову науково-технічну програму розроблення новітніх технологій створення вітчизняних лікарських засобів для забезпечення охорони здоров'я людини та задоволення потреб ветеринарної медицини на 2011–2015 рр., метою якої є створення в Україні замкнених циклів розробки та виробництва інноваційних лікарських засобів; 08.09.2011 р. Верховна Рада прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання фальсифікації лікарських засобів», згідно з яким уперше запроваджено адміністративну та кримінальну відповідальність за дії з фальсифікованими лікарськими засобами, що сприятиме зменшенню частки фальсифікованих лікарських засобів на ринку України; з 29.12.2011 р. запроваджені нові ліцензійні умови провадження господарської діяльності з виробництва лікарських засобів, оптової та роздрібною торгівлі лікарськими засобами, які передбачають обов'язкове дотримання оптовими компаніями європейських стандартів належної дистрибуторської практики (Good Distribution Practice), а також заборону торгівлі лікарськими засобами через мережу Інтернет, ліквідацію аптечних кіосків з 01.01.2013 р., що тягне переформування фармринку; у 2012 р. в Україні розпочато процес запровадження референтних цін на лікарські засоби; наказом МОЗ України від 03.10.2011 р. № 634 введені в дію: Керівництво СТ-Н МОЗУ 42-3.0:2011 «Лікарські засоби. Фармацевтична розробка (ICH Q8)»; СТ-Н МОЗУ 42-4.0:2011 «Лікарські засоби. Належна виробнича практика»; Керівництво СТ-Н МОЗУ 42-4.2:2011 «Лікарські засоби. Управління ризиками для якості (ICH Q9)»; СТ-Н МОЗУ 42-4.3:2011 «Лікарські засоби. Фармацевтична система якості (ICH Q10)»; СТ-Н МОЗУ 42-4.4:2011 «Лікарські засоби. Міжнародні гармонізовані вимоги щодо сертифікації серії»; СТ-Н МОЗУ 42-5.1:2011 «Лікарські засоби. Належна практика зберігання». А раніше, наказом МОЗ України від 12.04.2011 р. № 203 введено в дію СТ-Н МОЗУ 42-4.1:2011 «Лікарські засоби. Досье виробничої дільниці».

Слід зазначити, що більшість представлених нормативних ініціатив викликали на

фармацевтичному ринку неоднозначну реакцію, зокрема політика імпортозаміщення лікарських засобів. Не випадково проект нормативно-правового акта щодо імпортозаміщення на сьогодні так і не прийнятий. В. Мамутов вважає, що економічна наука давно довела, а практика розвинутих країн підтвердила доцільність і необхідність добиватися у соціально-економічній політиці оптимального поєднання державного регулювання економіки з ринковою саморегуляцією. Держава не повинна допускати невиправданого втручання у господарську діяльність, яке не повинно бути надмірним і таким, що порушує закон, але має забезпечувати вирішення завдань соціального розвитку [11]. Проте необхідність створення механізмів дієвої економічної політики держави на фармацевтичному ринку зумовлена сьогодні тим, що в Україні виникли об'єктивні передумови для зміни системи господарювання в цілому й, як наслідок, зміни поглядів на систему охорони здоров'я, перш за все в частині функціонування закладів охорони здоров'я.

Очевидно, що будь-якій активній діяльності держави, спрямованій на здійснення керуючого впливу на зміст, характер та інтенсивність реалізації суспільних відносин, має передувати окрема підготовча фаза діяльності державного апарату, що полягає у вивченні стану та динаміки розвитку названих суспільних відносин, їх політико-правовій оцінці; прогнозуванні напрямів і параметрів наслідків процесу їх розвитку; створенні віртуальної оптимізованої моделі такого розвитку, що оцінюється як політично прийнятна; з'ясуванні ресурсних та інструментальних можливостей держави щодо ефективного впливу на об'єкт управління; формалізації доктринальних положень політики у документах, що мають юридичну силу та можуть виконувати функцію алгоритму діяльності органів держави та посадових осіб, спрямованого на досягнення визначених суспільних ефектів; контролі за реалізацією сформованої політики держави в процесі функціонування механізмів державного управління (з можливою поточною модифікацією складових державної політики, що застосовується).

Разом із тим чинне законодавство не охоплює весь цикл державної управлінської діяльності, а фактично спрямоване на реалізаційний аспект політики держави, що виявляє себе в процесі владної функціональної діяльності державного апарату, практичного використання його повноважень і засобів впливу на суспільні відносини. Мовою господарського права це означає фазу практичної реалізації організаційно-господарських повноважень відповідними владними суб'єктами щодо господарської діяльності.

Процес аналітично-оціночної діяльності, формування цілей та алгоритму названого впливу, що утворює обов'язкову, необхідну і визначальну ланку в «технології» управлінської діяльності держави, значною мірою представлений прогалиною конституційно-правового регулювання, яка на рівні поточного законодавства хоч і компенсується, але суперечливо та фрагментарно. Слід визнати, що спроби інституалізації феномена «політика держави», перш за все, її економічної політики на рівні кодифікованих актів законодавства України виконують надзвичайно важливе суспільно-правове завдання [12]. Так, у ГК України зафіксовано, що у сфері господарювання держава здійснює довгострокову (стратегічну) та поточну (тактичну) економічну і соціальну політику, спрямовану на реалізацію й оптимальне узгодження інтересів суб'єктів господарювання і споживачів, різних суспільних верств населення в цілому (ст. 9). У той самий час слід визнати, що формування державної політики, процес узгодження її положень із основними суб'єктами суспільних відносин відповідних сфер управління, врахування різноманітних наслідків реалізації такої політики не може бути зведено лише до державного прогнозування та розроблення відповідних державних програм. Тому, зазначає Д. Задихайло, слід визнати, що положення п. 4 ст. 9 ГК України має набути більш конкретизованого вигляду (як закритий перелік видів нормативно-правових актів спеціального призначення – фіксації положень державної економічної політики в тій чи іншій сфері господарювання) [12]. Зазначений недолік ГК частково відображений у тих процесгах, що сьогодні відбуваються на фармацевтичному ринку. Як наслідок, не прораховані можливості фармацевтичної індустрії щодо випуску продукції у випадку відмови, з будь-яких причин, закордонних товаровиробників здійснювати ввезення фармпродукції на територію України. Це особливо актуально в контексті запровадження ліцензування імпорту лікарських засобів.

Аналіз змістовної частини згаданих державних програм, яка є типовою формою викладення положень державної політики, свідчить, що саме цей інформаційний продукт має стати важливим і ключовим джерелом правотворчої діяльності держави у відповідній сфері законодавчого регулювання, а в більш широкому сенсі – джерелом організації правового впливу на відносини у сфері господарювання, у тому числі на фармацевтичному ринку, а тому державна програма розвитку фармацевтичного ринку має стати джерелом формування відповідних положень, насамперед, господарсько-правової політики держави.

Заслугує на увагу те, що Закон України «Про державне прогнозування та розроблення програм економічного та соціального розвитку України» серед вимог до змісту відповідних державних програм, у тому числі галузевих (статті 8, 14), відсутні вказівки на обов'язковість програмної складової саме щодо правової та законодавчої політики. Однак будь-яка ґрунтовна актуалізація державою необхідності здійснення керуючого впливу на ту чи іншу сферу економічного життя логічно має забезпечуватися шляхом внесення таких змін до законодавства, що мають модернізувати відповідні існуючі правові режими господарювання. Адже право було і залишається основним інструментом впливу держави на суспільні відносини. Відсутність планів застосування саме правових засобів впливу вказує на сподівання розробників і посадових осіб обмежитися лише владними організаційними та ресурсними можливостями, що в цілому може дати лише разові та несистемні ефекти.

Список використаних джерел

1. Венгер В. Особливості взаємодії економічної політики держави та ринкової економіки: історичний аспект // Економічний аналіз: збірник наук. праць. – Тернопіль, 2011. – Вип. 9. – Ч. 2.
2. Tinbergen J. On the Theory of Economic Policy. – Amsterdam: North Holland, 1952. – 78 p.
3. СНГ: общие проблемы. Адекватно времени и требованиям // Вісник фармакології та фармації. – 2008. – № 1–2. – С. 16–17.
4. Рябенко О. Д., Панченко С. В., Тарасенко Г. Г., Михайленко О. П. Інвестування і приватизація підприємств фармацевтичної промисловості. – Х., 2006. – 82 с.
5. Кейнс Дж. М. Избранные произведения / Пер. с англ. – М., 1993. – 541 с.
6. Фармацевтический маркетинг: принципы, среда, практика / Микки С. Смит, Е. М. Коласса, Грег Перкинс, Брюс Сикер. – М., 2007. – 384 с.
7. Рекомендації ВООЗ по розробці та впровадженню національної лікарської політики // Аптека. – 2003. – № 17. – С. 23–24.
8. Пашков В. М. Проблеми правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я (господарсько-правовий контекст). – К., 2009. – 448 с.
9. Уляницький Д. Таблетка для аптеки [Електронний ресурс] Ліга. Мониторинг СМІ. – Режим доступа: http://smi.liga.net/articles/2011-08-03/1751358-tabletka_dlya_apteki.htm. Перевірено 18.12.2012 р.
10. Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави. – Х., 2012. – 456 с.
11. Мамутов В. К. Про поєднання держрегулювання і ринкової саморегуляції // Економіка України. – 2006. – № 1. – С. 59–64.
12. Задихайло Д. Стратегія держави в системі законодавчого регулювання економічних відносин // Вісник Академії правових наук України. – 2006. – № 1. – С. 129–138.

Стаття надійшла до редакції 04.02.2013 р.

This article investigates the legal means and mechanisms of economic policy in the pharmaceutical market and discusses its problem of current legislative support.

В статтє исследуются правовые способы и механизмы реализации экономической политики государства на фармацевтическом рынке, анализируются проблемы его современного законодательного обеспечения.



УДК 346.24

Віталій Олюха,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Криворізького факультету
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРЕДМЕТ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО

У статті розглядається предмет договору підляду на капітальне будівництво, аналізуються погляди вчених на зазначене питання, пропонуються зміни до чинного законодавства.

Ключові слова: предмет договору підляду на капітальне будівництво, об'єкт договору підляду на капітальне будівництво, істотні умови договору підляду на капітальне будівництво.

Господарський кодекс (далі – ГК) України передбачає предмет договору однією з його істотних умов. Нарівні з ціною та строком, він є основою для господарського договірної зобов'язання. Неузгоджений предмет не дозволяє визначити видову належність договору, отже, правильно застосовувати положення законодавства для встановлення сторонами й інших його умов. Правильно окреслена у текстовому документі умова про предмет дозволяє чітко встановити на що спрямоване волевиявлення контрагентів, є основою для окреслення їх взаємних прав та обов'язків, дозволяє правильно вирішувати судові спори у разі виникнення суперечок між ними.

Предмет договору підляду на капітальне будівництво визначають два різнорівневих нормативно-правових акти, які певною мірою є неузгодженими та потребують удосконалення. Питання про предмет договору, у тому числі договору будівельного підляду важко назвати малодослідженим. Проблеми предмета договору підляду на капітальне будівництво у радянський період розглядали М. Брагінський, І. Брауде, С. Верб, О. Іоффе, М. Ринг, В. Романенко, М. Сулейменов, Ю. Толстой, М. Черняк, В. Чигір. У сучасний період дослідженню предмета договору будівельного підляду приділяли увагу українські вчені О. Дзера, Н. Кузнецова, В. Луць, Р. Майда-ник, С. Сеник, Г. Гриценко.

Незважаючи на значну кількість теоретичних розробок можна констатувати відсутність єдності поглядів на предмет договору будівельного підляду та підляду на капітальне будівництво тощо. Отже, необхідність визначення поняття «предмет договору підляду на капітальне будівництво» є акту-

альною для вирішення як теоретичних, так і практичних завдань.

Метою цієї статті є формування поняття «договір підляду на капітальне будівництво», розкриття його змісту та формулювання на цій основі пропозицій із удосконалення чинного господарського законодавства.

Частина 5 ст. 318 ГК України предмет договору підляду на капітальне будівництво прямо не розкриває, але встановлює, що він повинен визначати найменування об'єкта, обсяги та види робіт, передбачені проектом. Певним чином доповнює її ч. 4 ст. 180 ГК України, за якою предмет у господарському договорі має дозволяти встановити найменування та кількість робіт, а також вимоги до їх якості. В узагальненому вигляді за ГК України предметом договору підляду на капітальне будівництво є об'єкт і робота.

Відповідно до п. 14 Загальних умов укладення та виконання договорів підляду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668, предметом договору підляду є роботи, пов'язані з будівництвом об'єкта, обов'язок щодо виконання яких покладається на підрядника. Пункт 15 зазначених Загальних умов зобов'язує сторони встановити показники, що характеризують предмет договору: найменування об'єкта будівництва та його місцезнаходження, основні параметри (потужність, площа, об'єм тощо), склад та обсяги робіт, які передбачені проектною документацією, інші показники. Таким чином, перелік характеристик залишається відкритим, що не сприяє належному розумінню предмета договору підля-

ду на капітальне будівництво. Порівняння пунктів 14 та 15 Загальних умов дозволяє дійти висновку – хоча прямо предметом договору названі лише роботи, але ним є й об'єкт будівництва, тобто зазначеними нормативно-правовими актами до предмета договору підряду на капітальне будівництво віднесені: будівельні роботи; об'єкт будівництва. У законодавчих актах є різні визначення останнього терміна, але в загальному вигляді до них віднесені будинки, будівлі, споруди будь-якого призначення, їх комплекси, лінійні об'єкти, інженерно-транспортна інфраструктура. З цього випливає, що господарським законом опосередковано предметом договору підряду на капітальне будівництво визнається результат будівельних робіт у вигляді новобудови, хоча за таким підходом за його межами залишаються результати інших будівельних робіт.

Серед науковців поширеною є точка зору, згідно з якою предмет договору будівельного підряду – це результат будівельних та інших суміжних робіт [1, с. 677; 2, с. 575]. Також були висловлені позиції, що ним є будівельні роботи [3, с. 541], виконання будівельних робіт або об'єкт будівництва [4, с. 674]. Інший погляд полягає в тому, що предметом договору підряду є як будівельні роботи, так і їх результат [5, с. 7]. О. Іоффе зазначав, що договір підряду на капітальне будівництво має два предмети: матеріальний – споруда, створення якої передбачено планом, і юридичний – діяльність підрядника [6, с. 190–191]. Близькою до вказаної є точка зору, запропонована С. Сенік, яка також поділяє ці категорії, але результат виконаних робіт відносить до предмета договору, а здійснення робіт у капітальному будівництві до об'єкта зобов'язання [7, с. 86].

Більш правильною, хоч і не зовсім повною, здається позиція, за якою у предметі договору будівельного підряду поєднуються відповідні роботи й їх результат.

Надання пріоритету саме результату будівельних робіт як предмету договору будівельного підряду не зовсім правильне.

По-перше, безумовно, передусім замовника інтересує результат робіт, але специфіка договору будівельного підряду полягає у тому, що і сам процес його досягнення може бути важливим для нього (замовник має право контролювати хід, якість будівельних робіт, строки виконання, а також дотримання їх обсягу). Цивільний кодекс (далі – ЦК) України передбачає обов'язок замовника сприяти контрагенту у виконанні будівельних робіт і встановлює види такого сприяння, що також

свідчить про важливість процесу роботи у предметі цього договору.

По-друге, за загальним правилом власником об'єкта будівництва або результату інших будівельних робіт є замовник (ст. 876 ЦК України). Очевидно, цей результат на момент укладення договору ще не існує; до його виникнення призводить саме процес будівельних і пов'язаних із ними робіт. С. Юшкевич слушно зазначає, що специфіка предмета підрядних договорів у будівництві полягає в єдності його статичних і динамічних складових. До останніх відносяться характеристики часу та самого процесу робіт, який має пряме і безпосереднє відношення до статичних складових [8, с. 41]. Якщо будівельні роботи не враховувати як важливу складову та залишити поза предметом договору будівельного підряду, тоді не зовсім зрозуміло з яких підстав відбувається передання грошових коштів від замовника підряднику. Замовник не може платити тільки за результат будівельних робіт, адже він і так є його власником. Включення до предмета зазначеного договору процесу виконання робіт усуває таку невизначеність. Крім того, це дозволяє враховувати статичні та динамічні складові будівельного процесу.

По-третє, в ціну договору підряду на капітальне будівництво включається відшкодування витрат підрядника та плата за виконану ним роботу, а тому одностороннє зменшення їх обсягу є підставою для повернення замовнику зайво сплачених ним коштів. Отже, для замовника важливим є не просто результат, а отриманий із виконанням обумовленого сторонами обсягу робіт.

По-четверте, капітальне будівництво є тривалим і складним процесом, не завжди сторони мають можливість досягти результату, обумовленого ними у договорі. Тому, за певних умов, підрядник може отримати плату і без досягнення обумовленого сторонами результату. Відповідно до ч. 6 ст. 879 ЦК України у разі необхідності консервації будівництва з незалежних від сторін обставин замовник оплачує виконані до консервації роботи, хоч обумовлений результат і не був досягнутий. Також у разі відмови замовника до закінчення роботи від договору підряду він оплачує підряднику виконану роботу (ч. 4 ст. 849 ЦК України). У зазначених випадках замовник оплачує не досягнутий результат, обумовлений у договорі підряду на капітальне будівництво, а саме – обсяг виконаної підрядником будівельної роботи.

По-п'яте, як зазначають М. Брагінський і В. Вітрянський, якщо договір не регулює ве-

дення роботи із створення результату, то наявний договір купівлі-продажу [9, с. 31]. Дійсно, у випадку коли результат будівельних робіт – це новий будинок і за договором купівлі-продажу також передається будинок, то між ними нівелюється різниця. Врахування у предметі договору підяду на капітальне будівництво робіт дозволяє відокремити зазначені договори між собою. Отже, роботи належать до ознак договору будівельного підяду, які є необхідними для визначення його як самостійного виду, а тому мають включатися до предмета договору будівельного підяду.

Точка зору, згідно з якою тільки відповідні роботи є предметом договору будівельного підяду, не зовсім правильна з таких міркувань. Для трудового договору характерним є те, що оплата відбувається за сам процес, а у договорі підяду, як правило, за досягнутий результат. Роботи самі собою не є предметом договору підяду, оскільки в такому разі нівелюється різниця між договором будівельного підяду та трудовим договором. Також роботи є визначальними для предмета договору на виконання науково-дослідних робіт, оскільки його характерною ознакою є неможливість гарантувати досягнення очікуваного результату робіт. Якщо у предметі договору підяду на проведення капітального будівництва надавати пріоритет тільки роботам, будуть відсутні критерії для розмежування договірних типів, що опосередковують виконання підрядних і науково-дослідних робіт. Хоч у нормах ЦК України більше йдеться про роботу за договором підяду, ніж про їх результат, будь-яка цілеспрямована діяльність людини не може не позначатись і результатом. Відповідно до ст. 318 ГК України замовник приймає закінчені будівництвом об'єкти, тобто результат робіт. Відсутність результату, визначеного у проектній документації, впливає на динаміку договірної зобов'язання підяду на капітальне будівництво та свідчить про невиконання (неналежне виконання) обов'язків.

Позиція О. Іоффе щодо двох предметів договору підяду на капітальне будівництво піддавалася критиці. Зокрема, зазначалося, що він штучно відриває волю від поведження учасників правовідносин, оскільки їх намір пов'язаний з їх поведженням, а поведження він відриває від матеріального об'єкта, що й є юридичним об'єктом [10, с. 60]. Наявність двох предметів є характерною для змішаних договорів. Договір підяду на капітальне будівництво є самостійним видом договору, передбаченим у кодифікованому нормативно-правовому акті, який, навіть коли містить елементи дого-

ворів із надання послуг, залишається самостійним договором, отже, має один предмет.

Т. Боднар вважає, що предметом договору є зобов'язання як правовідношення, в якому боржник зобов'язаний вчинити на користь кредитора певну дію або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку [11, с. 86]. Погоджуючись з нею, додамо, що предмет договору має відображати і каузу договору, тобто ту безпосередню правову мету, задля досягнення якої сторони вступають у зобов'язальні відносини.

Серед учених-правознавців усталеною є думка про те, що об'єкт договору відповідає об'єкту цивільних прав, перелік яких встановлений ст. 177 ЦК України. Результат підрядних робіт також віднесено до таких об'єктів, а тому здається спірною позиція, за якою здійснення робіт у договорі підяду на капітальне будівництво є об'єктом цього договору. Об'єкт – це те, з приводу чого сторони вступають у договірні відносини, і з огляду на викладене має включатися до предмета договору нарівні з основними діями, які сторони здійснюють щодо об'єкта. Також, на нашу думку, необхідно враховувати при визначенні предмета договору підяду на капітальне будівництво і дії іншої сторони договору. Так, підрядник, здійснюючи будівництво, виконує свою господарську діяльність, а тому його безпосередня правова мета – це набуття права власності на грошові кошти замовника, а для останнього – отримання права на відповідний результат будівельного виробництва, що створюється підрядником. Тому у предметі договору будівельного підяду відображаються дії й їх результат не тільки із боку підрядника, а й з боку замовника.

Отже, предмет договору підяду на капітальне будівництво – це цілеспрямована діяльність підрядника з виконання будівельних і пов'язаних з ними робіт із досягнення обумовленого договором результату та передачі його замовнику та зустрічні дії замовника з прийняття результату робіт і сплати підряднику обумовленої ціни.

Висновки

Господарське законодавство у визначенні предмета договору підяду на капітальне будівництво потребує узгодження правових норм. Так, п. 14 Загальних умов укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668, визнає предметом договору підяду роботи, пов'язані з будівництвом об'єкта, а п. 15 –

об'єкт будівництва та роботи, які передбачені проектною документацією. ГК України до предмета договору підяду на капітальне будівництво відносить об'єкт і роботи.

Пункт 15 Загальних умов, залишає ознаки, щодо характеристики предмета договору підяду на капітальне будівництво відкритим, що не сприяє належному сприйняттю зазначеної правової категорії.

Предмет договору підяду на капітальне будівництво – це цілеспрямована діяльність підрядника з виконання будівельних і пов'язаних із ними робіт, із досягнення обумовленого договором результату та передачі його замовнику та зустрічні дії замовника з прийняття результату робіт і сплати підряднику обумовленої ціни. Зазначене визначення можна використати у чинному господарському законодавстві.

Список використаних джерел

1. *Зобов'язальне право: теорія і практика* / О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 1998. – 912 с.

2. *Цивільне право України: Особлива частина* / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. – К., 2010. – 1176 с.

3. *Гражданское право: В 2 т.* – М., 2004. – Т. 2, полутом 1. – 704 с.

4. *Харитонов Е. О., Старцев А. В., Харитонова Е. И.* Гражданское право Украины. – Х., 2007. – 920 с.

5. *Біленко М. С.* Договір будівельного підяду в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2013. – 17 с.

6. *Советское гражданское право: Ч. 2.* Отдельные виды обязательств. – Л., 1961. – 531 с.

7. *Сеник С. В.* Правове регулювання договірних відносин генеральних підрядників та субпідрядників у капітальному будівництві: дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2006. – 196 с.

8. *Юшкевич С. П.* Договор строительного подряда. – М., 2002. – 239 с.

9. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М., 2011. – 1055 с.

10. *Черняк М. Я.* Новое в правовом регулировании капитального строительства // Сов. государство и право. – 1962. – № 4. – С. 58–69.

11. *Боднар Т. В.* Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві. – К., 2005. – 268 с.

Стаття надійшла до редакції 09.04.2013 р.

The article deals with the subject of the contract award for construction, analyzes the views of scientists on this issue, proposed amendments to the current legislation.

В статье рассматривается предмет договора подряда на капитальное строительство, анализируются взгляды ученых по указанному вопросу, предлагаются изменения в действующее законодательство.



УДК 349.243

Євгенія Ключова,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри транспортного права
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

МІСЦЕ БЕЗОПЛАТНИХ ДОГОВОРІВ У СИСТЕМІ ГОСПОДАРСЬКИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті розглядаються основні положення щодо укладення безоплатних договорів між суб'єктами господарювання на прикладі договору безоплатного користування майном (позички) та визначення місця такого договору в системі господарських правовідносин.

Ключові слова: безоплатні договори, позичка, суб'єкти господарювання, господарські правовідносини, Господарський кодекс.

Повне й якісне господарсько-правове забезпечення всіх юридичних дій, що відбуваються у сфері господарювання, є важливим засобом підвищення рівня та ефективності державної економічної політики України. Створення такого забезпечення вимагає вдосконалення правового регулювання господарських відносин.

Теоретичною базою дослідження є наукові роботи як українських, так і зарубіжних учених Н. Абової, А. Бобкової, М. Брагінського, В. Вітрянського, О. Дзери, В. Луця, Р. Майданика, В. Малєїної, В. Мамотова, Н. Саніахметової, В. Спасибо-Фатєєвої, В. Тація, С. Фурси, Є. Харитонова, В. Щербини, Г. Шершеневича та ін.

Стаття 3 Господарського кодексу (далі – ГК) України окреслює коло відносин, що за своєю природою можуть вважатися господарськими. До них належать господарсько-виробничі, організаційно-господарські та внутрішньогосподарські відносини.

Господарсько-виробничими є майнові й інші відносини, що виникають між суб'єктами господарювання при безпосередньому здійсненні господарської діяльності. До них, зокрема, належать договірні відносини між суб'єктами підприємницької діяльності та, відповідно, відносини, що виникають між ними у разі порушення таких зобов'язань.

Під *організаційно-господарськими відносинами* розуміються відносини, що складаються між суб'єктами господарювання та суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю.

Внутрішньогосподарськими є відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами.

Метою відносин між суб'єктами господарювання є отримання прибутку, але, крім оплатних договорів, у цій системі мають місце і безоплатні договори (наприклад договори дарування та позички). Укладення цих договорів не дуже поширено між суб'єктами господарювання, оскільки вони не надають прибутку.

Метою цієї статті є визначення місця безоплатних договорів у системі господарських правовідносин, а саме – господарсько-виробничих правовідносин, і доцільність їх укладення суб'єктами господарювання.

Цивільний кодекс (далі – ЦК) України, закріплюючи договір позички, визначає його як договір, спрямований на передання майна в безоплатне користування. Цей договір характеризується такими ознаками [1]:

- договір позички спрямований на передання в тимчасове користування об'єктів цивільних прав; ця ознака поєднує позичку з усіма договорами, спрямованими на передання в тимчасове користування об'єктів цивільних прав (наймом (орендою) житлового приміщення, комерційною концесією) та відмежовує її від договорів іншої спрямованості;

- договір позички спрямований на передання в тимчасове користування не будь-яких об'єктів цивільних прав, а тільки такого різновиду, як індивідуально визначена річ; у цьому виявляється спорідненість розглянутого договору з наймом (орендою) і наймом (орендою) житлового приміщення та його відмінність від комерційної концесії;

- договір позички спрямований на безоплатне передання речей у тимчасове користування; ця ознака відмежовує договір позички від найму (оренди) житлового приміщення. І. Спасибо-Фатєєва зазначає, що договір позички близький до договору найму (оренди),

але має відмінність у тому, що договір найму оплатний [2, с. 33]. Саме ознака оплатності (безоплатності) набуває, врешті-решт, вирішального значення для формування відповідного договірної типу. Так само, як оплатність є неодмінною ознакою договору купівлі-продажу, підряду або міни тощо, безоплатність необхідна для виділення таких типів договорів, як дарування й безоплатне користування. Безоплатність – неодмінна ознака для договору безоплатного користування і для договору дарування;

- договір позички укладається на певний строк, після закінчення якого річ має бути повернута;

- договір позички укладається відповідно до мети, визначеної в договорі.

Аналіз характерних ознак договору позички засвідчив, що обрана конструкція цього договору у ЦК України не є досконалою. Ефективне правове регулювання відносин із безоплатної передачі речей у користування за договором позички вимагає вдосконалення. Особливо важливо чітко врегулювати відповідні відносини, що виникають між суб'єктами господарювання. Адже саме у господарській сфері договір позички на практиці почасти є лише уявним правочином. Пряма мета сторін у цих випадках може зводитися до того, аби використовувати для звичайних платних відносин пільговий режим, встановлений для відносин безоплатних. Як правило, таким чином порушуються фіскальні інтереси держави. Тому викладемо наше бачення особливостей господарсько-правового регулювання безоплатної передачі майна з урахуванням державних і суспільних інтересів.

Стаття 75 ГК, встановлюючи особливості господарської діяльності державних комерційних підприємств, передбачає заборону безоплатно передавати майно, яке їм належить. Зокрема, у ньому зазначається, що державне комерційне підприємство не має права безоплатно передавати належне йому майно іншим юридичним особам чи громадянам, крім випадків, передбачених законом. Відчужувати, віддавати в заставу майнові об'єкти, що належать до основних фондів, здавати в оренду цілісні майнові комплекси структурних одиниць і підрозділів державне комерційне підприємство має право лише за попередньою згодою органу, до сфери управління якого воно входить, і, як правило, на конкурентних засадах.

Щодо інших обмежень із безоплатного надання майна, які стосуються всіх суб'єктів господарювання, слід зазначити, що у цивільному законодавстві, як засвідчив його аналіз, є положення, згідно з якими законом можуть бути встановлені види майна, що не повинні бути предметом договору найму. За відсутності в таких законах особливої вказівки стосовно договорів безоплатного користуван-

ня вони застосовуватися не повинні. У зв'язку з цим не виключені ситуації, коли речі, які заборонено здавати в оренду, можуть бути предметом передачі в безоплатне користування. Більше того, предметом позички можуть за певних умов стати речі, взагалі вилучені з обороту (твори мистецтва – картини, скульптури), що належать державі та не повинні відчужуватися у власність інших осіб, але можуть надаватися в безоплатне користування на певний строк для організації виставок у межах як держави, так і за кордоном.

У ГК слід закріпити положення, згідно яким держава може надавати в безоплатне користування об'єкти культурної спадщини, що є пам'ятками, в користування суб'єктам господарювання, які здійснюють наукову, культурно-освітню, туристичну й іншу діяльність. Надання об'єктів культурної спадщини у безоплатне користування надалі має здійснюватися з дотриманням вимог, встановлених ГК і спеціальним законом. Юридичні та фізичні особи, у користуванні яких перебувають пам'ятки, відповідають за їх збереження та зобов'язані дотримуватися вимог органів охорони культурної спадщини. Юридичні та фізичні особи зобов'язані забезпечувати збереження пам'яток на землях, якими вони користуються, й укладати з органами охорони культурної спадщини охоронні договори.

Слід передбачити в ГК особливі правила надання в безоплатне користування землі та земельних ділянок, а також відносно нерухомого майна. Зокрема, у регламентації надання в безоплатне користування нерухомого майна доцільно застосовувати загальні положення про форму договору, правила про передачу будинку, споруди тощо. Об'єктом договору безоплатного користування можуть бути житлові приміщення, тобто квартира, кімната або житловий будинок.

За договором безоплатного користування житлове приміщення може бути надане власником тільки фізичній особі. Суб'єкти господарювання не повинні користуватися житловим приміщенням на основі договору безоплатного користування (за винятком випадків, коли житлове приміщення (будинок, квартира) буде використане суб'єктом господарювання для проживання свого працівника за договором найму або за договором безоплатного користування). Суб'єкт господарювання не може передати квартиру або будинок у безоплатне користування своїм засновникам, учасникам, керівникам, членам органів управління або контролю. Ці особи можуть проживати в орендованих приміщеннях тільки за договором найму. Безоплатне проживання можливе лише для рядових працівників. Якщо працівник одержав підвищення, став керівником або засновником, членом органів управління або контролю, він має укласти договір оренди на займане житлове

приміщення. Це обмеження не стосується некомерційних суб'єктів господарювання.

У випадку реорганізації юридичної особи – користувача, його права й обов'язки за договором переходять до юридичної особи, яка є його правонаступником, якщо інше не передбачено договором позички. Договір безоплатного користування (позички) припиняється у випадку ліквідації юридичної особи – користувача, якщо інше не передбачено договором.

Користувач також не має права передавати річ без згоди власника будь-яким третім особам і на будь-яких підставах. Користувач за наявності згоди позичкодавця все ж може здавати отриману в безоплатне користування річ в оренду або в безоплатне користування (субпозичку), передавати свої права й обов'язки за договором позички іншій особі, а також віддавати свої права в заставу, вносити їх як внесок у статутний капітал господарських товариств, як пайовий внесок у виробничий кооператив.

Заслужує на увагу ризик випадкової втрати або випадкового ушкодження речі. На відміну від положень ЦК України, ЦК РФ (ст. 696), покладає ризик на позичкодержувача у випадку, якщо річ втрачена або була зіпсована у зв'язку з тим, що він використав її не відповідно до договору безоплатного користування або призначення речі, передав її третій особі без згоди позичкодавця. В Україні це питання не визначене.

Користувач несе також ризик випадкової втрати або випадкового ушкодження речі, якщо з урахуванням фактичних обставин міг запобігти її втраті або псуванню, пожертвавши своєю річчю, але прагнув зберегти свою річ. Перелічені випадки визначені з урахуванням обов'язку позичкодержувача піклуватися про схоронність отриманого в користування майна та дотримуватися добропорядності у взаєминах сторін.

Перелік підстав покладення ризику на позичкодержувача, передбачений у ст. 696 ЦК РФ, є вичерпним. В інших випадках ризик випадкової втрати несе власник, тобто позичкодавець.

Слід зазначити, що по закінченні строку договору безоплатного користування, а якщо він укладений без вказівки строку, то на вимогу однієї із сторін, договір припиняється і позичкодержувач зобов'язаний повернути річ позичкодавцеві. Повернення речі ніякими заходами господарсько-правового характеру не забезпечується. Слід закріпити у господарському законодавстві положення, згідно з яким безоплатно передане майно по закінченні строку договору безоплатного користування, не тільки має бути повернуте, а й повернуте у стані, в якому воно було отримане позичкодержувачем із урахуванням нормального зношування або у стані, обумовленому договором. Якщо ця вимога не забезпе-

чена, користувач речі зобов'язаний відшкодувати іншій стороні збитки.

Необхідно також встановити господарсько-правову норму, яка б передбачала обов'язок повернути майно, отримане в безоплатне користування, й після закінчення строку договору. Незалежно від тривалості користування користувач власником майна не стає. Набувна давнина не поширюється на випадки, коли володіння майном здійснюється на підставі договору безоплатного користування. Позичкодержувач відповідає за втрату або пошкодження майна, що настало з його вини.

У ГК України слід передбачити настання відповідальності за шкоду, заподіяну третій особі в результаті використання речі. Така відповідальність покладається на позичкодавця як власника речі, однак, якщо шкода заподіяна в результаті наміру або грубої необережності позичкодержувача, відповідальність перед третіми особами несе позичкодержувач. Тягар доведення провини позичкодержувача покладається на позичкодавця. Відповідальність позичкодавця настає незалежно від вини.

Доцільно також встановити, що позичкодавець відповідає за недоліки речі, переданої в безоплатне користування. При виявленні недоліків, про які позичкодавець не повідомив навмисне або з грубої необережності, позичкодержувач (користувач) вправі за своїм вибором зажадати від іншої сторони безоплатного усунення недоліків, може усунути недоліки сам і зажадати відшкодування понесених витрат на усунення недоліків або вимагати дострокового розірвання договору та відшкодування понесеного ним реального збитку.

Позичкодавець, якому повідомлено про вимоги позичкодержувача або про його намір усунути недоліки за свій рахунок, може без зволікання зробити заміну несправної речі іншою аналогічною річчю, що перебуває в належному стані.

Позичкодавець не відповідає за недоліки речі, про які іншій стороні було повідомлено в момент укладання договору. Позичкодавець не відповідає за недоліки, що були заздалегідь відомі позичкодержувачеві. Відповідальність не настає за явні недоліки, які мали бути виявлені при огляді речі або при перевірці її справності в момент укладення договору.

Договір безоплатного користування майном може бути припинений у зв'язку із закінченням строку користування майном, але може бути й достроково розірваний. Дострокове розірвання може мати місце на вимогу як позичкодавця, так і користувача (позичкодержувача).

Позичкодавець має право зажадати дострокового розірвання договору у випадках, коли користувач використовує річ не відповід-

но до призначення речі та не відповідно до договору.

Підставою для дострокового розірвання договору позичкодавцем є невиконання користувачем обов'язків щодо утримання речі в справному стані. Обов'язок користувача по утриманню речі передбачає несення всіх звичайних витрат на утримання речі та підтримку її в справному стані. Користувач не повинен допускати істотного погіршення стану речі; у протилежному випадку з'являється підстава для дострокового розірвання договору.

Договір безоплатного користування може бути укладений на певний строк або без вказівки строку. Якщо строк користування річчю не визначений, кожна із сторін вправі у будь-який час відмовитися від договору, попередивши про це іншу сторону. Строк для попередження встановлюється в 1 місяць, однак сторони мають право своєю угодою зменшити або збільшити цей строк.

Якщо користувач продовжує користуватися майном після закінчення строку договору, а друга сторона не заперечує проти такого користування, договір вважається відновленим на тих самих умовах на невизначений строк. Користувач може в будь-який час відмовитися від договору, укладеного на невизначений строк. Однак необхідно попередити про це позичкодавця.

Договір безоплатного користування припиняється у випадку ліквідації суб'єкта господарювання, якому майно було передане у користування.

Договір безоплатного користування регулюється главою 60 ЦК України. Укладення договору безоплатного користування «виводить з тіні» використання майна, отже, за умови економічної обґрунтованості та документального підтвердження дозволяє користувачеві враховувати витрати на утримання, ремонт і обслуговування майна. При цьому ніяких виплат позичкодавцеві не робиться, тобто немає необхідності виступати в ролі податкового агента та сплачувати податок. Це, безумовно, плюс для будь-якого платника податків.

Вважають за краще оформляти позичку і фірми, які на певний час безкоштовно відда-

ють покупцям своєї продукції відповідне устаткування. Так, виробники напоїв вважають, що продукція буде продаватися краще, якщо забезпечити магазини та кафе холодильниками. На перший погляд, позичка в усіх подібних ситуаціях дуже зручна: і користування майном оформлене, і право власності на нього передавати не потрібно, і ніхто нікому нічого не платить. Користувач зобов'язаний утримувати майно та підтримувати його в справному стані, у тому числі проводити поточний ремонт (ст. 833 ЦК). Пов'язані з виконанням цього обов'язку витрати сміливо можна вважати економічно виправданими.

Разом із тим слід зазначити, що будь-яка безоплатність у сфері господарювання заслуговує на увагу контролюючих органів. До позички у них теж знайдуться претензії. У податковій службі переконані, що позичкодавець безоплатно надає одержувачу майна послугу. Це переконання може зумовити неприємності для обох сторін договору безоплатного користування. Якщо укладений договір безоплатного користування, то у власника майна не виникає ні доходу, ні, відповідно, податкової бази. Але він може отримувати й отримувє неврахований ніким «чорний» дохід. Таким чином можуть відмиватися нелегально отримані гроші. Чинovníки переконані, що компанія, користуючись майном безоплатно, таки отримує матеріальну вигоду. Законодавством таких країн, як Канада, Латвія передбачене особливе регулювання правовідносин щодо безоплатної передачі майна суб'єктам господарювання.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що нерозвинутість практики щодо використання безоплатних договорів у господарській діяльності, а також зважаючи на те, що ГК не врегульовані відносини з безоплатної передачі майна суб'єктам господарювання, пропонуємо внести відповідні зміни до статей ГК.

Список використаних джерел

1. Парасюк М. В. Місце та роль позички у договірних відносинах // Митна справа. – 2011. – № 1, ч. 2.
2. Спасибо-Фатеева І. Н. Позичка чи позика // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2004. – № 1. – С. 33.

Стаття надійшла до редакції 18.06.2013 р.

In the article the basic provisions for the conclusion of grant agreements among entities, for example, contract free use of the property and the definition of the place of such a contract in the system of economic relations.

В статье рассматриваются основные положения в отношении заключения безвозмездных договоров среди субъектов хозяйствования на примере договора бесплатного пользования имуществом и определения места такого договора в системе хозяйственных правоотношений.



УДК 349.41

Вікторія Сидор,*д-р юрид. наук,
професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права
Національного університету «Одеська юридична академія»*

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ПОНЯТТЯ «ОБІГ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК»

У статті досліджуються існуючі в науці земельного права теоретичні підходи до визначення поняття «обіг земельних ділянок», обґрунтовується авторське бачення юридичного змісту цієї правової категорії.

Ключові слова: земельні відносини, обіг земельних ділянок, ринок земель, перехід прав на землю, договір, земельне законодавство.

На стадії розбудови демократичної України з соціально орієнтованою ринковою економікою особливого значення набуває проблема реалізації закріплених у Конституції та Земельному кодексі (далі – ЗК) України прав на землю. Виникнення нових об'єктивних обставин зумовлює появу раніше невідомих теоретичних проблем, що потребують негайного вирішення. Закріплені Основним Законом України положення щодо ролі та статусу земельної власності носять загальний характер і потребують конкретизації у законодавчих актах. Це стосується і питання щодо правового забезпечення прозорого та чіткого механізму обігу земельних ділянок. Основні ознаки обігу земельних ділянок в Україні в сучасний період визначаються за допомогою ряду спеціальних правових інструментів, що базуються на нормах як цивільного, так і земельного законодавства.

Вивчення наукової літератури з теми дослідження, зокрема праць В. Гуревського, І. Каракаша, П. Кулинич, В. Носіка, В. Семчика, С. Хом'яченко, М. Шульги та інших, свідчить про те, що в нормативних правових актах і правовій науці вживаються як поняття «обіг земельних ділянок», так і «обіг земель», «земельний обіг», «цивільний обіг земельних ділянок», «майновий обіг». Це зумовлює необхідність проведення додаткового дослідження з обраної теми.

Метою цієї статті є дослідження існуючих у науці земельного права теоретичних підходів до визначення поняття «обіг земельних ділянок» і обґрунтування авторського бачення юридичного змісту цієї правової категорії.

Слід зазначити, що у радянський період розвитку нашої держави земля була вилуче-

на з цивільного обігу й оголошена виключною власністю держави. Земельні ділянки не могли бути предметом приватного обігу. Володіння землею здійснювалося тільки на праві користування, в результаті чого земельні відносини втратили товарно-грошовий характер, і до 1990 р. фактично зводилися до адміністративних процедур надання та вилучення земельних ділянок. Існування земельного обігу у вигляді розподілу та перерозподілу земельних ділянок між землекористувачами в радянський період історії нашої країни цілком відповідало економічним відносинам того часу, коли були відсутні активний обіг нерозвинено пов'язаних із землею будівель і споруд, широкомасштабна внутрішня міграція населення. У 1990–2000 рр. під впливом проведених у нашій країні економічних, політичних і правових реформ обіг будівель і споруд і, відповідно, земельних ділянок, на яких вони розташовані, істотно активізувався. Вже на початковому етапі земельної реформи домінуючою стала тенденція відчуження максимально великої кількості державного майна та земель у приватну власність. Створення сприятливих з точки зору світової практики інвестиційних умов для розвитку виробництва вимагало надання приватним особам високого рівня гарантій прав власності на земельні ділянки, на яких розташовані придбані ними об'єкти нерухомого майна.

Із прийняттям Конституції України, в ч. 2 ст. 14 якої закріплено, що право власності на землю гарантується, це право набувається та реалізується громадянами, юридичними особами, державою відповідно до закону, були створені необхідні передумови для розвитку в Україні обігу земельних ділянок. Слід погодитися з думкою О. Погрібного, що багатоманітність форм власності на землю передбачає існування значної кількості власників

землі. Вони потребують обміну об'єктами природи. Тому потрібен земельний обіг. Пропозиція землі обмежена, і жодне західне законодавство не змогло винайти механізм успішної нейтралізації цієї монопольної влади, що дозволяє власникам землі диктувати свої умови, спекулювати земельними ділянками у корисних цілях [1, с. 172].

Раніше традиційно речові та зобов'язальні права громадян і юридичних осіб у земельних відносинах виникали тільки на підставі адміністративних актів компетентних державних органів і органів місцевого самоврядування. Закон обмежував земельну правоздатність громадян та юридичних осіб як суб'єктів права землекористування. Вони не могли бути в умовах виключної державної власності учасниками ринкового земельного обігу. З появою різних форм власності на землю, відновленням поділу речей на рухоме і нерухоме майно, запровадженням державної реєстрації прав на нерухоме майно та правочинів із ним розширюється можливість виникнення речових і зобов'язальних прав на землю громадян та юридичних осіб на підставі не тільки адміністративних актів органів державної влади й органів місцевого самоврядування, а й на цивільних правочинів із земельними ділянками. Серед важливих підсумків земельної реформи в науці земельного права виділяють такі: відмова від адміністрування при регулюванні земельних відносин, створення різноманіття форм власності, визнання земельних відносин майновими відносинами та можливість застосування норм цивільного законодавства при здійсненні операцій із землею, введення економічно обґрунтованої плати за землю і нових форм господарювання на землі, інші позитивні результати земельних відносин у країні [2, с. 53].

Однією з важливих ознак сучасного земельного законодавства можна назвати відсутність єдиного підходу в регулюванні обігу земельних ділянок. Сформоване в науці земельного права розуміння обігу земельних ділянок також не є однозначним. Однак за будь-яких його трактувань обіг пов'язується з переходом прав на ділянки від одних осіб до інших; різниця полягає лише в підставах такого переходу, а точніше в тому, чи є такі підстави виключно приватноправовими, чи вони можуть бути і публічно-правовими. Обіг земельних ділянок як предмет правового регулювання являє собою сукупність суспільних відносин, які регулюються нормами, завданням яких є створення юридичних передумов для набуття земельних ділянок у власність чи користування та передачі прав на них, забезпечення правових засад для переходу від однієї особи до іншої земельних ділянок і прав на них, суспільна оцінка яких формується

як баланс попиту та пропозиції, а також визнання державою набутих прав на землю, надання гарантій їх непорушності в межах правового поля.

В. Носік ототожнює поняття «обіг земельних ділянок» і «перехід прав на земельні ділянки», визначаючи їх як врегульовані нормами чинного законодавства суспільні відносини, що виникають між відповідними суб'єктами у процесі переходу прав на земельні ділянки з підстав і в порядку, передбачених законом, договором, рішенням суду [3, с. 53].

П. Кулинич вважає, що поняття «обіг земель» охоплює поняття «ринковий обіг земель» та «адміністративний обіг земель», який здійснюється виключно на підставі рішень уповноважених законом органів державної влади та місцевого самоврядування. Незважаючи на те, що ринковий обіг земель здійснюється на підставі цивільних правочинів, його не слід вважати синонімом поняття «цивільний обіг земель», оскільки останній може здійснюватися на підставі цивільних правочинів в умовах заборони на укладення правочинів, які є формою прояву пропозиції та попиту на земельні ділянки [4, с. 154]. Під обігом земельних ділянок він розуміє перехід від однієї особи до іншої правомірності розпорядження (у складі права власності) або права володіння земельною ділянкою [5, с. 328].

В. Гуревський виділяє ринковий і позаринковий (адміністративний) земельний обіг. На його думку, за позаринкового обігу здійснюється розподіл і перерозподіл земель шляхом адміністративної процедури, а ринковий обіг характеризується вільним розпорядженням землею без заподіяння шкоди довкіллю та без порушення прав і законних інтересів інших осіб [6, с. 229].

С. Хом'яченко вважає, що поняття «земельний обіг» як здійснюваний на основі норм чинного законодавства перехід прав на земельні ділянки від одних осіб, у тому числі приватних, до інших є методологічною основою для усвідомлення поняття та суті ринку земель. У рамках земельного обігу вона виділяє адміністративний обіг земельних ділянок, цивільно-правовий обіг земельних ділянок, а також ринковий обіг земельних ділянок, який передбачає перехід прав на землю від однієї особи до іншої на основі системи цивільних правочинів, обов'язковою складовою яких є договір купівлі-продажу [7, с. 227].

Специфіка правового регулювання обігу земельних ділянок зумовлена тим, що, будучи нерухомим майном, земля принципово відрізняється від інших об'єктів нерухомості, у тому числі від інших природних ресурсів. Подібна суспільна значущість є основною причиною закріплення в правових нормах особливої поведінки таких суб'єктів, як держава,

територіальні громади, юридичні та фізичні особи, а також виділення земельного права в окрему галузь.

Із точки зору механізмів державного регулювання відносин обігу земельних ділянок у них можна побачити прагнення влади розмежувати способи та засоби впливу на обіг земельних ділянок, що перебувають у державній, комунальній і приватній власності. При дослідженні відносин набуття та припинення прав на землю громадянами й юридичними особами можна помітити одну з найбільш істотних тенденцій і проблем розвитку регулювання земельних відносин. Процедура набуття та припинення прав на землю є правовими складами, встановлення яких базується на значній кількості нюансів, пов'язаних із використанням землі. Що стосується державного регулювання обігу земельних ділянок, то Україна перебуває в унікальній ситуації, оскільки доводиться одночасно освоювати класичні прийоми регулювання обігу земель приватно-правовими методами та складні механізми державного регулювання ринку землі, нерухомості, природних ресурсів. При цьому регулювання земельного ринку, як відомо, є складною сукупністю механізмів, що охоплює як приватноправові, так і публічно-правові елементи. До методів регулювання, що найбільше поширені в земельному законодавстві, можна віднести: вилучення або обмеження в обігу певних категорій земель або земельних ділянок, встановлення умов використання земель із визначенням їх правового режиму на підставі встановленої категорії, визначення механізмів територіального планування та зонування.

Правові умови використання земельних ділянок (що є суттю їх правового режиму) об'єктивно впливають на положення про їх обіг. Так, законодавець передбачає більш вільний обіг земельних ділянок у рамках одного цільового призначення. Обіг земельних ділянок із зміною їх категорії здійснюється з урахуванням законодавчо встановлених адміністративних процедур. Основні ознаки обігу земельних ділянок в Україні на сучасному етапі враховуються за допомогою ряду спеціальних правових механізмів, що базуються на нормах як цивільного, так і земельного законодавства. У той самий час у тому, що стосується врахування особливостей ринку землі, доводиться визнати, що норми чинного законодавства сприяють послідовному регулюванню ринкових відносин лише частково. Так, слід зазначити, що законодавець на даний час зорієнтований на пріоритетне врахування та задоволення окремих інтересів (попиту) у використанні землі.

Регулювання збалансованого перерозподілу земельних ресурсів у нових умовах обі-

гу ще не є першочерговим завданням законодавця. Наскільки обґрунтованим є такий підхід у регулюванні, можна відповісти лише в рамках з'ясування загальної концепції державного регулювання соціальних і економічних відносин. Для розвитку правового регулювання земельних відносин важливим є подолання наявних негативних явищ обігу земель, що підривають правову, економічну та соціальну стабільність. Найбільш важливим заходом слід вважати ліквідацію корупції в органах державної влади та місцевого самоврядування, відповідальних за ухвалення рішень про набуття і реєстрацію прав на землю [8, с. 17].

Розвиток ринкових відносин потребує подальшого зближення правового регулювання ринку землі і нерухомості, розташованої на ній. При цьому передбачається послідовне забезпечення встановленого законодавством принципу єдності долі земельної ділянки і нерухомості.

Участь держави в регулюванні соціально-економічних процесів суспільства та забезпечення конкурентних переваг України також потребують правових заходів забезпечення підприємств промисловості, транспорту, сільського господарства тощо правами на землю. Вирішення вказаних завдань вимагає формування та розвитку ряду правових і організаційних заходів, спрямованих у тому числі на планування розподілу та використання земель в Україні. Ці заходи мають бути співвіднесені з умовами розвитку ринку землі, принципами різноманіття форм власності на землю, вимогами щодо забезпечення права власності й інших прав на земельні ділянки та нерухомість. Одним із істотних принципів у даному випадку має стати принцип забезпечення балансу публічних і приватних інтересів у використанні земельних ресурсів. У сфері регулювання використання земель сільськогосподарського призначення найбільш важливими слід вважати такі заходи: встановлення правових заходів стимулювання раціонального використання земель сільськогосподарського призначення з метою скорочення площ необроблених і неефективно використовуваних сільськогосподарських угідь; створення правових передумов обігу земель сільськогосподарського призначення. Для вирішення зазначених завдань регулювання й управління земельними ресурсами необхідно враховувати правові методи, що діють на сучасному етапі. Отже, потрібно узгоджувати та вдосконалювати законодавство про територіальне планування, землеустрій, державний кадастр земельних ділянок, земельний податок, а також про державну реєстрацію прав на нерухоме майно і правочинів із ним. У результаті має бути створена єдина несуперечлива правова

база для прийняття та реалізації рішень про використання земельних ресурсів.

Питання, що накопичилися, і завдання розвитку земельного законодавства з об'єктивних і суб'єктивних причин не знайшли свого вичерпного вирішення. Їх актуальність не лише зберігається, а й посилюється. У зв'язку з цим особливого значення набуває необхідність теоретичного осмислення проблем формування земельного законодавства в нових умовах. Однією з основних закономірностей розвитку земельного законодавства є істотне розширення сфери приватноправового регулювання. Можна виділити наявні в земельному законодавстві приватноправові інститути та норми: право власності на землю, різні види землекористування, земельні сервітути й інші речові права; зобов'язальні відносини (оренда та інші правочини із земельними ділянками); цивільно-правові способи захисту земельних прав. Існує необхідність удосконалення механізму врахування публічних інтересів у приватноправових нормах, що регулюють земельні відносини, і проблеми так званого зворотного проникнення публічно-правових засад у сучасне приватне право. Взаємопроникнення публічно-правових і приватноправових засад зумовлює необхідність розвитку сучасної теорії земельного права у напрямі пошуку шляхів їх оптимального співвідношення і взаємодії.

Висновки

Обіг земельних ділянок являє собою перехід прав на земельні ділянки (частини земельних ділянок) у результаті вчинення цивільних правочинів, спрямованих на встановлення, зміну та припинення земельних прав і обов'язків, інших цивільно-правових механізмів, а також у порядку адміністративної процедури, що здійснюється в певних рамках, встановлених законом, і при дотриманні певних правил, які випливають із чинного законодавства. Вважаємо, що для розвитку правового регулювання земельних відносин важливим є подолання наявних негативних явищ

обігу земельних ділянок, що підривають правову, економічну та соціальну стабільність. Для подолання цих явищ необхідно підвищувати результативність державного контролю за використанням та охороною земель, спрощувати процедури оформлення прав на земельні ділянки, формувати правову культуру землевласників і землекористувачів.

Законодавче регулювання відносин земельного обігу має виходити з усвідомлення того, що земля як матеріальний об'єкт відносин поєднує в собі сутнісні екологічні якості, які виражаються у визнанні землі об'єктом навколишнього природного середовища, а також економічні якості, що відображаються у визнанні землі природним ресурсом і нерухомістю. У зв'язку з цим необхідно забезпечити рівноправний, санкціонований доступ до землі з метою забезпечення всіх суспільних потреб і приватних інтересів суб'єктів земельних відносин.

Список використаних джерел

1. *Погребной А. А.* Исторический опыт рационального пользования земельными ресурсами в России и зарубежных странах // Юридична освіта і правова держава. – О., 1997. – С. 168–175.
2. *Голыченков А. К., Козырь О. М.* Концепция развития земельного законодательства России // Вестник Моск. ун-та. – 1995. – № 4. – С. 48–55.
3. *Носік В. В.* Правові питання ринкового обігу земельних ділянок // Організаційно-правові проблеми розвитку аграрного і земельного ринків в Україні. – К., 2005. – 87 с.
4. *Кулинич П. Ф.* Ринок земель як об'єкт правового регулювання // Організаційно-правові засади розвитку аграрного і земельного ринків в Україні / За ред. В. І. Семчика. – К., 2006. – С. 144–154.
5. *Семчик В. І., Кулинич П. Ф., Шульга М. В.* Земельне право України. – К., 2008. – 600 с.
6. *Земельне право України* / За ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. – К., 2009. – 600 с.
7. *Хом'яченко С. І.* Поняття та види обігу земельних ділянок // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 2. – С. 223–228.
8. *Галиновская Е. А.* Земельное законодательство: особенности формирования и развития // Журнал российского права. – 2009. – № 11. – С. 14–25.

Стаття надійшла до редакції 18.03.2013 р.

The publication is devoted to investigation of current land law doctrine of theoretical approaches to the definition of «turnover of land» and the author's vision of the legal justification for the contents of this legal category.

В статье исследуются существующие в науке земельного права теоретические подходы к определению понятия «оборот земельных участков», обосновывается авторское видение юридического содержания этой правовой категории.



УДК 349.4

Сандра Міненко,*здобувачка кафедри трудового, господарського та екологічного права
Східноєвропейського національного університету ім. Лесі Українки*

СТРУКТУРА ЗЕМЕЛЬ ВОДНОГО ФОНДУ УКРАЇНИ

У статті досліджуються різновиди земель водного фонду, основним призначенням яких є забезпечення охорони та раціонального використання водних ресурсів нашої країни.

Ключові слова: земельні відносини, землі водного фонду, водний об'єкт, структура земель, водоохоронні зони, прибережні захисні смуги.

Земля є найважливішою складовою частиною навколишнього природного середовища, що характеризується простором, рельєфом, ґрунтовим шаром, рослинністю, надрами та водами. В національному законодавстві позначення землі зводиться до її поверхні, що охоплює ґрунтовий шар і територіальний простір. Це пояснюється тим, що саме верхній шар землі виконує поселенські, економічні, екологічні, соціально-культурні, лікувально-оздоровчі, комунально-побутові й інші функції життєзабезпечення людини та суспільства. Землі як одному з найважливіших природних ресурсів належить центральне місце в політиці та стратегії розвитку держави. Життя громадян не може істотно поліпшитися без раціональної земельної політики. Це визначає виняткову важливість земельного питання для успішного сталого розвитку. Одним із найважливіших прав людини, проголошених Конституцією України, є передбачене ч. 1 ст. 50 право на безпечне для життя та здоров'я довкілля, на відшкодування завданої порушенням цього права шкоди. Проте реалізувати зазначене право стає все складніше, а глобальна проблема забруднення та виснаження земель, вод, інших природних ресурсів загострюється в нашій країні з кожним роком.

У науці земельного права дослідженню правових питань структури земельного фонду присвячені праці таких учених в галузі земельного, аграрного й екологічного права, як В. Андрейцев, Г. Балюк, О. Бондар, Ю. Вовк, А. Гетьман, Т. Коваленко, П. Кулинич, В. Мунтян, В. Носік, О. Погрібний, В. Семчик, В. Сидор, Н. Титова, В. Федорович, Ю. Шемшученко, М. Шульга та інші. Проте проблеми правового регулювання структури земель водного фонду України досі не були предметом спеціального дослідження, а тому проведення наукового аналізу різновидів земель,

що охоплюються цією категорією, не втрачає своєї актуальності.

Метою цієї статті є встановлення різновидів земель водного фонду, основним призначенням яких є забезпечення охорони та раціонального використання водних ресурсів нашої країни.

Землі водного фонду, виконуючи свою спеціальну функцію, служать захисним бар'єром водних об'єктів від негативного впливу зовнішнього середовища як природного, так і антропогенного характеру. Землі водного фонду можуть використовуватися різними способами, але основним залишається необхідність забезпечення максимальної охорони водотоків і водойм від різних зовнішніх негараздів природного та штучного характеру [1, с. 7].

Землі водного фонду, призначені для збереження та раціонального використання водних ресурсів, виправдовують своє становище в екосистемі. Природа цих земель особлива, оскільки вони є місцезнаходженням для водотоків і водойм, а також зоною їх водозабору. Саме в результаті цих особливостей землі водного фонду утворюють захисний природний ландшафтний бар'єр для водних об'єктів. Вони можуть виступати ландшафтною межею екосистем. Необхідно лише виділити їх із загальної маси земель і надати їм певного правового режиму. Це є завданням землеустрою та державного земельного кадастру.

Землі водного фонду є зоною взаємного переходу суші та водного середовища існування. Про проміжний характер цієї зони свідчать повені, підтоплення, приливно-відливні явища тощо. Тут містяться цінні заливні, наносні та болотні ґрунти. Крім того, водні маси містять лікувальні грязі, солі, вапняк, торф, озерні відкладення тощо [2, с. 174].

У складі земель водного фонду (відповідно до наказу Держкомзему України «Про затвердження Класифікації видів цільового призначення земель» від 23.07.2010 р. № 548) виділяють такі земельні ділянки: для експлуатації та догляду за водними об'єктами, для облаштування та догляду за прибережними захисними смугами, для експлуатації та догляду за смугами відведення, для експлуатації та догляду за гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами і каналами, для догляду за береговими смугами водних шляхів, для сінокошення, для рибогосподарських потреб, для культурно-оздоровчих потреб, рекреаційних, спортивних і туристичних цілей, для проведення науково-дослідних робіт, для будівництва й експлуатації гідротехнічних, гідрометричних і лінійних споруд, для будівництва й експлуатації санаторіїв, інших лікувально-оздоровчих закладів у межах прибережних захисних смуг морів, морських заток і лиманів.

При визначенні складу земель водного фонду земельне законодавство України керується тим, що межа цих земель не збігається з зовнішньою межею поверхневого водного об'єкта (урізом води). До земель водного фонду належить не тільки площа донної чаші (дно водойми), а й земна поверхня навколо водойми, що безпосередньо до неї прилягає й є надводним продовженням донної чаші.

У науці земельного права України землі водного фонду прийнято поділяти на декілька видів: водопокриті землі; землі, зайняті болотами та островами; землі, зайняті прибережними захисними смугами уздовж морів, річок і навколо водойм, береговими смугами водних шляхів, виділені під смуги відведення для гідротехнічних та інших водогосподарських споруд та каналів [3, с. 330–331].

Водний кодекс (далі – ВК) України визначає поверхневі води як води різних водних об'єктів, що знаходяться на земній поверхні (ст. 1). У ВК згадується, але не визначається, такий водний об'єкт, як ріка.

Ріка – це природний поверхневий водоток із своїм витокіом і гирлом, русло якого виражено та зайнято водами протягом року або більшої його частини. Ріка має свій водозбірний басейн.

Рух води відбувається у найбільш глибокій частині річної долини – руслі ріки. До русла примикає схил із своєю підшовою (біля урізу води); у ВК України уріз води визначається як межа води на березі водного об'єкта (берегова лінія). Заплавами утворюється прибережна територія, що може бути затоплена чи підтоплена під час повені (паводка). Ще вище знаходяться береги ріки. Русло може розділятися на рукава; старі русла можуть знаходитись у заплавах річкової долини. За-

плавні землі є місцезнаходженням вторинних водних об'єктів (проток, болот) і відіграють роль природних захисних фільтрів для ріки [4, с. 180]. Саме тому річні акваторії та заплавні землі повинні становити єдиний об'єкт водних відносин, у тому числі відносин власності. Такий правовий підхід дозволить об'єднати акваторії та заплавні землі в руках одного господаря, потенційно заінтересованого в збереженні механізмів природного очищення водойм.

Струмок належить до поверхневих природних водотоків і являє собою постійні або тимчасові водні потоки, що є стоком талих, дощових або підземних вод. Довжина струмка, як правило, не перевищує 3–5 км, русло є звивистим, водозабірний басейн слабо виражений. Багато струмків узимку замерзають і цим відрізняються від рік. Струмки можуть бути початком рік, а русла струмків можуть складати руслову систему рік. Особливо виділяються джерельні струмки, що утворюються на місці виходу на поверхню підземних вод. У національному законодавстві ми не знайшли легального визначення поняття «струмок» і це значно ускладнює їх відображення у водному кадастрі, а також зумовлює проблеми у відносинах щодо їх використання й охорони.

Озеро відповідно до ст. 1 ВК України – це природна западина суші, заповнена прісними або солоними водами. Як і інші водойми, вони перебувають у стані сповільненого водообміну. Єдине ціле з озером складає так звана озерна улоговина (чаша), що має досить складні форми. Як у річкової долини, у неї може бути найбільш глибока частина, вкрита водною товщею, схил і берег. Крім того, з озерних відкладень можуть складатись озерні тераси – вузькі та слабо нахилені поверхні, що мають велике господарське і містобудівне значення. Озера біля урізу води мають тростинний пояс, що зберігає поживні речовини й є місцем існування зникаючої та рідкісної флори і фауни. Цей тростинний пояс перешкоджає ерозії берега, але може свідчити про заростання озера. За таких умов землетворисувачі мають утримуватись від випалювання тростинної рослинності. Озерна чаша є важливим містоутворюючим фактором; вона підходить для ландшафтно-архітектурної справи, відпочинку, спорту [5, с. 92]. Там можуть бути родючі та вологі сільськогосподарські угіддя. Тому землевпорядна практика не відносить озерні впадини виключно до земель водного фонду; вони можуть бути у складі земель природно-заповідного фонду, земель сільськогосподарського та лісгосподарського призначення, земель житлової та громадської забудови.

Болото – це різновид поверхневих водойм, що у ст. 1 ВК України визначається як

надмірно зволожена земельна ділянка із постійним водним режимом і специфічним рослинним покривом. Болото є цінною екосистемою із своїм мікрокліматом; важливу роль відіграє торф, що як губка вбирає вологу та віддає її. Серед видів реліктової флори трапляються рідкісні лікарські рослини, наприклад, журавлина. Цінні види птиці живуть і розмножуються виключно у болотах.

Важливою умовою болотного утворення є наявність непроникного ґрунту, як правило, глини. Болота виникають у зонах виходу підземних вод, на лісових вирубках і згарищах, на місцях заростання акваторій рік та озер. Таким чином, болота можуть бути на землях водного фонду або лісгосподарського призначення, а також землях природно-заповідного фонду й іншого природоохоронного призначення. Оскільки болота, як правило, виникають у водозбірних басейнах рік та озер, вони не завжди вписуються у правову конструкцію водоохоронних зон рік і озер. Болота регулюють кислотно-лужний і водний баланс; вони є природним фільтром, накопичуючи не лише торф, а й болотний газ (метан), продукують фосфоровмісні добрива. Світова практика свідчить, що осушення болот обертається для людини надзвичайно негативними наслідками. Тому ці водні об'єкти підпадають під охорону міжнародних норм, зокрема Конвенції про водно-болотні угіддя, що мають міжнародне значення.

Водосховище в ст. 1 ВК України визначається як штучна водойма ємністю понад 1 млн куб. м, збудована для створення запасу води та регулювання її стоку. Як правило, водосховища пов'язані з великими водотоками, а тому не відносяться до відособлених водних об'єктів; їх «чаші» повинні охоплювати великі ділянки земель водного фонду. При цьому не має значення вид водосховища, а показник ефективності його експлуатації, тобто кількість води. Частина води водосховища втрачається під впливом природних та антропогенних факторів – випаровування, заростання, водопроникність ґрунтів, втрата води у вигляді фільтрації через берег і греблю.

Ставок визначається в ст. 1 ВК України як штучно створена водойма ємністю не більше 1 млн куб. м. Для ставка характерний слабкий нахил дна, достатньо круті береги, стійке до розмиву ложе, яскраво виражена різниця між максимальним і мінімальним рівнем води. На відміну від водосховищ, ставки відіграють пасивну роль у регулюванні стоку. Ложе ставків часто не відноситься до земель водного фонду. Ставки, як правило, використовуються для рибальства та риборозведення, відпочинку і рекреації, спорту та проведення культурних заходів [6, с. 74]. Важливе значення мають протипожежні ставки в зе-

лених зонах і лісових масивах. Тому існує велика вірогідність віднесення ставків до земель сільськогосподарського чи лісгосподарського призначення, земель житлової та громадської забудови, земель рекреаційного призначення. Ставки є досить вразливими та недовговічними водогосподарськими об'єктами. Вони мають високе аквакультурне значення у зв'язку з можливістю розведення різноманітних водних організмів у контрольованих умовах. Іншими словами, ставки є перспективним напрямом у справі забезпечення населення продовольством.

Практично кожен ставок можна використовувати для розведення риби, але для ведення повноцінного промислового рибного господарства потрібна система ставків: маточні, зимувальні, нерестові, карантинні тощо. В цьому випадку практично завжди йдеться про каскад ставків по річці чи біля озера, що наводить нас на думку про зарахування земель ставкових комплексів до земель водного фонду.

Відповідно до ст. 3 ВК України, до водного фонду України належать *підземні води та джерела*. Але виходи підземних вод на поверхню слід розглядати як сферу взаємодії водного та земельного законодавства. В місцях, де водоносний горизонт, який визначається в ст. 1 ВК України як однорідна пластоватість гірських порід, де постійно знаходяться води, пересікається з негативними формами рельєфу (річкові долини, озерні ванни, яро-балочні мережі) відбувається розвантаження підземних вод у вигляді джерел і пластових виходів. Нерідко такі ділянки тягнуться схилом у вигляді заболоченої смуги, в глибинах якої накопичується вода. Всі ці різноманітні джерела утворюють сток із підземних горизонтів, обертаючись на струмки, ставки, болота та ріки. Маючи підземне водне живлення, всі зазначені ділянки повинні бути віднесені до земель водного фонду.

До водного фонду України належать *внутрішні морські води та територіальне море* (ст. 3 ВК України). Ґрунтовий шар узбережжя може бути надзвичайно продуктивним, але під водою ґрунтового шару немає. Разом із тим це не означає, що під морем немає землі, оскільки землі та ґрунти є окремими поняттями і відповідно до ч. 1 ст. 168 Земельного кодексу (далі – ЗК) України ґрунти є об'єктом особливої охорони. Земля може бути як з ґрунтовим шаром, так і без нього.

Тимчасове затоплення земельних площ під час морських припливів не є підставою для віднесення цих ділянок до земель водного фонду, оскільки приморські землі можуть належати до інших категорій земель. Але не можна вважати площі припливу такими, що не входять до складу моря як водного об'єк-

та. Крім того, слід пам'ятати про санітарні, водоохоронні й інші смуги, що оточують морську акваторію.

Висновки

Всі різновиди земель водного фонду, їх складові підлягають правовій охороні. Ця важлива проблема вирішується у процесі використання зазначених земель із урахуванням особливостей їх призначення. Актуальними на сучасному етапі розвитку стали питання охорони земель водного фонду від руйнування внаслідок повеней. Загрожує ситуація зумовлюється масовою самовільною забудовою прибережних земель через їх привабливість для дачного будівництва. Існують також інші прогалини правової охорони земель водного фонду.

Землі водного фонду забезпечують збереження та раціональне використання водних ресурсів, а також потрібні для утворення і регулювання штучних водних об'єктів. Оскільки не всі землі водних об'єктів (дно і береги)

повинні та можуть зараховуватися до складу земель водного фонду, існує необхідність більш точного та правильного визначення меж водних об'єктів, а також мотивованого визначення площ водоохоронних зон і прибережних захисних смуг.

Список використаних джерел

1. Сиваков Д. О. Правовой режим земель водного фонда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 18 с.
2. Левківський С. С., Падун М. М. Раціональне використання і охорона водних ресурсів. – К., 2006. – 278 с.
3. Земельне право України / М. В. Шульга, Г. В. Анісімова, Н. О. Багай та ін.; За ред. М. В. Шульги. – К., 2004. – 368 с.
4. Паламарчук М. М., Загорчевна Н. Б. Водний фонд України. – К., 2006. – 318 с.
5. Василенко О. А., Литвиненко Л. Л., Квартенко О. М. Раціональне використання та охорона водних ресурсів. – К.; Рівне, 2007. – 245 с.
6. Мунтян В. Л. Правова охорона природи в УРСР. – К., 1973. – 204 с.

Стаття надійшла до редакції 18.03.2013 р.

Publication is devoted to the study of varieties of the water areas lands, the main purpose of which is to ensure the protection and rational use of water resources of our country.

В статтє исследуются разновидности земель водного фонда, основным назначением которых является обеспечение охраны и рационального использования водных ресурсов нашей страны.



УДК 349.42

Ярослав Сидоров,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету*

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ СІЛЬСЬКОГО ГОСПОДАРСТВА У СУЧАСНОМУ АГРАРНО-ПРАВОВОМУ КОНТЕКСТІ

У статті аналізуються значення, зміст та особливості аграрних правовідносин у сфері державного регулювання сільського господарства, ефективність правового забезпечення державного впливу на аграрний сектор на сучасному етапі.

Ключові слова: аграрні правовідносини, державне регулювання, правове забезпечення, сільське господарство, ефективність.

Серед актуальних завдань сучасної аграрної правової науки важливого значення набуває звернення до аграрно-правових відносин у сфері державного регулювання сільського господарства, що вимагає, як зазначають фахівці з аграрного права, «переосмислення концепції державного регулювання сільським господарством» [1, с. 218] та більш активного дослідження проблем правового забезпечення оптимальної діяльності держави в галузі сільського господарства [2, с. 231]. Від ефективності вирішення зазначених питань залежить стан аграрного сектора економіки та подальший соціально-економічний розвиток держави.

Державне регулювання сільського господарства за своєю природою є комплексним економіко-правовим інститутом, що передбачає множинність міжгалузевих зв'язків і доцільність міждисциплінарного підходу до його аналізу. Сутність і значення державного регулювання аграрних відносин у сучасних умовах, його завдання, форми та методи є популярним напрямом досліджень учених-економістів, фахівців наук з державного управління, здобутки яких справляють значний вплив на дослідження специфіки державного регулювання сільського господарства, що знайшли відображення у працях аграрно-правового спрямування Г. Бистрова, С. Боголюбова, О. Гафурової, О. Галиновської, В. Єлісєєва, Л. Єркінбаєвої, В. Жушмана, М. Козира, І. Кузьмич, Є. Мініна, М. Паладіної, О. Погрібного, Ф. Раянова, А. Статівки, В. Уркевича, Г. Файзуліна та ін. Слід констатувати, що, з одного боку, спостерігається активізація наукових аграрно-правових досліджень із зазначеної тематики, а з іншого – невиріше-

ність численних теоретичних і практичних питань правового забезпечення аграрних відносин у сфері державного регулювання сільського господарства.

Метою цієї статті є визначення змісту й особливостей аграрних правовідносин у сфері державного регулювання сільського господарства, посилення аграрно-правової наукової аргументації щодо ролі та значення останнього, оцінка його ефективності на сучасному етапі.

Основною детермінантою необхідності державного регулювання сільського господарства є його значущість для продовольчої безпеки країни, а особливості правового забезпечення механізму державного регулювання у зазначеній сфері зумовлені низкою соціально-економічних факторів. Слід погодитись із М. Козирем, що однією з причин існуючих негативних явищ в економіці аграрного сектора є переоцінка ролі ринкового регулятора та недооцінка можливостей державного регулювання сільського господарства.

Світовий досвід розвитку аграрного господарства свідчить, що державне регулювання розвитку сільського господарства – це не лише необхідність, а й закономірність розвитку для більшості зарубіжних країн [3, с. 120–121]. Вже до середини XX ст. у західній аграрно-правовій думці сформувалася теорія державного регулювання сільського господарства (як частина публічно-правової теорії аграрного права), яка складалася з трьох основних груп: теорії економічних методів регулювання сільського господарства; теорії адміністративних методів регулювання сіль-

ського господарства; теорії планування сільського господарства [4, с. 124].

Узагальнюючи погляди вчених-економістів на користь участі держави в регулюванні аграрного сектора, Л. Єркінбаєва наводить чотири групи аргументів: зовнішньоторговельні аргументи; аргументи, пов'язані з доходами у сільському господарстві; аргументи, пов'язані з розвитком сільських територій; природоохоронні аргументи [5, с. 134–135]. Відповідно, серед основних завдань державного регулювання аграрної сфери фахівці з державного управління називають такі:

- забезпечення економічного зростання галузі, яке визначає прогрес національної економіки держави або регіону та передбачає збільшення виробництва сільськогосподарської продукції, підвищення продуктивності праці в галузі, а також формування раціональної структури попиту й асортименту продукції;

- забезпечення сталості розвитку аграрного виробництва за рахунок стабільності ринкових цін, запобігання та стримування гіперінфляції, підтримки на певному рівні зайнятості сільського населення, забезпечення збалансованості доходів і витрат в аграрному бюджеті та зовнішній торгівлі, попередження появи великого бюджетного дефіциту, зовнішнього боргу або негативного сальдо в зовнішній торгівлі сільськогосподарською продукцією;

- забезпечення економічної справедливості у розвитку сільського господарства.

У звичайному розумінні це означає справедливий розподіл суспільного аграрного багатства, але, як одна з економічних функцій держави, економічна справедливість передбачає справедливий розподіл доходів галузі серед членів суспільства, надання рівних шансів на аграрному ринку, справедливості ринкової конкуренції тощо. Таким чином, на думку О. Романець, державне регулювання аграрної сфери економіки полягає у тому, що держава шляхом застосування правових, адміністративних та економічних важелів регулює поведінку сільськогосподарського товаровиробника, визначає перспективи розвитку аграрної сфери економіки, виконує спрямовуючу роль щодо реалізації довготривалих програм розвитку [6].

У сфері юридичної науки, зазначає І. Кузьмич, державне регулювання сільського господарства є одним із основних інститутів аграрного права, оскільки має визначальне значення для всіх учасників аграрних правовідносин, не тільки зачіпає їх правовий статус, а й встановлює єдині принципи та правила ведення сільськогосподарського виробництва. Систематизуючи наукові погляди на визначення такої правової категорії, як дер-

жавне регулювання сільського господарства вчений наводить такі варіанти: економічний вплив держави, система форм і методів державного впливу, функція держави, цілеспрямований вплив держави, система організаційно-правових заходів, організаційно-економічна діяльність відповідних державних органів управління. В подальшому І. Кузьмич доходить висновку, що термін «державне регулювання» може використовуватись як самостійне поняття, нарівні з державним управлінням, та як структурний елемент державного управління, як один із засобів реалізації вказаної функції. Розмежування між державним управлінням сільським господарством і регулюванням здійснюється за об'єктом, предметом і методами [7, с. 134–135].

У навчальній літературі з аграрного права державне регулювання сільського господарства визначається як «основана на законодавстві одна з форм державного впливу на агропромисловий комплекс України шляхом встановлення та застосування державними органами правил, спрямованих на коригування економічної діяльності суб'єктів аграрного господарювання з метою досягнення сільським господарством максимальної ефективності для задоволення потреби населення у продуктах харчування, а промисловості – у сировині» [8, с. 41]. Вживається також поняття «державно-правове регулювання аграрного сектора економіки», яке розуміють як сукупність заходів щодо визначення системи органів державного управління, які видають цією складовою народного господарства, прийняття та належне виконання аграрних законів і нормативно-правових актів про сільське господарство, закріплення кола повноважень (компетенції цих органів) [9, с. 159; 10, с. 27].

Державне регулювання як інститут публічного права в аграрному праві, на думку М. Паладіної, здійснюється шляхом: управління; державної та фінансової підтримки у різних напрямках; державного регулювання продовольчих ринків; особливого режиму оподаткування [11, с. 39–40]. В. Єлісєєв визначає державне регулювання сільського господарства як сукупність організаційних, економічних або інших впливів держави на аграрні відносини шляхом методів державного регулювання з метою реалізації державної аграрно-економічної політики. Він вважає, що метод державного регулювання сільським господарством – категорія економічна, як і саме державне регулювання, яке передбачає маніпулювання відповідними методами, а місце аграрного права полягає у правовому забезпеченні та захисті економічних явищ. В. Єлісєєв розробив його трьохрівневу систему, де *перший рівень* відповідає за формування мето-

дологічної бази шляхом правового закріплення методів державного регулювання (передбачає безстроковий період дії); *другий рівень* спрямований на закріплення політики державного регулювання сільського господарства у середньостроковому часовому періоді, зокрема визначення цілей і завдань державного регулювання сільського господарства; *третій (програмно-практичний) рівень* відповідає за правове закріплення державних аграрно-економічних програм, за допомогою яких відбувається державне регулювання аграрних відносин у короткостроковому часовому періоді [12, с. 15, 112].

Аналіз наукових напрацювань фахівців у сфері державного регулювання сільського господарства дозволяє дійти висновку, що «державний регуляторний вплив на розвиток сільського господарства в Україні залишається, з одного боку, доволі значним, а з іншого – недостатньо ефективним» [13]. Як зазначає А. Статівка, це зумовлюється тим, що нормативно-правова база, яка забезпечує регулювання відносин в агропромисловому комплексі в умовах становлення ринкової економіки, частково вичерпала себе. Виник великий розрив між правовим регулюванням і правозастосовчою діяльністю відповідних органів держави. Тому гостро стоїть питання про скорочення розриву. Досягти цього можна шляхом посилення ролі держави у правовому регулюванні відносин в агропромисловому комплексі, стверджує А. Статівка. Виходячи з наукового підходу державного регулювання відносин в агропромисловому комплексі, необхідно враховувати ряд обставин, зокрема: методи здійснення регулювання аграрних відносин; напрям посилення державного втручання в аграрне виробництво; фінансові та матеріальні можливості. Без цього посилення державного регулювання економіки в агропромисловому комплексі може бути простим продовженням колишнього адміністрування (з такими ж негативними наслідками) [14]. Розроблення механізму державного регулювання розвитку аграрного сектора ускладнюється вимогами «дозування» методів державного регулювання галузі, вважає М. Латинін. Питання про те, де ефективними є державні механізми, а де ринкові, не має однозначної відповіді. Міра участі держави в регулюванні аграрного сектора є однією з невирішених проблем [15, с. 3].

На думку І. Застрожнікової, в сучасних наукових дослідженнях практичне завдання державного регулювання сільського господарства виводиться не з тих або інших економічних доктрин, а з об'єктивних положень розвитку й орієнтування на критерії економічної та соціальної ефективності, які за пріоритетністю дослідника систематизує та-

ким чином: критерії самозабезпеченості продуктами харчування (рівень забезпеченості населення країни, що визначає продовольчу безпеку); критерії, пов'язані з сільськогосподарськими доходами (цінове регулювання, стимулювання експорту); критерії, пов'язані з розвитком соціальної сфери (підтримка розвитку українського села, передусім депресивних територій); екологічні критерії (регулювання впливу негативних зовнішніх і внутрішніх ефектів) [16, с. 161–162].

Сучасне правове забезпечення державного регулювання сільського господарства має відповідати основним напрямам державної політики, спрямованій на реформування аграрного сектора, серед яких пріоритетними, на думку експертів, є [17, с. 26–29]:

- удосконалення державної системи управління земельними відносинами та сільськогосподарським землекористуванням;
- активізація державної підтримки сільськогосподарського виробництва;
- підтримка сталого розвитку сільських територій, створення сприятливих умов для життєдіяльності та підвищення добробуту населення;
- відродження кооперативного руху на селі;
- розвиток аграрних кластерів.

На сьогодні аграрне право, формуючись із урахуванням нових принципів, повинно не тільки відображати реальний стан, що склався в аграрному секторі економіки внаслідок здійснення аграрної реформи, а й сприяти формуванню ціннісно-нормативної орієнтації у сфері права та законності [1, с. 218].

Висновки

Державному регулюванню у сфері сільського господарства притаманні як загальні ознаки та тенденції державного регулювання економічними процесами, так і особливості, зумовлені специфікою об'єкта регулювання, його значенням. Державне регулювання сільського господарства є об'єктивно необхідним, а вплив держави на аграрні відносини останнім часом лише посилюється та вимагає підвищення ефективності його правового забезпечення. Відповідно завдання, що постають перед аграрно-правовою наукою, ускладнюються. На порядку денному тепер не лише обґрунтування необхідності державного регулювання сільського господарства, а й вироблення правового забезпечення ефективності такого регулювання, яке відчуває досить потужний тиск як внутрішніх, так і зовнішніх факторів. Саме тому одним із актуальних напрямів розвитку аграрно-правової науки є узагальнення та формування пропозицій і проектів відповідних законодавчих ініціатив.

Список використаних джерел

1. *Статівка А. М.* Про роль та завдання аграрно-правової науки в сучасних умовах // Розвиток наук земельного, аграрного, екологічного та природоресурсного права [Електронний ресурс]: Збірник наукових праць Круглого столу (19 жовтня 2012 р.) / За ред. Г. І. Балюк, М. В. Краснової, А. М. Мірошніченка, В. В. Носіка. – Режим доступу: <http://law.univ.kiev.ua/science.html>.
2. *Раянов Ф. М.* Государство и аграрное право // Актуальные проблемы гражданского права и процесса: Сборник материалов Междунар. науч.-практ. конф. / Под ред. Д. Х. Валеева, М. Ю. Челышева. – Казань, 2006. – Вып. 1. – 237 с.
3. *Козырь М. И.* Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – М., 2009. – 336 с.
4. *Аксененок Г. А., Кикоть В. А., Фомина Л. П.* Критика современных буржуазных аграрноправовых теорий. – М., 1972. – 319 с.
5. *Еркинбаева Л. К.* Аграрные правоотношения в Республике Казахстан: дис. ... д-ра юрид. наук. – Алматы, 2008. – 354 с.
6. *Романець О. А.* Сутність та зміст державного регулювання аграрної сфери економіки [Електронний ресурс] // Електронне наукове фахове видання «Державне управління: удосконалення та розвиток». – 2011. – № 5. – Режим доступу: <http://www.du.nauka.com.ua/index.php?operation=1&iid=480>.
7. *Кузьмич И. П.* Понятие государственного регулирования сельского хозяйства: теоретико-правовой аспект // Право в современном белорусском обществе. – Минск, 2010. – Вып. 5. – С. 363–370.
8. *Крупка Ю.* Аграрное право Украины / За ред. Н. Р. Малишевой. – К., 2006. – 160 с.
9. *Аграрное право Украины* / В. М. Єрмоленко, О. В. Гафурова, М. В. Гребенюк та ін.; За ред. В. М. Єрмоленка. – К., 2010. – 608 с.
10. *Жушман В. П.* Аграрное право Украины (в питаннях та відповідях). – Х., 2011. – 200 с.
11. *Аграрное право: учебник* / С. А. Боголюбов, М. М. Бринчук, Н. О. Ведышева и др. – М., 2011. – 432 с.
12. *Елисеев В. С.* Государственное регулирование аграрных отношений: правовое обеспечение и защита имущественного интереса субъектов сельского хозяйства: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2011. – 481 с.
13. *Діброва А. Д.* Сучасне трактування сутності державного регулювання аграрного сектора економіки [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ief.org.ua/Arjiv_ET/Dibrova107.pdf.
14. *Статівка А.* Деякі аспекти посилення державного регулювання в процесі аграрних перетворень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/673/%D1>.
15. *Латинін М. А.* Державне регулювання розвитку аграрного сектора економіки України: автореф. дис. ... д-ра наук з держ. управління. – Д., 2007. – 39 с.
16. *Застрожнікова І. В.* Підвищення ефективності державного регулювання сільського господарства України: дис. ... канд. наук з держ. управління. – К., 2011. – 187 с.
17. *Русан В. М., Собкевич О. В., Юрченко А. Д.* Організаційно-економічні інструменти державної аграрної політики в Україні. – К., 2012. – 31 с.

Стаття надійшла до редакції 30.04.2013 р.

The analysis of significance, content and peculiarities of agrarian law relations in the sphere of state management is given in this article. Special attention is paid to the question of effectiveness of legal guaranteeing of influence on the agrarian sector on the modern stage of development.

В статтє анализируются значение, содержание и особенности аграрных правоотношений в сфере государственного регулирования сельского хозяйства, эффективность правового обеспечения государственного воздействия на аграрный сектор на современном этапе.



УДК 347.4

Ольга Міхно,

канд., юрид. наук,

доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності

Харківського національного університету міського господарства ім. О. М. Бекетова

ПІДСТАВИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У РАЗІ ПОРУШЕННЯ ДОГОВІРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

У статті досліджуються підстави цивільно-правової відповідальності у разі порушення (невиконання чи неналежного виконання) боржником договірних зобов'язань.

Ключові слова: підстави цивільно-правової відповідальності, договірне зобов'язання, підписання договору.

Цивільно-правова відповідальність як правова категорія характеризується різноманітністю видів. Договірна та не договірна відповідальність залежно від виду зобов'язання, яке порушується, – це одна із класифікацій цивільно-правової відповідальності.

Мета цієї статті – визначення порушення зобов'язання, аналіз істотного порушення договору, виокремлення підстав цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання.

У цивілістичній науці висловлюються різні погляди на правову природу способів захисту цивільних прав і інтересів, мір цивільно-правової відповідальності у разі порушення зобов'язання та на їх класифікаційний поділ, які можна узагальнити таким чином:

- способи захисту поділяються на міри захисту та міри цивільно-правової відповідальності [1, с. 175];
- способи захисту є мірами цивільно-правової відповідальності й іншими мірами захисту [2, с. 194];
- усі правові наслідки порушення зобов'язань є одночасно і санкціями (теорія санкцій) [3, с. 13];
- усі способи захисту є санкціями, які поділяються на санкції цивільно-правової відповідальності (відшкодування збитків, сплата неустойки, втрата стороною завдатку або повернення завдатку у подвійному розмірі тощо) й оперативні санкції (відмова від договору, утримання передачі проданого товару, утримання оплати товару та ін.) [4, с. 38].

У господарсько-правовій науці поширеною є точка зору про те, що всі санкції можна поділити на міри відповідальності та господарсько-оперативні санкції [5, с. 160].

На нашу думку, всі способи захисту цивільних прав, передбачені законом або договором, доцільно вважати у випадку їх застосування санкціями, які, у свою чергу, можуть бути мірами цивільно-правової відповідальності або оперативними санкціями, що застосовуються до порушника судом, та оперативними санкціями, що застосовуються до порушника одноособово управленою стороною (кредитором).

Особливе значення має правильне визначення способів захисту прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин, мір цивільно-правової відповідальності, оскільки для їх застосування судом необхідно встановити, за загальним правилом, так званий склад цивільного правопорушення, до якого входять: протиправна поведінка чи бездіяльність особи; шкідливі наслідки такої поведінки чи бездіяльності (шкода, збитки); причинний зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою; вина особи порушника. Перелічені умови (підстави) цивільної відповідальності прямо або опосередковано закріплені, зокрема, у статтях 610–625 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, в інших актах законодавства. З цього правила є і винятки, оскільки відповідальність у передбачених законом випадках може наставати за «усіченим» (неповним) складом цивільного правопорушення. Так, ч. 1 ст. 614 ЦК України передбачається можливість відповідальності без вини у випадках, встановлених договором або законом. У цивілістичній науці домінує підтримка законодавчої концепції вини [6, с. 407], до якої ми приєднуємося.

Що стосується визначення поняття «порушення зобов'язання» (ст. 610 ЦК України), то порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналеж-

не виконання). Таким чином, законодавець у наведеній статті виділяє два види узагальнених порушень: *невиконання* зобов'язання і *неналежне* виконання зобов'язання. Формально ст. 611 ЦК України дозволяє застосовувати передбачені в ній правові наслідки за обидва зазначені порушення.

Невиконання договірних зобов'язань характеризується бездіяльністю, пасивною поведінкою особи, зобов'язаної виконувати умови договору; неналежне виконання – її діяльністю, активною поведінкою особи всупереч умовам договору чи іншим вимогам. Міри цивільно-правової відповідальності застосовуються до особи – порушника зобов'язань за наявності бездіяльності чи дії сторони за договором, які повинні зумовлюватись існуванням вини зобов'язаної особи у формі умислу чи необережності та за відсутності чи наявності негативних наслідків – заподіянням збитків іншій стороні за договором. Обов'язковим має бути невиконане договірне зобов'язання взагалі або частково.

Неналежне виконання чи невиконання договірних зобов'язань однією чи обома сторонами договору, на нашу думку, може призвести до застосування мір цивільно-правової відповідальності, наприклад, у випадках, якщо:

- всупереч положенням договору про те, що його повинна виконати сторона (сторони) особисто, договір виконала інша особа (неналежний суб'єкт) або він не був виконаний ні боржником, ні іншою особою чи виконання не прийнято ні кредитором, ні іншою особою;

- однією чи обома сторонами порушені строки виконання умов договору. До таких порушень слід відносити дострокове виконання зобов'язання всупереч умовам договору, актам цивільного законодавства, сутності зобов'язання чи звичаїв ділового обороту та прострочення виконання зобов'язання. Останнє слід поділяти на прострочення боржника та прострочення кредитора. Перше – це прострочення, коли боржник не приступив до виконання зобов'язання чи не виконав його у строк, визначений договором, чи в інший визначений строк. Якщо при простроченні виконання договору настали обставини, через які неможливо виконати його умови, вважається, що боржник прострочив виконання зобов'язання. Друге – це прострочення, коли кредитор відмовився прийняти належне виконання (видати борговий документ чи розписку) або не здійснив дій, передбачених договором, актами цивільного законодавства, чи інших необхідних дій, до здійснення яких боржник не міг виконати свої зобов'язання;

- зобов'язана сторона виконала умови договору у неналежному місці, тобто не в тому, яке було передбачено договором чи ст. 532 ЦК України, і кредитор відмовляється визнавати факт виконання умов договору;

боржник взагалі не виконав зобов'язання у належному місці;

- зобов'язаною стороною порушений спосіб чи предмет виконання договору (за договором купівлі-продажу продавець передав покупцеві неякісний товар, порушив умови договору щодо комплектності, комплекту, асортименту товару тощо; за договором підряду підрядник неякісно виконав роботу; за договором зберігання зберігач не вжив необхідних заходів щодо збереження речі тощо); зобов'язаною стороною порушена умова щодо валюти платежу (не здійснено оплату, оплата здійснена частково в українській грошовій одиниці (гривнях); здійснена оплата в іноземній валюті у випадках, не встановлених законом, тощо).

Якщо матиме місце одна, декілька чи всі наведені умови відразу, кредитор може наполягати на застосуванні мір цивільно-правової відповідальності за наявності такої підстави, як невиконання чи неналежне виконання умов договору зобов'язаною стороною.

Слід зазначити, що до невиконання зобов'язання, зокрема договірних, відносять поняття «передбачуване невиконання зобов'язання, для встановлення якого належить керуватись об'єктивними критеріями, що ґрунтуються на фактах у їх взаємодії» [7, с. 12]. Таке визначення, на нашу думку, є близьким до поняття «неможливість виконання договору» й є об'єктивною підставою припинення договору.

Істотне порушення договору може призвести до застосування такого негативного наслідку до порушника зобов'язання, як судове розірвання договору. Відповідно до ст. 651 ЦК України договір може бути розірваний за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у випадку істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. При цьому істотним є таке порушення договору стороною, коли внаслідок заподіяної шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона могла розраховувати під час його укладення. Поняття «істотне порушення» є узагальненим, відносним і дозволяє сторонам і суду в одному й тому ж випадку по-різному його тлумачити. З метою уникнення непорозумінь при виконанні чи припиненні договору вважаємо за доцільне, щоб сторони під час укладення договору враховували його специфіку та норми ЦК, які регулюють даний вид договору, конкретизували права й обов'язки сторін, яких останнім належить дотримуватися, та які істотні порушення можуть призвести до припинення договірних зобов'язань.

Не слід сподіватися, що договірні сторони дотримуватимуться таких рекомендацій, а тому завжди буде поставати проблема тлумачення істотності порушення зобов'язання. Однак норма ст. 651 ЦК України, яка передбачає можливість судового розірвання дого-

вору залежно від істотності порушення, ставити таке припущення, певною мірою, під сумнів. Натомість можна завжди вважати істотним порушенням зобов'язання його невиконання. А. Карапетов запропонував при визначенні істотності порушення зобов'язання враховувати такі фактори: по-перше, принципове значення суворого слідування договору, що впливає із тексту контракту; по-друге, питання про те, чи позбавляє порушення істотним чином кредитора того, на що він мав право розраховувати, крім випадків, коли боржник не передбачав і не міг розумно передбачити такий результат; по-третє, питання про те, чи носить порушення умисний характер і чи дає воно кредитору підстави не вірити в подальше виконання боржником договору [8, с. 321].

Безумовно, в загальних положеннях зобов'язального права надзвичайно важко віднайти загальноприйняту формулу розуміння істотного порушення договору. Але вихід із цієї ситуації необхідно шукати, насамперед, правознавцям. На практиці це можна робити загальновідомим способом, яким є введення до загальної норми відповідного орієнтовного переліку деталізуючих цю норму обставин. Наприклад, до категорії істотних порушень договору можна віднести порушення, які призводять чи можуть призвести до значних збитків у кредитора, до унеможливлення використання предмета чи результату договору за призначенням тощо. Подібне вирішення проблеми інколи пропонується у ЦК України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 858 ЦК України, якщо відступи у роботі від умов договору підряду або інші недоліки у роботі є істотними та такими, що не можуть бути усунені у встановлений замовником розумний строк, замовник має право відмовитися від договору та вимагати відшкодування збитків. Проте наявність подібних застережень у нормах, що регулюють окремі види договорів, не усуває потреби у введенні до загальних положень про припинення зобов'язання орієнтовного переліку істотних порушень договору, які є підставою для судового розірвання договору. Як приклад законодавчого врегулювання визначення істотного порушення окремих видів цивільно-правових договорів можна навести ч. 2 ст. 678 ЦК України, за якою істотним порушенням вимог щодо якості товару вважаються недоліки, усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліки, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення.

На думку М. Сібільова, істотне порушення може мати місце, зокрема, при порушенні боржником умови щодо строку виконання зобов'язання з постачання комплектуючих, адже це унеможливіло своєчасне виконання зобов'язання кредитором перед контрагентами інших зобов'язань за його участю і знач-

ною мірою позбавляє його можливості одержання сум виторгу, на яку він розраховував при укладенні договору на поставку комплектуючих [9, с. 106]. Можна погодитися з таким прикладом істотного порушення договору, але, по-перше, важко довести вірогідність втрати суми виторгу; по-друге, це надто приватний випадок, який не дає підстав для узагальненого висновку. На нашу думку, із п'яти умов належного виконання зобов'язання, до істотного порушення зобов'язання можуть призвести невиконання однієї з двох умов – неналежний предмет і неналежний спосіб виконання договірних зобов'язань.

Абсолютними новелами для цивільного законодавства є положення ст. 652 ЦК України про зміну або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин. Так, зміна обставин є істотною, якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах. За вказаною статтею договір може бути розірваний чи змінений за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони за наявності одночасно таких умов:

- у момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;
- зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості й обачності, які від неї вимагалися;
- виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;
- із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

Зміст ст. 652 ЦК України потребує спеціального ретельного дослідження. З огляду на ці обставини звернемо увагу на найважливіші принципові положення, пов'язані з введенням до ЦК України вказаної статті. По-перше, ч. 1 цієї статті позбавлена взагалі будь-якої практичної значимості, адже сторони за взаємною згодою можуть розірвати кожний договір (за певними винятками) незалежно від істотної зміни обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору. По-друге, для судового розірвання договору встановлено надто широке коло обставин, які істотно змінилися, що не сприятиме стабільності договірних зв'язків. По-третє, зміст ст. 652 ЦК України виявився не досить вдалим очевидно тому, що він став результатом механістичного запозичення аналогічної за змістом ст. 451 ЦК РФ. Проте основною вадою ст. 652 ЦК України стало те, що в ній не передбачено застереження про те, що зміна обставин, якими керувалися сторони при укладенні договору, настала поза їх волею.

Слід погодитися з А. Дудко, який вважає, що важливою особливістю істотної зміни

обставин від непереборної сили є те, що остання припускає абсолютну неможливість виконання, а істотна зміна обставин викликає труднощі у виконанні зобов'язань, але не утворює повної неможливості виконання договору. Якщо непереборна сила привела до істотної зміни обставин, боржник має право робити вибір: бажає він звільнитися від відповідальності чи переглянути або розірвати договір [10, с. 103]. Якщо є обставини, що перешкоджають виконанню договірних зобов'язань і за настання яких жодна із сторін не відповідає, останній слід припинити у зв'язку з неможливістю його виконання. Але через істотну їх зміну одна із сторін може вимагати зміни договору, що не передбачено нормами, які регламентують неможливість його виконання. Якщо обставини суттєво ускладнюють для зобов'язаної сторони виконання договору, дія останнього може бути припинена за наявності такої підстави, як істотна зміна обставин.

Міри цивільно-правової відповідальності, які слід застосовувати до порушника зобов'язань, передбачені ст. 611 ЦК України, зокрема: припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; зміна умов зобов'язання; сплата неустойки; відшкодування збитків і моральної шкоди.

Таким чином, якщо сторона вважає свої права, обумовлені договором, порушеними, вона може звернутися до суду з вимогами про застосування перелічених правових наслідків, наведений перелік яких, до речі, не є вичерпним. Наведені правові наслідки є лише частиною способів захисту цивільних прав та інтересів, передбачених ст. 16 ЦК України, та іншими актами законодавства України.

Висновки

До підстав цивільно-правової відповідальності у разі порушення договірних зобов'язань слід відносити склад цивільного правопорушення, до якого входять: протиправна поведінка чи бездіяльність особи, яка має виконати договірне зобов'язання (порушення договірних зобов'язань, а саме – невиконання чи неналежне його виконання); шкідливі наслідки такої поведінки чи бездіяльнос-

ті (шкода, збитки); причинний зв'язок між протиправною поведінкою (порушенням договірних зобов'язань) і шкодою; вина особи порушника – особи, яка не виконала чи неналежним чином виконала договірне зобов'язання.

Договірне зобов'язання вважається порушеним, якщо відсутня одна з умов належного виконання зобов'язання, а саме – один із належних суб'єктів зобов'язального правовідношення, строки виконання зобов'язання, місце виконання, предмет чи спосіб виконання зобов'язання. Щодо істотного порушення зобов'язання, то за загальним правилом воно має бути наявним, якщо відсутня одна з двох ознак належного виконання зобов'язання – предмет чи спосіб виконання договірних зобов'язань. Вказані напрацювання допоможуть у майбутньому визначити підстави цивільно-правової відповідальності за порушення окремих видів зобов'язань.

Список використаних джерел

1. Шевченко Я. М. Господарсько-правова відповідальність та господарські санкції // Університетські наукові записки. – 2005. – № 3. – С. 175–179.
2. Бервено С. М. Проблеми договірних прав України. – К., 2006. – 392 с.
3. Красавчиков О. А. Санкции и ответственность в советском праве // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защита гражданских прав. – Свердловск, 1973. – С. 13–15.
4. Грибанов В. П. Ответственность за нарушение гражданских прав и обязанностей. – М., 1973. – 411 с.
5. Щербина В. С. Господарське право. – К., 2009. – 640 с.
6. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. – М., 2002. – Т. 1. – С. 163–460.
7. Кивалова Т. С. Відповідальність боржника за передбачуване невиконання зобов'язання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2001. – 12 с.
8. Каранетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. – М., 2007. – 876 с.
9. Цивільне право України: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2. – 552 с.
10. Дудко А. Г. Существенное изменение обстоятельств как основание изменения или расторжения договора // Вестн. Москов. гос. ун-та: Серия II: Право. – 2000. – № 1. – С. 103–105.

Стаття надійшла до редакції 01.06.2013 р.

The article investigates the foundation of civil liability in the event of a breach (non-performance or improper performance of) the debtor contractual obligation.

В статті досліджуються основания гражданско-правовой ответственности в случае нарушения (неисполнения или ненадлежащего исполнения) должником договорного обязательства.



УДК 346.5

Петро Матвеев,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Навчально-наукового інституту права та психології
Національної академії внутрішніх справ*

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВИКОРИСТАННЯ НОУ-ХАУ ТА КОМЕРЦІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена теоретико-правовому аналізу й основним напрямам удосконалення законодавства України у сфері використання ноу-хау та комерційної таємниці як непатентованих об'єктів інтелектуальної власності в умовах розвитку інноваційної економіки України.

Ключові слова: ноу-хау, секрети виробництва, промислові секрети, комерційна таємниця, ліцензійний договір, інтелектуальна власність, інноваційна економіка.

Важливу роль у поширенні інновацій сьогодні відіграє трансфер новітніх технологій. Його невід'ємною складовою є передача ноу-хау та захист комерційної таємниці. Протириччя, що виникають у сфері зазначених суспільних відносин, мають специфічні форми, а тому потребують своєрідних умов правового регулювання. Так, проблема комерціалізації об'єктів права інтелектуальної власності є однією з найважливіших у процесі формування інноваційної моделі розвитку економіки України.

Формування цивілізованого суспільства, розбудова України як правової, демократичної, соціальної держави пов'язані з активним впровадженням інститутів ринкової економіки, серед яких важливе місце посідає інститут комерційної таємниці. На сучасному етапі розвитку суспільства й активізації міжнародної торгівлі питання, пов'язані із комерціалізацією та використанням результатів інтелектуальної творчої праці людини, стають все більш актуальними.

Слід зазначити, що одним із найбільш спірних у літературі питань є відокремлення комерційної таємниці від ноу-хау.

Чинне законодавство України не передбачає спеціальних заходів захисту від конкурентної розвідки, не визначає конкретного механізму реалізації прав володарів комерційної таємниці. Зазначені недоліки чинного законодавства створюють певні проблеми для суб'єктів господарювання, що володіють комерційною таємницею, обмежують можливості реалізації та захисту їх права на таку інформацію. Відсутність правових механізмів захисту ноу-хау та комерційної таємниці в Україні ставить вітчизняних учасників міжнародних товарних ринків у нерівні умови з іноземними партнерами, в країнах яких ці питання врегульовані на рівні законодавчих актів. У зв'язку з цим на особливу увагу заслуговують механізми оцінки

та використання ноу-хау і комерційної таємниці не тільки в процесі діяльності підприємств, а й на етапах розроблення установчих документів, формування статутного капіталу тощо.

Метою цієї статті є дослідження формування законодавства України в сфері охорони та захисту комерційної таємниці та її складових.

Об'єктом дослідження є сукупність наукових поглядів, ідей, уявлень, понять та існуючих сьогодні конфліктів із приводу визначення ноу-хау та комерційної таємниці, їх відокремлення, правової охорони, а також конфлікти, що виникають між господарюючими суб'єктами з приводу недосконалості існуючої системи правових норм, що регулюють зазначені відносини. Предметом дослідження – особливості правового режиму використання ноу-хау та комерційної таємниці в інноваційній економіці України.

Більшість дослідників проблем, пов'язаних із ідентифікацією комерційної таємниці, досі остаточно не визначилася в питанні співвідношення комерційної таємниці з такими поняттями, як конфіденційна інформація та ноу-хау. Так, проблеми правової охорони комерційної таємниці у сучасному законодавстві приділялася належна увага у наукових працях вітчизняних юристів та економістів (Г. Богородченко, С. Князев, О. Сліпачук, А. Юрченко, І. Сляднева, О. Шпак та ін.). У свою чергу, питання щодо використання об'єктів права інтелектуальної власності й їх комерціалізації в процесі розвитку та вдосконалення національного законодавства України досліджували Г. Андрощук, І. Дахно, В. Кунцевич, О. Ноговіцин, Є. Онисько, О. Підпригора, О. Святоцький, Т. Шевелева та ін. Однак низка питань, пов'язаних із вказаною проблемою, потребує подальшого дослідження.

Світова практика використання терміна «ноу-хау», як правило, пов'язується з технічними рішеннями, методами та способами виробництва і використання технологічних процесів, приладів, що не можуть бути забезпечені патентним захистом згідно з чинним законодавством країни або за рішенням власника ноу-хау. На жаль, доводиться констатувати, що вітчизняне правове поле не визначає особливості поводження з ноу-хау. Ще у 2002 р. Міністерство освіти і науки України офіційно визнало: «Відносини, що виникають у зв'язку з набуттям і здійсненням права на ноу-хау не регулюються законодавством України» (лист Міністерства освіти і науки «Щодо «ноу-хау» у статутному фонді товариства від 30.10.2002 р. № 16-07/3483), але ситуація на краще не змінилася.

У процесі комерційної реалізації ноу-хау її власники, як правило, рекламують ефект від застосування ноу-хау. Зрозуміло, демонстрація з залученням сторонніх експертів створює ризик втрати його конфіденційності.

Особливості правового використання ноу-хау зумовлюються різними поглядами на його зміст. Зокрема, використання ноу-хау стало альтернативою патентній охороні результатів інтелектуальної діяльності.

Визначення ноу-хау міститься у законодавстві Європейського Союзу. Регламентом Комісії ЄС № 772/2004 від 27.04.2004 р. щодо застосування ч. 3 ст. 81 Договору про заснування ЄС до категорій угод про передачу технологій ноу-хау визначається як сукупність незапатентованої практичної інформації, що є результатом досвіду або випробувань і секретною (не загальновідомою або легко доступною, значимою), тобто важливою та корисною для виробництва товарів за угодою, описаною у достатньо повний спосіб.

Міжнародна асоціація з охорони промислової власності запропонувала своє визначення ноу-хау: це знання і практичний досвід технічного, комерційного, управлінського й іншого характеру, які мають практичне застосування у виробництві та професійній практиці [1, с. 71–72].

Спеціалісти у галузі приватного права зазначали, що ноу-хау належить свій специфічний режим, зміст якого полягає в захисті прав її власника. Ноу-хау є інформаційним об'єктом, який не охороняється, на який немає виключного права його творця, а існує лише фактична монополія [2, с. 111].

Уперше термін «ноу-хау» з'явився у США (1916 р.) у рішенні по судовій справі «Дізенд проти Брауна». З того часу він почав широко застосовуватись у світовій практиці. У 1997 р. Державна податкова адміністрація офіційно зазначала, що «законодавчо поняття «ноу-хау» («know-how») чітко не визначено, але практично під ним розуміють сукупність технічних, комерційних та інших знань, що оформлені у вигляді технічної документації, навичок та виробничого досвіду, необхідних для організації того

або іншого виду виробництва, але не запатентованих» (лист Державної податкової адміністрації України «Про іноземні інвестиції» від 10.04.1997 р. № 22-0417/10-2799). Таке «практичне розуміння» використовувалось і використовується в різних законах України. Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» ще у редакції 1991 р. до видів зовнішньоекономічної діяльності, які здійснюються в Україні суб'єкти цієї діяльності, відносить підприємницьку діяльність на території України, пов'язану з наданням ліцензій, патентів, ноу-хау, торговельних марок. Закон України «Про інвестиційну діяльність» (в редакції 1991 р.) до видів майнових та інтелектуальних цінностей, що вкладаються в об'єкти підприємницької й інших видів діяльності, в результаті якої створюється прибуток (доход) або досягається соціальний ефект, відносить: «сукупність технічних, технологічних, комерційних та інших знань, оформлених у вигляді технічної документації, навичок та виробничого досвіду, необхідних для організації того чи іншого виду виробництва, але не запатентованих («ноу-хау»)». Відповідно до наказу Мінпаливенерго України від 15.08.2006 р. № 288 до Переліку конфіденційної інформації, що є власністю держави, перебуває у володінні, користуванні та розпорядженні Мінпаливенерго України й якій надається гриф обмеженого доступу (для службового користування) віднесено: технічні завдання на використання науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт (далі – ТЗ НДДКР), технічні завдання на продукцію (виріб), результати НДДКР (звіти про НДДКР, уся напрацьована під час виконання науково-технічна, конструкторська, технологічна, проектна та нормативна документація) до опублікування їх у відкритому друці у разі наявності в них інформації, яка може бути предметом патентування чи містить ознаки ноу-хау. Фонд Державного майна України відносить ноу-хау до комерційної таємниці. Згідно з наказом цього відомства від 19.05.2004 р. № 969 до тематичних планів і програм курсів базової підготовки оцінювачів за напрямками та спеціалізаціями оцінки майна введена Тема № 5 «Особливості оцінки окремих видів прав на об'єкти інтелектуальної власності», яка включає: особливості оцінки прав на нетрадиційні об'єкти інтелектуальної власності (права на сорти рослин, породи тварин, топографії інтегральних мікросхем, комерційні таємниці (ноу-хау), наукові відкриття, раціоналізаторські пропозиції).

Залежно від призначення ноу-хау поділяють на декілька видів: *науково-технічні, комерційні, управлінські, фінансові* тощо, які знаходять своє практичне використання у виробництві та професійній праці.

Об'єктами майнових прав на ноу-хау можуть бути матеріальні носії інформації про ноу-хау, у тому числі оригінальні (виготовлені авторами) носії, що можуть мати вигляд документів і (або) натуральних зразків виробів, що буває рідко і вважається досить небажаним, і копій

(тиражу) оригінальних носіїв інформації; матеріальні продукти, виготовлені відповідно до конкретного ноу-хау [3, с. 34]. Об'єкти майнових прав на ноу-хау можуть бути подібні як з об'єктами авторського права, так і патентного права.

До ноу-хау не можуть бути віднесені торговельні секрети, що стосуються собівартості довірливих товарів, плато- або кредитоспроможності підприємств, даних поточного бухгалтерського обліку, умов конкретних торговельних угод, змісту реклами до її оприлюднення тощо.

Угода щодо передачі ноу-хау визначається зазвичай як надання безоплатної ліцензії та характеризується деякими особливостями, пов'язаними із специфікою ноу-хау.

На відміну від винаходів, ноу-хау в більшості країн не має прямого правового захисту, не реєструється та не публікується. Однак для його охорони можуть бути використані загальні закони, що застосовуються до угод про захист репутації та чесного імені виготовлювача, санкції проти нечесної конкуренції тощо.

За формами передачі й умовами використання прав ноу-хау ліцензії можуть бути чисті, змішані, опціонні, субліцензійні тощо [4, с. 31]. Що стосується спеціального захисту, то для інформації на зразок ноу-хау його не існує. Для цього використовуються загальні норми зобов'язального права [5, с. 195].

Слабкість правового захисту інформації на зразок ноу-хау зумовлена її характером, тому передана за договором інформація стає необоротною, оскільки одержувач може користуватися нею на власний розсуд, а передавач ноу-хау позбавлений можливості застосувати будь-які санкції до одержувача. Так, в Україні давно виникла потреба у розробленні спеціального закону, яким би здійснювалося нормативне закріплення основних положень і регулювання правовідносин, пов'язаних із ноу-хау та його комерціалізацією.

Заслужовує на увагу і той факт, що в літературі нерідко поняття «комерційна таємниця» і «ноу-хау» вважають ідентичними. Зокрема, вказується, що відомості, які складають комерційну таємницю, в усьому світі іменуються ноу-хау [6, с. 574] або розглядаються з позицій синонімічності поняття «комерційна таємниця» і «ноу-хау» [7, с. 20]. Але існує і протилежна точка зору. Комерційна й інші види таємниць, що охороняються спеціальними законодавчими актами, а також авторським або патентним правом, секретом виробництва (ноу-хау) не визнаються [8, с. 432].

Досить часто ноу-хау вважають аналогом службової або комерційної таємниці, однак у законодавстві різних країн «trade secret» і «know-how» можуть мати і різне наповнення. Так, зазначається, що ноу-хау може включати і несекретну інформацію, яка зазвичай є своєрідним передавачем інформації, а не її зберігачем, тощо. Але єдиного підходу не вироблено [9, с. 177].

Ю. Капіца вважає, що відомості, які становлять комерційну таємницю та ноу-хау, є тотож-

ними. До них не застосовується вимога абсолютної секретності інформації. Особливість комерційної таємниці полягає в обов'язку її володільця вживати заходів щодо її захисту, до неї не може бути доступу на законних підставах, а умови збереження конфіденційності щодо ноу-хау встановлюються в договорі між цедентом і набувачем за угодою сторін. Крім того, досить відомі відомості можуть передаватися як ноу-хау. Особливість ноу-хау, з урахуванням визначення Комісії ЄС, полягає в тому, що воно має бути корисним, а також зафіксоване відповідним чином [9, с. 177]. Таким чином, слід погодитися з точкою зору Ю. Капіці щодо неможливості ототожнення комерційної таємниці та ноу-хау.

Зазначимо, що одним із важливих аспектів аналізу комерційної таємниці є її вивчення як об'єкта інтелектуальної власності.

Незважаючи на те, що інформація розглядається як об'єкт інтелектуальної власності, загальноприйнятим є віднесення до об'єктів інтелектуальної власності, зокрема комерційної таємниці, ноу-хау, що охороняються законодавством без будь-якої реєстрації [10, с. 51].

Як об'єкт інтелектуальної власності комерційна таємниця має низку специфічних особливостей, однією з яких є її універсальність. Комерційною таємницею може бути будь-яка інформація, що має відношення до особливостей виробництва, технології, управління, фінансів, інноваційної й іншої діяльності підприємства та дозволяє підприємству мати переваги перед конкурентами. При цьому комерційною таємницею можуть бути й охороноздатні рішення, одержання патентних прав на які, з тих або інших підстав, визнано недоцільним [11, с. 41].

Однак бачення інтелектуальної та промислової власності як підґрунтя конфіденційної інформації й інформації, що містить комерційну таємницю підприємства, є недостатньо об'єктивним з огляду на те, що значна частина інформації, яка є предметом охорони, не підпадає під юридичне визначення як інтелектуальної, так і промислової власності за встановленими ознаками та критеріями [12, с. 212].

Таким чином, поняття комерційної таємниці як об'єкта інтелектуальної власності є лише одним із її аспектів. Іншим аспектом аналізу комерційної таємниці є її оцінка в системі інформаційної або економічної безпеки суб'єкта господарювання.

Інформаційну безпеку підприємства визначають як стан захищеності його інтересів в інформаційному середовищі від внутрішніх і зовнішніх загроз, наслідками яких може бути завдання підприємству матеріальних збитків [13, с. 25]. Економічна безпека підприємства – це стан захищеності життєво важливих його інтересів від внутрішніх і зовнішніх загроз (джерел небезпеки), що формується адміністрацією та колективом підприємства шляхом реалізації системи заходів правового, економічного, орга-

нізаційного, інженерно-технічного і соціально-психологічного характеру [14, с. 91].

На думку Б. Кормича, питання захисту комерційної таємниці не є питанням захисту інформаційної безпеки, оскільки сам собою інститут комерційної таємниці ґрунтується не на прямих вказівках закону, а на праві власності на ті чи інші відомості. Доступ до цієї інформації означає набуття певних матеріальних благ. Таким чином, ідеться про захист права власності і пов'язаних із ним прав [15, с. 315–316].

Висновки

Юридично значимими ознаками, необхідними та достатніми для визнання інформації комерційною таємницею суб'єкта господарювання, є:

дійсна або потенційна комерційна цінність для певної особи внаслідок її невідомості іншим особам;

відсутність (на законних підставах) вільного доступу до інформації;

наявність запобіжних заходів суб'єктом господарювання щодо охорони її таємності.

Комерційну таємницю слід відмежовувати від службової та банківської таємниці. Комерційна таємниця як предмет правового регулювання може розглядатися як багатофункціональна правова конструкція.

Слід зазначити, що недоліком національного законодавства є відсутність спеціальних законів щодо комплексного підходу до питань регулювання правовідносин, які виникають у зв'язку із створенням, використанням і комерціалізацією ноу-хау та комерційної таємниці. Першим кроком на шляху вирішення цього питання може стати встановлення певних меж, що повинні надати змогу визначати ноу-хау як інформаційний об'єкт. При цьому до характерних ознак ноу-хау доцільно віднести: науково-технічну й економічну цінність; можливість практичного застосування; відсутність прямого захисту у вигляді промислового захисту; повну або часткову конфіденційність.

Залежно від виду роботи, що виконується і в результаті якої отримана інформація ноу-хау, її можна поділяти на підвиди: науково-дослідну; дослідно-конструкторську; розрахункову, що отримана внаслідок створення системи розрахунків; технологічну та виробничу; проектну; будівельну; монтажну; експлуатаційну; тощо.

Світовий досвід свідчить, що основними принципами захисту ноу-хау в Україні мають стати такі:

ноу-хау має економічну цінність і належить тому, хто його створив або придбав законним шляхом;

передача ноу-хау здійснюється на договірній основі або іншим способом відповідно до національного законодавства;

ноу-хау захищається від незаконного присвоєння і розголошення. При цьому власник ноу-хау повинен вжити всіх заходів для збереження таємниці ноу-хау.

Список використаних джерел

1. Ломакина О. Б. Общие нормы и международная практика охраны объектов промышленной собственности. – М., 2000.
2. Покровская В. В. Международные коммерческие операции и их регламентация. – М., 2000. – 205 с.
3. Кунцевич В. Про «ноу-хау» // Интеллектуальная собственность. – 2005. – № 4. – С. 32–38.
4. Андрощук Г. Правове регулювання ноу-хау // Интеллектуальная собственность. – 2004. – № 10. – С. 29–35.
5. Підпригора О. А., Підпригора О. О. Право інтелектуальної власності України. – К., 1998.
6. Гражданское право: В 2 т. – М., 2000. – Т. 2, полутом 1. – 704 с.
7. Назарова Ю. Вопросы правового регулирования внесения прав на коммерческую тайну (ноу-хау) в уставный фонд хозяйственного общества // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 10. – С. 19–23.
8. Калятин В. Интеллектуальная собственность (исключительные права). – М., 2000. – 480 с.
9. Катица Ю. М. Проблемы правовой охраны комерційної таємниці, ноу-хау та конфіденційної інформації в праві України // Реферативний огляд діючого законодавства України та практики його застосування. – К., 2000.
10. Ридченко Н. Неосязаемый капитал: Внесение объектов интеллектуальной собственности в уставный фонд // Деньги и технологии. – 2002. – № 10. – С. 50–51.
11. Интеллектуальная собственность в Украине: правовые основы и практика. – К., 1999. – Т. 3. – 672 с.
12. Основы договорных отношений в экономическом пространстве СНГ / Под ред. М. Б. Биржакова. – М.; СПб., 1997. – 768 с.
13. Северин В. А. Правовые проблемы информационной безопасности предприятия // Юрист. – 2001. – № 6. – С. 25–31.
14. Андрощук Г. А., Крайнев П. П. Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны. – К., 2000. – 400 с.
15. Кормич Б. А. Інформаційна безпека: організаційно-правові основи. – К., 2004. – 384 с.

Стаття надійшла до редакції 07.06.2013 р.

The article is devoted to theoretical-legal analysis and basically directions of improvement Ukrainian legislation in the sphere of use know-how and commercial secret as unlicensed object of intellectual property in the terms of the development of economic innovation in Ukraine.

Статья посвящена теоретико-правовому анализу и основным направлениям совершенствования законодательства Украины в сфере использования ноу-хау и коммерческой тайны как непатентованных объектов интеллектуальной собственности в условиях развития инновационной экономики Украины.



УДК 347.933:347.447.9

Олег Кузьмич,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри судочинства
Юридичного інституту
Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника

НЕДІЙСНІСТЬ ДОГОВОРІВ НА КОРИСТЬ ТРЕТІХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу підстав, за якими договори на користь третьої особи визнаються недійсними, та правових наслідків їх недійсності.

Ключові слова: договір на користь третьої особи, недійсність договору, реституція, третя особа.

Одним із способів захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних правовідносин є визнання правочину недійсним (п. 2 ч. 2 ст. 16 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України). Слід зазначити, що юридична природа такого способу захисту цивільних прав та інтересів учасників цивільних правовідносин неодноразово досліджувалася в юридичній літературі. Однак, як свідчить аналіз доктринальних досліджень, питання, пов'язані з визнанням правочинів недійсними та правовими наслідками їх недійсності, автори здебільшого розглядали в контексті традиційних договорів, тобто договорів, виконання яких здійснювалося на користь самих контрагентів.

Крім договорів, виконання яких здійснюється на користь самих контрагентів, у теорії цивільного права, як і в цивільному законодавстві України, виділяють також договори на користь третіх осіб. Однак особливості, пов'язані з недійсністю договорів на користь третіх осіб, на сьогодні є недостатньо вивченими в цивілістичній науці, що, безумовно, не може сприяти широкому використанню суб'єктами цивільних прав цієї договірної конструкції в договірній практиці.

Метою цієї статті є дослідження особливостей правового регулювання визнання недійсними договорів на користь третіх осіб і правових наслідків їх недійсності.

Договір на користь третьої особи розуміють як договір, у якому боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь третьої особи, яка встановлена або не встановлена в договорі (ч. 1 ст. 636 ЦК України). І. Новицький вважав, що договір на користь третьої особи має певну особливість: він породжує правовий ефект для такої особи, яка ні особисто, ні через представника не брала участі

в укладенні договору. Правові наслідки для третьої особи можуть виражатися тільки в установленні прав, але не обов'язків [1, с. 46].

Правочин із моменту його вчинення є юридичним фактом – дією, що є підставою виникнення, зміни чи припинення цивільних прав і обов'язків, у зв'язку з чим правочин може визнаватися недійсним (нікчемним), якщо він впливає на виникнення, зміну або припинення цивільного правовідношення та тим самим порушує права інших осіб і вимоги, визначені законодавством [2, с. 6].

На думку І. Спасибо-Фатєєвої, укладення правочинів із тими чи іншими вадами не є нормальним правовим явищем, на яке право має певним чином реагувати. Для цього було введено поняття недійсних правочинів, що саме собою завжди викликало суперечки з приводу прийнятності такої термінології, адже правочини з певними вадами волі, суб'єктного складу, форми, змісту тощо, тобто ті, які не відповідають вимогам, визначеним у ст. 203 ЦК України, порушують право. Разом із тим правочин має бути правомірною дією й якщо недійсні правочини є неправомірною дією, то постає питання, чи є вони правочинами? Тому термін «недійсні правочини», очевидно, є умовним і має свідчити про те, що дія, яка мала вигляд правомірності, була квазіправочином. Причому такий факт виявляється як шляхом порівняння правочину та вимог закону без звернення до суду (у випадку нікчемності правочинів), так і судом – шляхом з'ясування і доведення обставин, що потягли недійсність правочину (для оспорюваних правочинів) [3, с. 80].

Як впливає з аналізу положень цивільного законодавства України, питання, пов'язані з визнанням правочинів недійсними та правовими наслідками їх недійсності, регулюються статтями 215, 216 ЦК України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 215 ЦК України підста-

вою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1–3, 5, 6 ст. 203 ЦК України. Згідно із ч. 2 цієї статті недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому випадку визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. У випадках, встановлених ЦК України, нікчемний правочин може бути визнаний судом недійсним. Крім того, як передбачено ч. 3 цієї статті, якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна із сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, визначених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (оспорюваний правочин).

Аналіз цивільного законодавства України свідчить, що на сьогодні законодавець безпосередньо не передбачає окремих правових норм, які б стосувалися правового регулювання недійсності саме договорів на користь третіх осіб, у зв'язку з чим при визначенні підстав недійсності таких договорів як суб'єктами цивільних прав, так і юрисдикційними органами слід керуватися, насамперед, загальними положеннями ст. 215 ЦК України.

У контексті аналізованих питань заслуговують на увагу відповідні положення господарського законодавства України, що стосуються особливостей правового регулювання недійсності господарських зобов'язань (ст. 207 Господарського кодексу (далі – ГК) України), оскільки, як свідчить аналіз відповідних норм ГК України, на сьогодні господарське законодавство України не перешкоджає суб'єктам господарювання здійснювати укладення господарських договорів на користь третіх осіб. Зокрема, як передбачено ч. 1 ст. 207 ГК України, господарське зобов'язання, що не відповідає вимогам закону або вчинене з метою, яка завідомо суперечить інтересам держави та суспільства, або укладене учасниками господарських відносин з порушенням хоча б одним із них господарської компетенції (спеціальної правосуб'єктності), може бути на вимогу однієї із сторін або відповідного органу державної влади визнано судом недійсним повністю чи частково. Таким чином, при визнанні недійсними господарських договорів, укладених на користь третіх осіб, слід також керуватися вказаним положенням ч. 1 ст. 207 ГК України.

Що стосується правових наслідків недійсності правочинів, то такі наслідки врегульовуються в загальних положеннях ст. 216 ЦК України. Як зазначив В. Луць, у питанні про правові наслідки недійсності правочину ЦК України виходить із загального правила про те, що недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його

недійсністю. Незалежно від того, як кваліфікувати недійсний правочин (нікчемний чи оспорюваний) – як «протиправний чи неправомірний правочин» або «правопорушення», він є юридичним фактом, із яким пов'язані певні юридичні наслідки, передбачені частинами 1 і 2 ст. 216 ЦК України [4, с. 14].

Заслужовує на увагу те, що положення ст. 216 ЦК України врегульовують правові наслідки недійсності правочинів «за загальним правилом». Зокрема, як передбачено ч. 1 ст. 216 ЦК України, недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Крім того, згідно із абзацом 2 ч. 1 вказаної статті у разі недійсності правочину кожна із сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема, тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування.

Застосування правових наслідків, передбачених ст. 216 ЦК України засвідчує факт повернення сторін у первісний стан, який мав місце до вчинення недійсного правочину. Такі наслідки в цивілістичній науці та судовій практиці називають двосторонньою реституцією [5, с. 28].

Реституція, як зазначається в юридичній літературі, є одним із загальних наслідків, зумовлених недійсністю правочинів [2, с. 11]. Саме собою визначення нечинними цивільних прав та обов'язків, що були наслідком вчинення правочину, не завжди відновить порушені права й охоронювані законом інтереси учасника правочину. Реституція, яка безпосередньо перебуває в причинно-наслідковому зв'язку з недійсністю правочину, має на меті завершити процедуру захисту порушених прав [2, с. 11]. Отже, при визначенні як підстав недійсності договорів на користь третіх осіб, так і правових наслідків їх недійсності суб'єктам цивільних прав і юрисдикційним органам слід керуватися загальними положеннями статей 215, 216 ЦК України.

Разом із тим законодавець дещо по-іншому підходить до визначення правових наслідків недійсності господарських зобов'язань, на що неодноразово зверталася увага в юридичній літературі [3; 6]. Зокрема, як передбачено ч. 3 ст. 207 ГК України, виконання господарського зобов'язання, визнаного судом недійсним повністю або частково, припиняється повністю або частково з дня набрання рішенням суду законної сили як таке, що вважається недійсним з моменту його виникнення. Якщо ж за змістом зобов'язання може бути припинене лише на майбутнє, таке зобо-

в'язання визнається недійсним і припиняється на майбутнє.

Вказуючи на принципову невідповідність ст. 207 ГК України, яка передбачає визнання недійсним договору (господарського зобов'язання) на майбутнє (як правило, застосовується у випадках, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі) та абзацу 2 ч. 1 ст. 216 ЦК України, що передбачає в зазначених випадках відшкодування вартості одержаного в розрізі застосування реституційних наслідків недійсного правочину, С. Потопальський, зокрема, пропонує привести положення ст. 207 ГК України у відповідність із положенням абзацу 2 ч. 1 ст. 216 ЦК України. Крім того, оскільки за недійсним договором взагалі анулюється його юридичне існування, не можуть мати юридичної сили передбачені договором правові наслідки ні в минулому, ні в майбутньому. У разі неможливості повернення виконаного за недійсним договором автор пропонує відшкодувати вартість одержаного в розрізі застосування реституційних наслідків недійсного договору, а не визнавати договір недійсним на майбутнє [6, с. 16].

Слід зазначити, що пропозиція щодо необхідності приведення у відповідність норми ГК України про недійсність господарських зобов'язань із відповідними нормами ЦК України є прийнятною, насамперед, із концептуальної позиції розуміння поняття «недійсність договору», оскільки положення недійсного договору не можуть врегульовувати відповідні відносини як на майбутнє, так і ті, які існували до укладення такого договору. Таким чином, при вирішенні питань, пов'язаних із недійсністю договірних господарських зобов'язань, суб'єктам господарювання слід також керуватися відповідними положеннями ГК України, а не лише загальними положеннями статей 215, 216 ЦК України.

Оскільки виконання договорів на користь третіх осіб здійснюється не на користь сторін, а на користь осіб, які не брали участі при укладенні договорів ні безпосередньо, ні опосередковано, виникає питання щодо змісту правових наслідків недійсності таких договорів.

Правочин, будучи недійсним (незалежно від того, як його кваліфікувати), є таким, який не може породжувати жодних правових наслідків (крім наслідків його недійсності) ні для його сторін, ні для третіх осіб, у зв'язку з чим правові наслідки недійсності договорів на користь третіх осіб повинні стосуватися не тільки їх контрагентів, а й третіх осіб.

В юридичній літературі зазначається, що реституція – це самостійний спосіб захисту прав, що може застосовуватися судом у сукупності з визнанням правочину недійсним і як окрема вимога заінтересованої особи [7, с. 199].

Крім того, для реституції як окремого способу захисту прав характерним є те, що вона в силу своєї специфіки може бути адресована винятково особі, яка є стороною правочину, а це відмежовує її від такого способу захисту цивільних прав та інтересів, як віндикація [7, с. 202]. Отже, змістом реституції як правового наслідку недійсності правочину є винятково права й обов'язки сторін правочину, у зв'язку з чим вона не може передбачати виникнення жодних обов'язків для осіб, які не є сторонами таких правочинів, тобто і для третіх осіб, на користь яких вони вчинені. Іншими словами, вимоги про визнання аналізованого договору недійсним, як і про застосування наслідків двосторонньої реституції є такими, що сторонами таких договорів й іншими заінтересованими особами не можуть бути адресовані третім особам. У зв'язку з цим аналіз правових наслідків недійсності договорів, про які йдеться, слід здійснювати з урахуванням специфіки того чи іншого виду договору, укладеного на користь третьої особи.

У разі визнання недійсними договорів, якими опосередковується надання третім особам послуг чи виконання робіт, вартість одержаного третіми особами, що полягає у виконаній роботі чи наданій послугі, має відшкодовуватися саме особою, яка уклала договір, а не третьою особою. Такий висновок впливає, насамперед, із специфіки договорів на користь третіх осіб, адже внаслідок укладення таких договорів вигоду та користь отримують саме треті особи, що є наслідком вчинення дій або утримання від учинення таких дій особами, які укладають такі договори. Отже, у випадку визнання недійсними договорів, якими опосередковується виконання робіт чи надання послуг третім особам, застосування наслідків двосторонньої реституції за такими договорами (незалежно від вираження наміру останніми скористатися наданим їм правом) дасть можливість повернути сторони у попередній стан і, відповідно, права й інтереси кожної з них будуть захищені належним чином.

Слід зазначити, що на користь третіх осіб, крім договорів, про які йшлося, можуть бути укладені й інші види договорів: договори про відчуження майна та договори, якими опосередковується передання майна у тимчасове користування. У зв'язку з цим виникає питання: чи дозволить застосування правових наслідків недійсності таких договорів, укладених на користь третіх осіб, повернути сторони у попередній стан? Право й інтерес однієї із сторін договорів, про які йдеться, зокрема сторін, які зобов'язалися виконати свій обов'язок на користь третіх осіб, вважатиметься захищеним належним чином тільки у випадку, якщо їм буде повернуто майно, пе-

редане третім особам унаслідок виконання таких договорів. Однак двостороння реституція як правовий наслідок недійсності договорів не може передбачати виникнення жодних обов'язків для осіб, які не є сторонами таких договорів, отже, і для третіх осіб, на користь яких укладені договори. Тому застосування двосторонньої реституції за договорами, про які йдеться, є таким, що не дозволить одну із сторін повернути у попередній стан, а саме – боржника, тобто сторону договору, яка вчинила відповідні дії на користь третьої особи (зокрема, передала третій особі у власність чи у тимчасове користування певне майно тощо).

Викладене дозволяє зробити такі **висновки**: при визначенні підстав недійсності договорів на користь третіх осіб і правових наслідків їх недійсності суб'єктам цивільних прав та юрисдикційним органам слід керуватися загальними положеннями статей 215, 216 ЦК України. Застосування двосторонньої реституції як правового наслідку недійсності договорів на користь третіх осіб дозволить безпосередньо повернути сторони в попередній стан або за окремими видами договорів, укладених на користь третіх осіб (наприклад, за договорами, якими опосередковується виконання робіт чи надання послуг третім особам), або у випадку, якщо третя особа ще не виразила наміру скористатися наданим їй правом (наприклад, за договора-

ми про відчуження майна чи передання майна у тимчасове користування).

Список використаних джерел

1. Новицкий И. Б. Гражданский Кодекс РСФСР: Практический комментарий. Обязательства из договоров. Заключение договоров. Дарение. Двусторонние договоры. Договоры в пользу третьего лица. (Комментарий к статьям 130–140, 144–146 Гражданского Кодекса). – М., 1924. – 52 с.
2. Романюк Я. М. Підстави і цивільно-правові наслідки визнання правочину недійсним (на матеріалах судової практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 17 с.
3. Спасибо-Фатеева І. В. Наслідки недійсності правочинів // Вісник господарського судочинства України. – 2008. – № 2. – С. 79–87.
4. Луць В. В. Деякі аспекти правового регулювання договірних відносин у господарській діяльності // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності. – К., 2009. – С. 8–19.
5. Дзера О. В. Підстави та правові наслідки визнання недійсними правочинів (договорів) у підприємницькій діяльності // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності. – К., 2009. – С. 20–49.
6. Потопальський С. С. Підстави та наслідки недійсності підприємницьких договорів (на матеріалах практики господарських судів): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007. – 19 с.
7. Тужилова-Орданская Е. М. Понятие и способы защиты прав на недвижимое имущество. – М., 2007. – 248 с.

Стаття надійшла до редакції 15.04.2013 р.

The article deals with the reasons invalidating contracts in behalf of third persons and the legal consequences of their nullity.

Статья посвящена анализу оснований, по которым договоры в пользу третьего лица признаются недействительными, и правовых последствий их недействительности.



УДК 347.19:334.788 (477)

Катерина Добкіна,*доцент кафедри правосуддя юридичного факультету
Київської державної академії водного транспорту ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного*

СТРУКТУРА ОРГАНІВ ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВИХ ПАЛАТ В УКРАЇНІ

У статті аналізуються положення чинного національного законодавства стосовно структури органів Торгово-промислової палати України, надаються пропозиції щодо вдосконалення Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні».

Ключові слова: структура органів, засновники юридичної особи, неприбуткові організації.

Торгово-промислові палати (далі – ТПП) створюються за принципом добровільного об'єднання їх засновників 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. Членами Торгово-промислової палати України є торгово-промислові палати, створені відповідно до Закону «Про торгово-промислові палати в Україні», юридичні особи, які створені та діють відповідно до законодавства України, громадяни України, зареєстровані як підприємці, й їх об'єднання. Члени регіональних торгово-промислових палат одночасно є членами Торгово-промислової палати України. Отже, основним завданням торгово-промислової палати є захист і представництво суб'єктів підприємницької діяльності, а їх члени не мають ні яких майнових прав, не несуть відповідальності за зобов'язаннями палати. Таке правове положення має спільні ознаки з об'єднаннями громадян.

Згідно із статутом Торгово-промислової палати України органами управління палати є загальні збори членів палати, Рада палати та Президія.

Закон «Про торгово-промислові палати в Україні» не визначає, які органи управління повинні бути, а вимагає лише обов'язкової наявності в його Статуті відомостей про склад і компетенцію органів управління та порядку прийняття ними рішень, у тому числі з питань, в яких вони приймаються одностайно або кваліфікованою більшістю голосів. Цим Законом окреслена компетенція ТПП: прийняття Статуту; внесення змін і доповнень до нього; визначення розмірів вступного та пайового внесків; вступ у ТПП юридичних осіб і вихід із них; припинення діяльності; інші питання, віднесені до компетенції за-

гальних зборів. Так, у ст. 101 Цивільного кодексу (далі – ЦК) є декілька обов'язкових вимог законодавця до структури органів, наприклад установи. У статуті повинні міститися відомості про наглядову раду, про порядок її формування та діяльності. Крім того, в ньому має бути визначений порядок призначення посадових осіб (тобто вказівка на те, хто відноситься до посадових осіб установи, ким та з кого вони обираються), порядок їх звільнення (за чим рішенням, на яких підставах здійснюється звільнення посадової особи).

Разом із тим вважаємо можливим використати стосовно установи і ту систему органів, яка встановлена ст. 101 ЦК України, в частині наявності наглядової ради та посадових осіб; більше того, ця система органів управління (крім наглядової ради та посадових осіб) застосовується і до іншої організації. На нашу думку, у Законі «Про торгово-промислові палати в Україні» має бути встановлена єдина система органів для всіх торгово-промислових палат, а саме:

- вищий орган управління (загальні збори, з'їзд, конференція), що здійснює свої повноваження відповідно до статуту та положень Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні»;
- виконавчий орган (рада палати), повноваження якого зафіксовані у статуті;
- адміністративно-виконавчий орган (президія палати) на чолі з президентом, повноваження якого також визначаються статутом;
- наглядовий ревізійний орган палати (ревізійна комісія), склад якого визначається засновниками.

Порядок створення та діяльності органів управління торгово-промислових палат, їх компетенція встановлюється у статуті. Отже, компетенція органів торгово-промислової палати визначається більшою мірою положеннями локальних, а не законодавчих ак-

тів. Порядок призначення та діяльності органів торгово-промислової палати є об'єктом виключно локального регулювання.

Вищим органом управління торгово-промислової палати є колегіальний орган – загальні збори (конференція), особливість якого полягає в тому, що він ніким не обирається; до його складу входять безпосередньо засновники (члени): особи, пов'язані з організацією відносинами членства. Сутність досліджуваного органу полягає у формуванні волі торгово-промислової палати, вирішенні найважливіших питань її діяльності. Основною функцією вищого органу управління є забезпечення дотримання цілей, для здійснення яких створена ТПП.

Законом «Про торгово-промислові палати в Україні» передбачено створення постійно діючого колегіального органу управління, до повноважень якого може бути віднесено вирішення деяких питань, передбачених Законом для вищих органів управління. У зв'язку з цим заслуговує на увагу та застосування в юридичній практиці пропозиція про те, що для реалізації такої можливості необхідно передбачити в статуті створення органу та надання йому відповідних повноважень. Назву такого органу засновники обирають самостійно.

До виключної компетенції загальних зборів ТПП слід віднести такі питання: затвердження статуту; внесення змін до нього; обрання виконавчого та контролюючого органів; визначення основних напрямів діяльності організації; прийняття рішень про її реорганізацію чи ліквідацію. Ці питання є виключною прерогативою вищого органу торгово-промислової палати і не можуть бути делеговані іншим органам управління. За бажанням засновників до компетенції загальних зборів можуть бути віднесені й інші повноваження, за умови їх фіксації у статуті ТПП. Наприклад, засновницькими документами до компетенції вищого органу може бути віднесено: право вирішувати питання про виключення члена ТПП; затвердження її внутрішніх документів тощо.

Виконавчим органом торгово-промислової палати має бути правління (Рада палати). Закон не встановлює колегіальну форму функціонування цього органу, але повноваження правління мають визначатися статутом ТПП. Для забезпечення поточної діяльності торгово-промислової палати має призначатись адміністративно-виконавчий орган – президія на чолі з президентом, повноваження якого також визначаються статутом.

Президія є виконавчим органом ТПП й обирається вищим органом управління (загальними зборами, конференцією). Саме через свій виконавчий орган ТПП набуває пра-

ва й несе обов'язки по правочинах. На розгляд президії виносяться актуальні питання розвитку системи торгово-промислових палат, співпраці з державними та регіональними органами влади. Зокрема, більшістю облдержадміністрацій затверджено «Порядок взаємодії місцевих органів влади з регіональними торгово-промисловими палатами». У Запоріжжі, наприклад, облдержадміністрація створила при Торгово-промисловій палаті Обласний центр міжнародного співробітництва, що, безумовно, не лише підвищило роль Палати, а й позитивно позначилося на вирішенні економічних проблем регіону. Іншими словами, виконавчий орган безпосередньо повинен здійснювати юридичні дії від імені ТПП, тим самим виконуючи й виражаючи волю її вищого органу.

Правління підзвітне загальним зборам і ревізійній комісії. Правління несе відповідальність за виконання рішень загальних зборів і ревізійної комісії. За загальним правилом, правління складається з голови, заступника, членів правління, секретаря. Члени правління виконують покладені на них обов'язки в окремих галузях керівництва діяльністю організації та зобов'язані брати участь у засіданнях правління. Рішення приймаються тільки на засіданнях і оформлюються протоколом. Кількісний склад правління, кворум, необхідний для визнання засідання правління таким, що відбулося, порядок скликання таких зборів, голосування й інші процедурні питання не врегульовані чинним законодавством, тому визначаються статутом ТПП.

Виконавчий орган вирішує всі питання діяльності організації, за винятком тих, що належать до компетенції загальних зборів і наглядової ради. Таким чином, правління благодійної організації має залишкову компетенцію, у зв'язку з чим в установчих документах необхідно визначити, що належить до відання виконавчого органа; коло питань має бути таким, щоб повною мірою були вирішені завдання, заради яких організація була створена.

Як правило, до компетенції правління загальні збори відносять: формування зовнішньоекономічної політики, сприяння встановленню ділового співробітництва, правове забезпечення зовнішньоекономічної діяльності; експертизу, сертифікацію та патентно-ліцензійну діяльність; міжнародний арбітраж; рекламу та просування вітчизняної продукції за кордоном та іноземних товарів на внутрішньому ринку, видавничу та перекладацьку діяльність; організацію навчання та підготовки кадрів і фахівців; виконання інших функцій, що віднесені до їх компетенції Міжнародним правом і торговельними традиціями; експертизу документів на предмет на-

стання форс-мажорних обставин, видачу документів про це або відмову щодо їх видачі; засвідчення документів українських юридичних осіб й інофірм; консультування з правових питань господарської діяльності в Україні та зовнішньоекономічної діяльності; правову експертизу документів, консультування й оформлення претензій; розроблення юридичних документів, необхідних для господарської діяльності; правову експертизу контрактів і консультування за контрактами; консультації з питань господарської діяльності з наданням копії нормативного акта; забезпечення іноземних замовників нормативними документами, що регулюють господарську діяльність в Україні й її зовнішньо-економічну діяльність. Слід зазначити, що цей перелік є вичерпним. Таким чином, вирішення всіх інших питань, які можуть виникнути у процесі діяльності, відноситься до компетенції виконавчих органів.

Усі дії, здійснені правлінням у межах його компетенції, розглядаються як дії торгово-промислової палати та породжують для неї відповідні права й обов'язки. Президент торгово-промислової палати наділяється такими повноваженнями: організовує роботу президії; представляє торгово-промислову палату у відносинах з фізичними й юридичними особами, у тому числі з органами державної влади й управління; укладає та підписує від імені торгово-промислової палати договори, контракти, інші документи, що стосуються діяльності організації; видає накази та розпорядження в рамках своєї компетенції.

Наглядова рада є органом, який здійснює нагляд за діяльністю організації, прийняттям іншими органами рішень і забезпеченням їх виконання, використанням коштів, дотриманням законодавства. Отже, «наглядова рада» має бути колегіальним органом. У цьому випадку статутом визначається кворум, порядок прийняття рішень наглядовою радою.

Слід зазначити, що участь у діяльності наглядової ради не є роботою за наймом.

Стаття надійшла до редакції 17.06.2013 р.

The structure of organs of commercial and industrial chambers of Ukraine opens up in the article. Positions of current national legislation are analysed in relation to the structure of organs of the Commercial and industrial chamber of Ukraine. Suggestions are given in relation to perfection of Law of Ukraine «About commercial and industrial chambers in Ukraine».

В статье анализируются положения действующего национального законодательства относительно структуры органов Торгово-промышленной палаты Украины, формулируются предложения по совершенствованию Закона Украины «О торгово-промышленных палатах в Украине».

Наглядова рада фонду здійснює свою діяльність на громадських засадах. Таким чином, члени наглядової ради не відносяться до посадових осіб фонду. Порядок формування та діяльності наглядової ради визначається його статутом.

Разом із тим законодавець залишив невирішеним питання про повноваження наглядової ради: чи обов'язкові його рішення для виконання іншими органами та самою установою, чи вони носять рекомендаційний характер.

Контрольні та розпорядницькі функції в торгово-промисловій палаті має виконувати ревізійна комісія палати, персональний склад якої визначається засновниками. Порядок її створення та діяльності регулюється статутом торгово-промислової палати. Засновникам торгово-промислової палати необхідно ретельно ставитися до розроблення статуту, в якому слід чітко визначити склад, порядок формування, компетенцію й організацію роботи Ревізійної комісії палати. Її завданням, насамперед, є контроль за діяльністю правління.

У Російській Федерації Закон «Про некомерційні організації» для всіх некомерційних організацій, за винятком фонду, не вимагає створення контрольно-наглядового органу (ревізійну комісію, яка існує в російських некомерційних організаціях і виконує контрольні функції).

Слід зазначити, що виконавчий апарат торгово-промислової палати (виконавча дирекція, штатний персонал) утворюється для забезпечення поточної діяльності організації. Порядок формування виконавчого апарату та його підпорядкованість визначається установчими документами організації або окремим рішенням уповноваженого на те органу управління організацією. Правовий статус працівників виконавчого апарату регулюється законодавством про працю. Для здійснення мети та статутних завдань будь-яка організація може залучати до роботи за трудовим договором осіб, які не є її членами.



УДК 347.23

Ірина Панченко,

аспірантка кафедри цивільного права № 1

Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

ВИЗНАННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В ПОРЯДКУ СПАДКУВАННЯ: деякі проблемні питання

У статті розглядаються питання, пов'язані з таким способом захисту цивільних прав та інтересів, як визнання права власності в порядку спадкування, аналізуються проблеми визнання права власності за померлою особою, визнання права власності в порядку спадкування на об'єкти незавершеного та самочинного будівництва.

Ключові слова: визнання права власності, спадкування, самочинне будівництво, незавершене будівництво.

За життя людина має майнові права й обов'язки, які не зникають у зв'язку з її смертю, а переходять до інших осіб. Такий перехід майнових прав та обов'язків померлого (спадкодавця) до третіх осіб (спадкоємців) називається спадкуванням, а відносини, що регулюють ці питання, іменуються спадковими правовідносинами.

На етапі прийняття спадщини може виникнути ситуація, коли спадкоємець не може отримати від нотаріуса свідоцтво про право на спадщину через певні об'єктивні причини (наприклад, спадкодавець за життя не оформив належним чином своїх прав на майно). Для вирішення такої проблеми заінтересована сторона змушена звертатися до суду із позовом про визнання права власності на спадок. Подібна ситуація на практиці зустрічається досить часто, а тому науковці приділяють увагу вирішенню проблемних питань, що виникають при застосуванні позову про визнання права власності в порядку спадкування. Це питання висвітлюється в роботах таких науковців, як Л. Козловська, М. Пшонка, І. Спасибо-Фатєєва та інші, проте значна кількість проблем залишається невирішеними.

Метою цієї статті є аналіз такого способу захисту цивільних прав та інтересів, як визнання права власності в порядку спадкування.

Позивачем за позовом про визнання права власності у порядку спадкування можуть виступати спадкоємці померлого, які прийняли спадщину. Відповідачем може бути будь-яка особа, яка не визнає або оспорує право власності позивача на спадкове майно. Таким чином відповідачем можуть виступати:

- інші спадкоємці, які прийняли спадщину;
- територіальна громада в особі відповідних органів місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини (за умови відсутності інших спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, відмови від її прийняття, а також у разі, якщо територіальна громада успадковує майно відповідно до заповіту).

Підставою для звернення особи до суду із позовом про визнання права власності в порядку спадкування є невизнання або оспорування права власності особи, або неможливість оформлення спадкоємцем спадкових прав у нотаріуса. Умовою для звернення з таким позовом є:

- відмова нотаріуса у видачі свідоцтва про право на спадщину;
- наявність спору про право.

Визначившись із підставами й умовами звернення особи до суду із позовом про визнання права власності у порядку спадкування слід проаналізувати положення абзацу 2 п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7, в якій зазначено, що за наявності умов для одержання в нотаріальній конторі свідоцтва про право на спадщину вимоги про визнання права на спадщину судовому розгляду не підлягають.

На практиці склалося два підходи при вирішенні справ, за обставин коли особа одразу звертається до суду за визнанням права власності у порядку спадкування, не звернувшись попередньо до нотаріальної контори за одержанням свідоцтва про право власності на спадщину. У першому випадку суд від-

мовляє у відкритті провадження у справі (п. 1 ч. 2 ст. 122 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України); у другому – закриває провадження у справі (п. 1 ч. 1 ст. 205 ЦПК України). На нашу думку, за наявності у особи всіх необхідних умов для отримання свідоцтва про право на спадщину у нотаріуса, суд має, розглянувши справу по суті заявлених вимог, прийняти рішення про відмову у позові. Цей висновок ґрунтується на підставі застосування ст. 15 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, відповідно до якої кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Таким чином, суди не можуть обмежувати особу в праві на звернення до суду за захистом.

Слід зазначити, що звернення до нотаріальної контори для одержання свідоцтва про право на спадщину завжди має передувати зверненню до суду з позовом про визнання права власності на спадкове майно.

Розглянемо кілька найбільш поширених проблемних ситуацій при вирішенні спорів про визнання права власності на майно в порядку спадкування. Так, є випадки, коли спадкоємці подають позов про визнання права власності за померлою особою з метою успадкувати після неї майно, право на яке за життя спадкодавця не було належним чином зареєстроване. Наведемо приклад із практики.

У липні 2011 р. до Красноградського районного суду Харківської області звернулася ОСОБА 1 з позовом до Піщанської сільської ради Красноградського району Харківської області про визнання права власності в порядку спадкування. Суд встановив, що батько позивача ОСОБА 2 помер 19.04.1990 р. Після його смерті відкрилася спадщина на домоволодіння з надвірними будівлями, розташоване по вулиці Енгельса будинок № 149, с. Піщанка Красноградського району Харківської області, яке належало батькові позивача на праві приватної власності. Спадщину прийняла мати позивача ОСОБА 3, але після фактичного прийняття спадщини до нотаріальної контори не звернулася і належних паперів на право власності на спадкове майно не оформила. Мати позивача ОСОБА 3 померла 12.11.2010 р. Позивач не може оформити спадкові права, оскільки спадкодавець – його мати ОСОБА 3 не оформила належним чином факт прийняття спадщини після свого чоловіка ОСОБА 2. У письмовій заяві представник відповідача Піщанської сільської ради позов визнав у повному обсязі, не заперечував проти задоволення позовних вимог про визнання права власності в порядку спадкування.

На підставі викладеного суд вирішив задовольнити позовну заяву ОСОБА 1 у повному обсязі.

Парадоксальність подібного рішення полягає в тому, що фактично право визнається за померлою особою, яка за життя не набула статусу власника, проте суд надає їй такого статусу вже після смерті. Слід зазначити, що подібна судова практика суперечить положенню п. 11 ч. 1 ст. 346 ЦК України, яка передбачає однією з підстав припинення права власності – припинення юридичної особи або смерть власника. Відповідно, право не може визнаватися за померлою особою, оскільки немає особи – відсутнє й право, ніхто крім власника, не може звертатися до суду з позовом про визнання права власності [1, с. 520]. Таким чином, на нашу думку, прийняте судом рішення є неправильним. Оскільки відповідно до обставин справи право власності на домоволодіння з надвірними будівлями за життя спадкодавця не були оформлені належним чином, то і входити таке майно до спадкової маси не може на підставі ч. 2 ст. 1299 ЦК України. Спадкодавець не може передати у спадок те, чого *de jure* за життя не мав сам.

У наведеному прикладі неввірно встановлений і відповідач, оскільки так чи інакше особа має не визнавати або оспорювати права позивача, а інакше відсутній спір про право, що і має місце у судовій справі, що розглядається.

Слід зазначити, що у наведеній справі має місце завуальована вимога про визнання права власності за померлою особою. Проте є судова практика, коли у позовній заяві позивач напругу просить визнати право власності саме за померлою особою і подібні вимоги задовольняються.

Так, 01.06.2011 р. Колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглянула цивільну справу за позовом ОСОБА 3 до ОСОБА 4 про визнання права власності на будинок за померлим, визнання права власності на частину будинку в порядку спадкування.

У позовній заяві ОСОБА 3 просив визнати спірний будинок приватною власністю покійного ОСОБА 8. Районний та апеляційний суд цю вимогу задовольнив у повному обсязі. Рішення було скасоване касаційною інстанцією й ухвалене нове рішення про відмову в задоволенні позову [2].

Місцевий та апеляційний суди порушили вимоги п. 11 ч. 1 ст. 346 ЦК України, а тому рішення Колегії суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про відмову в задоволенні позовних вимог є, на нашу думку, цілком виправданим.

Слід також проаналізувати випадки визнання права власності у порядку спадкування на об'єкти незавершеного будівництва.

Відповідно до ч. 2 ст. 331 ЦК України право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо договором або законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, то право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації.

Відповідно до ч. 3 ст. 331 ЦК України до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі будівництва (створення майна).

Проте законодавець зазначає, що право власності на об'єкт незавершеного будівництва все ж може бути зареєстроване, якщо у цьому виникла необхідність. Такою необхідністю, наприклад, може бути потреба в укладенні договору купівлі-продажу відносно даної споруди органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі дозвільних документів на будівництво. Таким чином, таке незавершене будівництво стає самостійним об'єктом цивільного обороту. В абзаци 3 п. 2 листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав» від 28.01.2013 р. вказано, що з моменту державної реєстрації об'єкта незавершеного будівництва в особи виникає право власності на перероблену річ, створену з використанням іншої речі (матеріалу). Отже, якщо будівництво ведеться на законних підставах, то навіть до його завершення такий об'єкт може бути зареєстрований відповідними компетентними органами, що в майбутньому надасть змогу особі зареєструвати добудований об'єкт як нерухомість.

Але як бути, коли особа не встигла за життя визнати за собою право власності на об'єкт незавершеного будівництва, яке зводилося відповідно до вимог чинного законодавства? Відповідь на поставлене питання дає п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р., в якому зазначено, що у випадку якщо будівництво здійснювалося згідно із законом, то у разі смерті забудовника до завершення будівництва його права та обов'язки як *збудовника* входять до складу спадщини. Таким чином, спадкоємець набуває комплекс прав та обов'язків, а саме:

- право власності на будівельні матеріали та обладнання, які були використані спадкодавцем у процесі будівництва;

- право завершити об'єкт незавершеного будівництва, оскільки спадкоємець виступає правонаступником спадкодавця, тобто відбувається заміна забудовника в порядку спадкування;

- право передати від свого імені для прийняття в експлуатацію завершений будівництвом об'єкт;

- право одержати на своє ім'я свідоцтво про право власності та зареєструвати право власності на нерухомість.

Таким чином, спадкоємець у майбутньому зможе надати успадкованому об'єкту статус нерухомості та зареєструвати його на своє ім'я.

Проте, незважаючи на наявність роз'яснення, судами зазначена категорія справ вирішується по-різному. Частина судів керується даним приписом і присуджує спадкоємцю права й обов'язки забудовника, що у наступному дозволить особі надати об'єкту будівництва статусу нерухомості. Але є також практика судів, які визнають за спадкоємцем право власності лише на будівельні матеріали.

27 квітня 2011 р. Колегія суддів судової палати у цивільних справах Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ розглядала справу за позовом ОСОБА 3 до Фонду комунального майна Севастопольської міської ради про визнання права власності на жилий будинок в порядку спадкування.

Місцевим та апеляційним судом позивачу було відмовлено у задоволенні позову. Приймаючи таке рішення, районний суд виходив із того, що спадкодавець ОСОБА 5 не був власником будинку, оскільки не ввів його в експлуатацію, а тому його син – батько позивачки не міг стати власником цього будинку. Спадкодавець, на думку суду, був тільки власником будматеріалів і обладнання, тому відповідно до ст. 1216 ЦК України ці права й обов'язки перейшли до спадкоємців.

Суд встановив, що будинок був зведений на спеціально відведеній для цього земельній ділянці, проте об'єкт нерухомості не був зареєстрований належним чином.

Попри наявність у матеріалах справи зведеного акта вартості будівель і споруд, складений за станом на 25.09.1984 р. БТІ, і технічного паспорта за станом на 23.03.2007 р. суд вирішив, що такий акт не замінює свідоцтво про право власності на спірний будинок у порядку спадкування.

З наведеними доводами погодився й апеляційний суд, зазначивши, що спадкодавцем було здійснено самостійне будівництво, отже, до спадкоємців перейшло лише право власності на будівельні матеріали, обладнання тощо, які були використані.

Проте такі висновки суд касаційної інстанції вважає помилковими, оскільки до спірних пра-

вовідносин суди попередніх інстанцій застосовували положення ЦК України, що набув чинності з 01.01.2004 р. Суди не звернули уваги на те, що будинок, з приводу якого заявлено позов, побудований у 1948 р. на відведеній у цьому ж році земельній ділянці. Також не враховано дію п. 3 постанови Кабінету Міністрів України від 09.09.2009 р. № 1035, якою затверджено Тимчасовий порядок прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом приватних житлових будинків садибного типу, дачних та садових будинків з господарськими спорудами і будівлями, споруджених без дозволу на виконання будівельних робіт; підставою для оформлення права власності на приватні житлові будинки садибного типу, дачні та садові будинки з господарськими спорудами і будівлями, споруджені до 05.08.1992 р., є висновок про технічний стан будинку (будівлі), складений БТІ, а також документ, що засвідчує право власності або користування земельною ділянкою, на якій розташовані зазначені об'єкти будівництва.

На підставі наведених сторонами доводів суд касаційної інстанції дійшов висновку, що оскільки апеляційний суд на порушення судом першої інстанції норм матеріального права належної уваги не звернув, достатньою мірою не перевірів доводи апеляційної скарги та вимог, заявлених у суді першої інстанції, ухвала апеляційного суду про залишення без змін рішення суду першої інстанції підлягає скасуванню з передачею справи на новий розгляд до суду апеляційної інстанції [3].

Аналіз наведеної справи свідчить, що основною умовою переходу до спадкоємця не сукупності будівельних матеріалів, а прав забудовника на об'єкт незавершеного будівництва є додержання забудовником норм чинного законодавства під час зведення даної споруди. Проте на прикладі даної справи ми бачимо, що не всі суди керуються положенням п. 8 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. Так, перехід до спадкоємців лише прав на будівельні матеріали є класичною ситуацією при самочинному будівництві. У постанові Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва)» від 30.03.2012 р. № 6 вказано, що право власності на самочинно збудовані житлові будинки, будівлі, споруди, інше нерухоме майно не набувають як особи, які здійснили це будівництво, так і їх спадкоємці. Права спадкоємців щодо самочинно збудованого майна визначаються судом відповідно до положень ст. 1218 ЦК та з урахуванням роз'яснень, наданих у п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у спра-

вах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7. У даному роз'ясненні зазначено: якщо спадкодавцем було здійснене самочинне будівництво (ч. 1 ст. 376 ЦК), до спадкоємців переходить право власності на будівельні матеріали, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва.

Слід зазначити, що наведені постанови не суперечать одна одній, оскільки роз'яснення, що міститься в постанові № 6 носить загальний характер, а роз'яснення, наведене у постанові № 7, – спеціальний. Невизнання права власності за спадкоємцями на самочинно зведену споруду є своєрідною мірою відповідальності за порушення норм чинного законодавства, проте за спадкоємцями, попри наявність даного роз'яснення, все ж визнається право власності на самочинне будівництво.

Теоретики пояснюють подібні рішення можливістю розширеного трактування деяких статей ЦК України. Так, частини 3 та 5 ст. 376 ЦК України дозволяють особі, за перелічених у статті обставин, визнати за собою право власності на самочинне будівництво. У статтях 1216, 1218 та 1219 ЦК України йдеться про перехід усіх прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємця, окрім тих, що припинились із смертю особи, а також прав, перелічених законодавцем. Таким чином, якщо особа (спадкодавець) мала право визнати за собою право власності на самочинне будівництво, то, відповідно, таке саме право переходить і до її спадкоємців. Так, на думку Л. Козловської, існує низка прав, які відповідно до вимог законодавства не належали спадкодавцеві, але за певних умов можуть виникати у спадкоємця саме у зв'язку з універсальним характером спадкового правонаступництва. Вона також зазначає, що складність правовідносин, накопичувальний характер юридичних складів виникнення права власності на нерухоме майно зумовлюють ситуації, коли спадкоємець володіє майновими правами, які ще не набули характеру права власності [4, с. 54]. На нашу думку, подібне широке трактування положень статей 1216, 1218 та 1219 ЦК України є неприпустимим. Так, в абзаці 5 п. 2 листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав» від 28.01.2013 р. зазначено, що визнання права власності на самочинне будівництво в судовому порядку має залишатися винятковим способом захисту права власності. Якщо ж приєднатися до позиції Л. Козловської, то абсолютно всі права, навіть нереалізовані, які мав спадкодавець, отримувє його спадкоємець.

Самочинне зведення нерухомого об'єкта є правопорушенням, а тому вести мову про можливість переходу до спадкоємців прав, які суперечать нормам чинного законодавства, неправильно. Винятком може бути випадок, коли спадкодавець не знав про протиправний характер своїх дій (наприклад, особа вийшла за межі свого земельного наділу та звела будинок на сусідній земельній ділянці через помилку в межі між ділянками). Проте, якщо мають місце обставини, які свідчать, що особа (спадкодавець) свідомо вчинив правопорушення, то правильним буде застосовувати роз'яснення, що міститься в п. 7 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р., щодо можливості переходу до спадкоємців лише будівельних матеріалів із яких було зведено самочинний об'єкт.

Таким чином, за умови добросовісності забудовника, який звів самочинну споруду його спадкоємцям слід надати можливість визнати право власності на такий об'єкт, якщо це не порушує прав інших осіб. За умови недобросовісності особи, яка знала про протиправний характер своїх дій, її спадкоємці мають успадковувати лише будівельні матеріали, з яких зведено самочинну нерухомість.

Висновки

Аналіз справи, коли особа звертається до суду із вимогою про визнання права власності на спадкове майно за відсутності підтвердженого факту її попереднього звернення до нотаріальної контори для отримання свідоцтва про право на спадщину, свідчить про необхідність відмовляти у задоволенні

позову за таких обставин, оскільки особа не виконала прямого припису законодавця щодо обов'язкового звернення до нотаріальної контори для одержання свідоцтва про право на спадщину.

У випадку, коли спадкоємці звертаються до суду із позовом про визнання права власності за померлою особою з метою успадкувати після неї майно, право на яке за життя спадкодавця не було належним чином зареєстроване, у задоволенні позову має бути відмовлено.

Поняття «спадкове правонаступництво» не може трактуватися занадто широко.

Аналіз спорів щодо визнання права власності на незавершене будівництво та самочинне будівництво свідчить, що у випадку, коли особа, зводячи споруду, не порушувала норм чинного законодавства, то, на нашу думку, логічно та правильно передати її спадкоємцям права забудовника на даний об'єкт. У випадку ж самочинного будівництва, коли норми чинного законодавства були порушені, доцільно передавати спадкоємцям лише будівельні матеріали, що були використані спадкодавцем при зведенні об'єкта.

Список використаних джерел

1. Цивільний кодекс України: Наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). – Т. 5. Право власності та інші речові права / За ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. – Х., 2011. – 624 с.
2. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/16149640>.
3. <http://reyestr.court.gov.ua/Review/15731413>.
4. Козловська Л. Визнання права власності на спадкове майно за рішенням суду в юридичному складі підстав спадкування // Юридична Україна. – 2012. – № 7. – С. 53–56.

Стаття надійшла до редакції 24.05.2013 р.

The article addresses some problem questions regarding recognition of ownership under procedure of inheritance as a remedy for protection of civil rights and interests. Such a problem situations as recognition of decedent's ownership, recognition of title to building in progress and unauthorized building under procedure of inheritance are analyzed.

В статье рассматриваются вопросы, связанные с таким способом защиты гражданских прав и интересов, как признание права собственности в порядке наследования, анализируются проблемы признания права собственности за умершим лицом, признания права собственности в порядке наследования на объекты незавершенного и самовольного строительства.



УДК 347.41

Галина Гриценко,

асистентка кафедри приватного права
Полтавського юридичного інституту
Національного університету «Юридична академія України
ім. Ярослава Мудрого»

ПРАВОВА ПРИРОДА ВИМОГ, ЩО ВИНИКАЮТЬ УНАСЛІДОК ПРИПИНЕННЯ СОЛІДАРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

У статті визначається правова природа вимоги до кредитора, який отримав повне виконання за солідарним зобов'язанням, і боржника, який повністю виконав солідарне зобов'язання, аналізуються погляди різних учених, порівнюються положення українського й іноземних законодавств щодо активного та пасивного солідарного зобов'язання.

Ключові слова: регрес, суброгація, активна та пасивна множинність осіб, солідарне зобов'язання.

Солідарні зобов'язання (насамперед, солідарна відповідальність) передбачені у нормах українського законодавства та є досить поширеними в сучасній українській практиці. Незважаючи на те, що, як правило, у сторін не виникає проблем при розрахунках після виконання солідарного зобов'язання одним боржником або отримання виконання одним кредитором, правова природа вимог цих осіб потребує додаткового аналізу, оскільки більшість досліджень із цього питання проводилося задовго до прийняття сучасного цивільного законодавства України (І. Новицький, В. Голевінський [1; 2]) та в рамках інших досліджень (О. Кот, Р. Майданик, І. Тімуш, О. Михальнюк [3–5] та ін.).

Відповідно до ч. 1 ст. 544 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України встановлено право регресної вимоги солідарного боржника, який повністю виконав своє зобов'язання, до інших боржників у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або законом, за вирахуванням частки, яка припадає на нього. У частині 4 ст. 542 ЦК України прямо не вказується на право регресу солідарних кредиторів до кредитора, який одержав від боржника повне виконання, проте встановлюється аналогічний порядок розрахунку: солідарний кредитор зобов'язаний передати належне кожному з решти солідарних кредиторів у рівній частці, якщо інше не встановлено договором між ними.

Оскільки в законі закріплена саме регресна вимога, її і будемо порівнювати з іншими видами вимог. Почнемо з позову з безпідставного збагачення. Найбільш вдале їх порівняння зробив І. Новицький: підхід у цих двох ка-

тегоріях позовів різний: коли подається позов про безпідставне збагачення, то справа вирішується відповідно до того, чи дійсно «збагатився» відповідач за рахунок позивача та в якому розмірі; у регресному позові виходять із того, якою мірою збиток, понесений позивачем, має бути за характером взаємовідносин перекладений на відповідача. Вимоги солідарних кредиторів до того кредитора, який отримав повне виконання, не можуть вважатися вимогою із безпідставного збагачення, бо вони визначаються не тим, чи збагатився відповідач, а характером відносин, що існують між сторонами [1, с. 65]. Те саме стосується і солідарних боржників, які не виконали зобов'язання.

Регресну вимогу також не слід ототожнювати із звичайним позовом про відшкодування збитків, але неправильно було б і протиставляти ці дві категорії. По-перше, регресний позов, на відміну від позову про відшкодування збитків, завжди пов'язаний із фактом платежу або отриманням певної суми чи інших цінностей однією особою за рахунок іншої за рахунок третьої. По-друге, за характером відносин обов'язок сплатити або право отримати певну суму насправді належить регресату. По-третьє, до складу регресної вимоги, за її природою, не може входити відшкодування упущеної вигоди. Позов про відшкодування збитків, навпаки, може включати не тільки прямі збитки, а й упущену вигоду. Крім того, регресний позов і позов про відшкодування збитків можуть співіснувати [1, с. 68, 69]. Наприклад, солідарний боржник, який виконав зобов'язання, може заявити регресну вимогу до інших боржників (за вирахуванням своєї частки) та вимогу про відшко-

дування збитків, завданих через прострочення одного із солідарних боржників.

На порівнянні регресу та *суброгації* слід зупинитися детальніше, оскільки в законодавстві деяких країн унаслідок виконання солідарного зобов'язання виникає суброгація, а не регрес. При цьому активна та пасивна солідарність мають свої відмінності.

Найбільш поширеними видами *пасивної солідарності* є солідарна відповідальність і відповідальність поручителя. У багатьох вітчизняних джерелах їх виконання вважається підставою виникнення регресних зобов'язань. У німецьких джерелах також йдеться про регрес (Ф. Бернгфет, Й. Колер). У французькій літературі сплата одним солідарним боржником боргу за інших боржників – це випадок законної суброгації (Є. Годеме, М. Пяніоль, Р. Сават'є), в інших джерелах – регресу (Ж. Моранд'єр). У багатьох країнах право вимоги до боржника, який виконав солідарне зобов'язання, переходить не в порядку регресу, а внаслідок суброгації (ст. 6:12 (1) ЦК Нідерландів, ст. 1536 ЦК Квебеку, ст. 1249 ФЦК, § 426 Німецького цивільного уложення, ст. 281 ЦК КНР, ст. 149 Швейцарського зобов'язального закону).

Суброгація – це передбачений законом перехід прав кредитора до третьої особи в результаті виконання зобов'язання боржника третьою особою на користь кредитора в рамках існуючих зобов'язальних правовідносин [3, с. 121]. За регресним зобов'язанням одна особа (кредитор) має право вимагати від другої особи (боржника) передачі відповідної грошової суми або майна, переданих (сплачених) замість нього чи з його вини кредитору за основним зобов'язанням. Слід підтримати О. Кота, що таке визначення є широким, поглинає суброгаційні відносини [3, с. 127]. Із сфери регресних зобов'язань слід виключити виконання «замість» боржника, бо у цьому випадку у третьої особи є можливість вибору: виконувати чи ні. Про це зазначає і В. Белов: суброгація і регрес мають одне й те саме призначення – покриття сум, сплачених третьою особою за боржника. Проте сфери застосування цих інститутів різні. Якщо підстава виникнення зобов'язання платника була викликана діями боржника, платник унаслідок виконання свого обов'язку отримує самостійне право вимоги (регресу) до боржника в частині сплаченої суми. У тих випадках, коли зобов'язання платника виникло з його волі, а перед необхідністю його виконання платника поставили дії боржника, вести мову про виникнення у платника нового самостійного права вимоги було б несправедливо щодо боржника. Адже платник сам погодився прийняти на себе зобов'язання. Тому логічно вручити йому це право (суброгація) з

усіма існуючими дефектами – запереченнями боржника, у тому числі із строком позовної давності, що минув [6, с. 98, 99].

Отже, регрес і суброгація з економічної точки зору призводять до одного й того ефекту. А з юридичної точки зору регрес пояснити легше, ніж суброгацію, бо виконання зобов'язання (самим боржником чи третьою особою) повинно мати наслідком його припинення. При регресі так і відбувається, платник отримує право вимоги в новому зобов'язанні. При суброгації, навпаки, зобов'язання не припиняється, а платник займає місце кредитора в існуючому правовідношенні, тобто законодавець вдається до юридичної фікції.

Аналіз літератури [1, с. 22–91; 3, с. 119–132; 4, с. 740–745; 5, с. 229–243; 6, с. 91–101; 7, с. 76, 77;] дозволяє охарактеризувати різницю в практичних наслідках цих двох явищ. Оскільки при *суброгації* нове зобов'язання не утворюється, то, по-перше, новий кредитор може скористатися всіма забезпеченнями, що були в зобов'язанні, та всіма процентами на суму боргу, які продовжують обчислюватися; по-друге, права переходять не тільки із певними гарантіями, а й з вадами. Наприклад, продовжується сплив позовної давності, боржник може заявляти кредитору всі заперечення, навіть ті, які були пов'язані з попереднім кредитором; по-третє, предмет зобов'язання залишається тим самим і новий кредитор може вимагати лише те, що він сплатив, якщо інше не впливає з відносин між сторонами; по-четверте, порядок виконання зобов'язання теж має залишатися. Наприклад, солідарне зобов'язання не має змінюватися на часткове, якщо інше не вказано у законі чи впливає із домовленості сторін.

Із того, що *регресне зобов'язання* є новим зобов'язанням, по-перше, припиняються всі забезпечення, що були в основному зобов'язанні, припиняється обчислення процентів на суму боргу тощо; по-друге, нове право не має вад, які були в основному зобов'язанні. Наприклад, строк позовної давності, який минув у основному зобов'язанні, не враховується до позовної давності за регресним зобов'язанням. Крім того, боржник втрачає право заявляти до кредитора в регресному зобов'язанні заперечення, що належали йому в основному зобов'язанні; по-третє, в новому зобов'язанні предмет також новий. Як правило, це гроші; по-четверте, порядок виконання зобов'язання відрізняється від того, який був в основному зобов'язанні. Тому, наприклад, не потрібно додатково обґрунтовувати, чому колишній солідарний боржник може вимагати від решти боржників розрахунку не солідарно, а у відповідних частках.

Навряд чи відповідають чинному законодавству вислови: «в разі виконання зобов'яз-

зання одним із солідарних боржників, нового зобов'язання не виникає, змінюється лише особа кредитора, отже, наприклад, забезпечення виконання, які були надані іншими боржниками, залишаються та можуть забезпечувати виконання такими боржниками вже зобов'язку перед тим боржником, який здійснив виконання кредитором» (А. Ярема, В. Карабань). Але слід визнати, що така позиція відповідає сучасним тенденціям розвитку європейського законодавства. У статті 10:106 (2) Принципів європейського договірної права, яка називається «Право регресу солідарних боржників», вказується, що солідарний боржник, який передав кредитором більше своєї частки, може за умови дотримання переважних прав та інтересів кредитора здійснювати права кредитора та діяти як кредитор, включаючи додаткові способи забезпечення виконання зобов'язань, щоб стягнути надміру виконане з будь-якого з інших боржників у розмірі невиконаної частки кожного боржника. Таким чином, незважаючи на назву «регрес», солідарний боржник фактично отримує права кредитора в цьому ж зобов'язанні, а нове зобов'язання не утворюється. Оскільки зобов'язання не припиняється, залишаються чинними всі права, що забезпечували його виконання. За своєю суттю такий перехід прав є суброгацією, хоча й має свої особливості. Зокрема, при звичайній суброгації право вимоги переходить не тільки з усіма забезпеченнями, а й з усіма вадами (наприклад, із тією давністю, яка сплила на момент його переходу). Проте відповідно до ст. 10:110 (b) Принципів європейського договірної права давність права вимоги не поширюється на право регресу за статтею 10:106.

Чи слід українському законодавцю запровадити аналогічні норми? Для відповіді потрібно проаналізувати, чому в українському законодавстві закріплена модель регресу. Наразі *регресний підхід можна вважати особливістю цивільного законодавства країн СНД*: ст. 542 ЦК України, ст. 325 ЦК РФ, ст. 306 ЦК Республіки Білорусь, ст. 509 ЦК Азербайджану. В Нідерландах, Франції, канадській провінції Квебек, Китаї, Швейцарії та Німеччині – суброгація. Німецькі автори іноді ведуть мову про регрес, але тут же вказують, що у французькому праві про це «урівняння відносин» говориться під іменем суброгації (Ф. Бернґефт, Й. Колер). Іншими словами, вони не вважають, що ці поняття суттєво різняться, а керуються практичною метою – забезпечити сприятливі умови для захисту прав боржника, який передав кредитором більше своєї частки.

На нашу думку, аналогічні міркування мають бути й у вітчизняного законодавця. Але це не значить, що суброгація – єдиний і най-

кращий засіб досягнення вказаної мети. Регрес теж має певні переваги:

- у новому зобов'язанні новий предмет – колишній солідарний боржник отримує від решти боржників саме гроші [6, с. 69];
- обчислення позовної давності починається з моменту виконання солідарного зобов'язання.

Законодавства, в яких закріплена суброгація, намагаються надати їй ті ж ознаки. Так, у ст. 6:12 (2) ЦК Нідерландів вказується, що при суброгації не грошове зобов'язання перетворюється на грошове. А завдяки вже згаданій ст. 10:110 (b) Принципів європейського договірної права давність права вимоги не поширюється на права боржника за ст. 10:106. Тобто розробники Принципів європейського договірної права зробили все, щоб суброгація набула «сильних» сторін регресу. Вважаємо, що українському законодавцю не обов'язково проходити той же шлях (встановлювати суброгацію та надавати їй ознак регресу). Можна використати всі існуючі переваги регресу, закріплені в ЦК України і зробити «крок назустріч» європейському законодавству: наділити регрес однією важливою перевагою суброгації. А саме – достатньо доповнити ч. 1 ст. 544 ЦК України таким реченням: «*При здійсненні права регресу боржник користується правами кредитора, які забезпечували виконання солідарного зобов'язання*». Цим реченням можна не доповнювати норми про поруку, яка є ще одним поширеним на практиці випадком солідарного зобов'язання. Бо перехід до поручителя прав забезпечення вже закріплено у чинній ч. 2 ст. 556 ЦК України. На відміну від загального правила про регрес (ч. 1 ст. 544 ЦК України), до поручителя, який виконав зобов'язання боржника, переходять усі права кредитора в цьому зобов'язанні, у тому числі ті, що забезпечували його виконання. Свого часу радянські вчені зазначали, що в поруці – один із наочних прикладів регресу [1, с. 153]. Деякі сучасні автори вважають так само [4, с. 744, 745]; є проміжна позиція – у поручителя вимога зворотна, але не називається регресною (А. Ярема, В. Карабань), проте більшість учених змінила свою точку зору на користь суброгаційного підходу [5, с. 235–243; 6, с. 98].

На нашу думку, це найбільш близький опис дійсних відносин сторін, хоча й не в усьому їм відповідає, бо поручитель виконує своє зобов'язання і не має права вибору – виконувати чи ні [3, с. 123]. Але він може виконувати і зобов'язання боржника в натурі. У цьому випадку є всі підстави вести мову про суброгацію [3, с. 130]. На перший погляд, є й інші суперечності. Проте вони легко пояснюються. По-перше, якщо поручитель зай-

має місце боржника, то він може вимагати лише виконання зобов'язання в натурі, а це не відповідає ні інтересам поручителя, ні відносинам на практиці – поручителі вимагають повернення сплачених кредиту сум. Але поручитель, зайнявши місце кредитора, внаслідок прострочення боржника може втратити інтерес у виконанні зобов'язання відповідно до його змісту і тому отримує право вимагати відшкодування збитків замість виконання [5, с. 239]. Щоб у подальшому не виникало непорозумінь, слід доповнити ч. 2 ст. 556 ЦК України таким реченням: «*Негрошові права кредитора, що переходять до поручителя, переводяться в грошові на еквівалентну суму*». По-друге, в процесуальних відносинах поручитель мав би ставати процесуальним правонаступником, чого на практиці немає. Щоб уникнути цього, російські суди вказують, що має місце регрес. Утім, слід погодитись із К. Переполькіною, що необхідно шукати інші підстави, наприклад, надавати поручителю право на окремий, новий позов, але не підміняти матеріально-правові відносини.

Правову природу вимог солідарних кредиторів до кредитора, який отримав повне виконання (*активна солідарність*), визначають дуже рідко. В основному цитуються положення ч. 4 ст. 542 ЦК України: солідарний кредитор, який одержав виконання від боржника, зобов'язаний передати належне кожному з решти солідарних кредиторів у рівній частці, якщо інше не встановлено договором між ними. Зрозуміло, що цьому обов'язку відповідає право решти солідарних кредиторів вимагати належного їм від кредитора, який отримав виконання. В літературі є поодинокі висловлювання, що це право є регресним (І. Новицький, Ю. Журавльова). На нашу думку, більш обґрунтована позиція, що це право не коректно називати регресним. Як вказує І. Тімуш, таку вимогу не можна назвати зворотною [4, с. 742, 743, 745], адже «ре-

гресна вимога ґрунтується на вині і пред'являється до осіб, які не виконали свій обов'язок». Тому цілком закономірно, що в ЦК України це право не отримало назви «регрес». Утім, воно має реалізуватися в рамках нового зобов'язання, що виникає вже між колишніми співкредиторами. Колишні солідарні кредитори, на відміну від боржників, не повинні користуватися забезпеченнями, які існували щодо солідарного зобов'язання, бо останні вже виконали своє призначення (солідарна вимога вже задоволена).

Таким чином, при пасивній солідарності право боржника, який виконав більше своєї частки, за природою є регресним. У деяких «нетипових» солідарних зобов'язаннях (порука) закон закріплює перехід до солідарного боржника (поручителя) у порядку суброгації. При активній солідарності більш обґрунтована позиція, що право вимоги до кредитора, який отримав повне виконання зобов'язання, не коректно називати регресним. Воно повинно реалізуватися в рамках нового зобов'язання, яке виникає вже між колишніми співкредиторами.

Список використаних джерел

1. Новицький І. Б. Регресные обязательства между социалистическими хозяйственными организациями. – М., 1952. – 184 с.
2. Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. – Варшава, 1872. – 302 с.
3. Кот О. О. Перехід прав кредиторів: Історія. Теорія. Законодавство. – К., 2002. – 160 с.
4. Аномалії в цивільному праві України. – К., 2007. – 912 с.
5. Михальнюк О. В. Порука у цивільному праві: теорія та практика. – К., 2008. – 268 с.
6. Белов В. А. Суброгация // Очерки по торговому праву / Под ред. Е. А. Крашенинникова. – Ярославль, 2000. – Вып. 7. – С. 91–101.
7. Сарбаш С. В. Обязательства с множественностью лиц и особенности их исполнения. – М., 2004. – 112 с.

Стаття надійшла до редакції 16.05.2013 р.

This paper defines legal nature of a claim of a solidary creditor who has received full execution of an obligation, and a claim of a solidary debtor who has fully performed obligation. The author analyzes the views of various scholars, compares the provisions of Ukrainian and foreign legislation, makes a conclusion separately for active and passive solidary obligations.

В статті определяется правовая природа требования к кредитору, который получил полное исполнение по солидарному обязательству, и требования должника, полностью выполнившего солидарное обязательство, анализируются точки зрения разных ученых, сравниваются положения украинского и зарубежных законодательств относительно активного и пассивного солидарного обязательства.



УДК 347.447.54

Катерина Шкрібляк,здобувачка кафедри правосуддя
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ОДНОСТОРОННІ ПРАВОЧИНИ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ ЯК ФОРМА ЗАДОВОЛЕННЯ ОХОРОНЮВАНИХ ЗАКОНОМ ІНТЕРЕСІВ

У статті аналізуються односторонні правочини у цивільному праві України: як підстава виникнення цивільних прав, а в окремих випадках обов'язків, упередження можливості зловживань і нав'язування зобов'язань.

Ключові слова: вчинок, правочин, односторонній правочин.

На рівні презумпції визначено, що цивільні права й обов'язки виникають із дій осіб, які передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права й обов'язки (ч. 1 ст. 11 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України). Такий підхід наразі є виправданим, оскільки запобігає нав'язуванню цивільних прав і, передусім, обов'язків, зокрема, шляхом учинення односторонніх правочинів. Разом із тим цивільне законодавство, визнавши такі правочини як волевиявлення однієї із сторін, залишило «шпаринки» для зобов'язувань, чим користуються недобросовісні фігуранти, які зловживають своїм правом.

Проблематика односторонніх правочинів досліджувалась О. Дзєрою, І. Жилінковою, Н. Кузнецовою, Р. Майдаником, О. Глото-вою, І. Калаур, В. Кучер, Н. Хатнюк, В. Фроловим, Л. Єсиповою й ін.

Мета цієї статті полягає в розкритті механізму регулювання односторонніх правочинів у цивільному законодавстві України.

У частині 2 ст. 11 ЦК України законодавець серед підстав виникнення цивільних прав та юридичних обов'язків на перше місце вивів договори й інші правочини. Слід зазначити, що договори є двохсторонніми правочинами, отже, іншими правочинами є ті, що не підпадають під ознаки договору. О. Дзєра вважає, що правочин «як юридичний факт є лише однією з підстав виникнення зміни та припинення цивільних правовідносин» [1, с. 170]. Специфіка односторонніх правочинів у тому, що вони не пов'язані з волевиявленням інших їх учасників і тут проявляється свобода їх учинення як волевиявлення лише однієї сторони. Зважаючи на логіку розвитку

правовідносин першим актом у гносеологічному та практичному плані є правочини з набуття прав.

Заслуговує на увагу та обставина, що при виникненні прав за правочином у однієї особи, вони припиняються для іншої. Це є певною проблемою, оскільки можна зобов'язати одностороннім правочином. Зокрема, заповітом із заповідальним відказом (статті 1237–1238 ЦК) можна зобов'язати спадкоємця вчинити певні дії навіть із своїм майном на користь вигодонабувача. Для забезпечення юридичної рівноваги інтересів передбачено, що інший односторонній правочин спадкоємця – прийняття спадщини.

Основна проблема вибору правонабувних односторонніх правочинів полягає в пошуку критеріїв вирішення односторонніх правочинів і вчинків. Для цього ми дотримуватимемося категорії інтересу як незабороненого домагання [2, с. 3]. Інтерес – явище, як правило, суб'єктивне й об'єктивно обумовлене – пов'язане з буттям предмета і не зводиться до свідомості та волі. Вважається, що будь-яка потреба є потребою чого-небудь, унаслідок його нестатку для нормального існування людської особистості, соціальної групи, суспільства в цілому. Разом із тим учасник алеаторних правочинів [3, с. 92] може не зважати на можливі ризики. Те, чим може бути задоволена потреба, є предметом її задоволення. Об'єктивно існуюча орієнтація на створення та засвоєння предмета потреби й є охоронюваний інтерес.

Об'єктивний характер інтересів при здійсненні правочинів проявляється у тому, що: інтерес – категорія постійна; інтереси зумовлені потребами; зміст інтересів визначається особливостями предмета потреби; реалізація інтересів поєднана з подоланням існуючих перешкод, а матеріальних – як правило, з на-

явністю певних коштів. У об'єктивних інтересах виражена необхідність і об'єктивна доцільність вчинення суб'єктом певних дій. Зазвичай інтереси переходять у заінтересованість і визначають користь від правочину чи іншого вчинку.

Ми виходимо з того що: різниця між правочинами та вчинками як правомірними діями учасників цивільних правовідносин, з якими закон пов'язує певні юридичні наслідки незалежно від того, чи переслідували особи, які їх вчинили, певні юридичні наслідки чи ні, – досить незначна [1, с. 166]; ЦК України у ст. 11 вчинки як підставу виникнення цивільних прав та обов'язків не передбачені (вони винесені за рамки юридично-значимих фактів для цивільного законодавства); виготовлення речі для власних потреб і виробництво продукції – підстави для виникнення права власності; за такої конструкції зазначені вчинки виявляють усі ознаки правочинів, у тому числі односторонніх правочинів – спричиняють правові наслідки для особи, яка їх вчинила; у праві використовується правило про узагальнення й юридичну абстракцію; аналіз наукових досліджень, зокрема кримінально-правового спрямування, надає достатні підстави дистанціюватися від учинків, перш за все протиправних, і залишити їх на розгляд інших галузей права.

Залежно від того як реалізуються в конкретних учинках суб'єктів норми права й їх правові наслідки, вони поділяються на правомірні та правопорушення. *Правомірні вчинки* є суспільно корисними, відповідають правовим нормам і гарантуються державою. Особа, яка їх вчиняє належним чином виконує правові приписи за двох умов: об'єктивна та суб'єктивна. Перша зводиться до існування правових норм, що встановлюють правила поведінки, аде виконати можна лише існуючі правила, а друга – до усвідомлення своїх дій та юридичних наслідків, які мають стати результатами правомірної поведінки. Таким діям надається правове значення, якщо вони вчинені в установленій законом формі. Так чи інакше односторонній правочин є укладенням з моменту його вчинення у належній формі, якщо інше не передбачено законом або не випливає із суті одностороннього правочину.

Постатейний аналіз ЦК України дозволив виявити низку положень, в основу яких покладено односторонній правочин як підставу виникнення правовідносин: ч. 2 ст. 28 – набуття права на псевдонім; частини 2, 6 ст. 29 – вибір місця проживання фізичної особи; ч. 2 ст. 31 – набуття немайнових прав інтелектуальної власності; ч. 3 ст. 35 – набуття повної дієздатності через емансипацію звернення до батьків і до суду; ст. 58 та ч. 1 ст. 81 – заснування юридичної особи; ч. 1 ст. 78 – об-

рання помічника дієздатній особі, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права, виконувати обов'язки та подання заяви про його реєстрацію (п. 3 ч. 1 ст. 78); ст. 86 – здійснення підприємницької діяльності не підприємницькими товариствами нарівні з основною діяльністю, якщо інше не передбачено законом і якщо така діяльність відповідає меті, для якої вони були створені; ст. 87 – створення юридичної особи, для чого засновники вчиняють необхідні для цього правочини: отримання в установленому порядку дозволів на її створення, наділення її майном тощо; ч. 3 ст. 91 – здійснення окремих видів діяльності та набуття відповідних прав; ст. 93 – обирання місцезнаходження юридичної особи чи місцезнаходження керівного органу юридичної особи; ст. 95 – створення підрозділів юридичної особи, зокрема філій і представництв, видача доручень їх керівникам; ч. 1 ст. 98 – передача частини компетенції органу управління; ч. 4 ст. 124 – набуття права регресу; ст. 147 – внесення повністю частки у статутний фонд товариства з обмеженою відповідальністю; ст. 153 – створення акціонерного товариства державною юридичною особою; ст. 158 – встановлення привілейованих акцій; ст. 160 – створення наглядової ради господарського товариства; ст. 170 – набуття прав державою через свої органи; ст. 172 – набуття прав органами місцевого самоврядування; ст. 189 – вироблення продукції, здобуття плодів та одержання доходів, набуття на них права власності.

О. Дзера виходить з того, що не можуть розглядатися правочинами у розумінні ст. 202 ЦК виготовлення для власних потреб речі, споживання продуктів харчування, сама собою виробнича діяльність підприємства, оскільки вона, як правило, спрямована на досягнення конкретного економічного, а не юридичного результату і визнає, що фактичні дії (вчинки) інколи можуть породжувати певні цивільні права й обов'язки, наприклад право власності на новостворену річ [1, с. 170–171]. Якщо можна погодитися із правоприпиняючими вчинками, наприклад споживання продуктів харчування, як юридично байдужими, то цього не можна стверджувати про інші. Зокрема, такі ознаки має ст. 309 ЦК України – зайняття літературною, художньою, науковою та науково-технічною діяльністю і створення результатів творчої, інтелектуальної й іншої діяльності, набуття на них прав інтелектуальної власності. Хоча будівництво будинку, написання картини художником [4, с. 167] розглядаються у контексті вчинку як і в попередньому випадку, їх створення виявляє властивості одностороннього правочину. В іншому разі ми повинні б обґрунтувати введення у ч. 2 ст. 11 ЦК України вчинків як

підстав виникнення цивільних прав та обов'язків і усунути прогалину щодо них.

Проте законодавець слушно не надав вчинкам статусу підстави для виникнення цивільних прав та обов'язків: ст. 310 ЦК України – вибір місця проживання фізичної особи та набуття всіх прав, які пов'язані з таким правочином; ст. 319 ЦК України – право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону; ст. 329 ЦК України – набуття права власності добросовісним набувачем у разі відчуження майна особою, яка не мала на це права; ст. 331 ЦК України – набуття права власності на новостворене майно; ст. 332 ЦК України – набуття права власності на перероблену річ; ст. 333 ЦК України – привласнення загальнодоступних дарів природи. Ці односторонні дії є односторонніми правочинами або є такими, що містять основні їх властивості й ознаки чи є «квазі» правочинами. До них можна віднести: рішення учасника юридичної особи про її припинення; заява учасника товариства з обмеженою відповідальністю про вихід із товариства; видача та скасування довіреності; одностороннє набуття права власності відповідно до закону (наприклад, заволодіння дарами природи) або відмова від права власності; відмова від переважного права купівлі частки у спільній частковій власності; створення літературного, художнього й іншого твору; згода автора на використання твору; дії з виконання договірних зобов'язань, у тому числі шляхом внесення боргу в депозит нотаріуса; дії щодо притримання речі; одностороння відмова від договору; гарантія, вчинена особою односторонньо у формі гарантійного листа; публічна обіцянка винагороди або нагороди за результатами конкурсу; вчинення дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення; заповіт; заява про прийняття спадщини або відмову від неї.

Сімейний кодекс (далі – СК) України також передбачає дії з ознаками одностороннього правочину, зокрема надання одним із подружжя згоди другому на укладення договору, який потребує нотаріального посвідчення і (або) державної реєстрації (ст. 65), яка до того потребує нотаріального посвідчення, відмова подружжя від шлюбного договору (ст. 101).

Закон встановив припис виникнення зобов'язань із зберігання спадкового майна, що реалізуються у двох основних формах:

- заходи охорони можуть вживатися з метою збереження спадкового майна до прийняття спадщини спадкоємцями нотаріусом за місцем відкриття спадщини, а у населених пунктах, де немає нотаріуса, – відповідними органами місцевого самоврядування за власною ініціативою або за заявою спадкоємців

(ст. 1283 ЦК). Якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання його в належному стані, нотаріус (відповідний орган місцевого самоврядування) за відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладає договір на управління спадщиною з іншою особою (ст. 1285 ЦК);

- охоронні заходи можуть вживатися виконавцем заповіту, визначеним заповідачем, а якщо такий не визначений заповідачем – виконавцем, призначеним за ініціативою спадкоємців, або виконавцем, призначеним нотаріусом за місцем відкриття спадщини, якщо заповідач не призначив виконавця заповіту або виконавець відмовився від виконання заповіту чи був усунутий від його виконання і цього вимагають інтереси спадкоємців (статті 1286, 1287, 1288 ЦК).

Статтею 1290 ЦК визначаються повноваження виконавця заповіту, серед яких, зокрема, передбачається його обов'язок вжити заходів щодо охорони спадкового майна, управляти спадщиною. Очевидно, що серед заходів охорони й управління спадщиною можуть бути також обов'язки щодо збереження майна. Повноваження виконавця заповіту посвідчуються документом, що видається нотаріусом за місцем відкриття спадщини. Можна припустити, що виконавець заповіту може безпосередньо здійснювати зазначені повноваження або укладати окремі договори з іншими особами на охорону.

В актах цивільного законодавства встановлені інші випадки обов'язкового зберігання. Встановлення правової природи зберігання товарів у митному режимі та підстави його виникнення мають практичне значення для правових наслідків незбереження чи належного збереження товарів. Митні органи, на складах яких зберігаються товари та транспортні засоби, несуть відповідальність за їх втрату або пошкодження в порядку, встановленому законом.

Поділ зберігання, іменованого в Законі України «Про державний матеріальний резерв» від 24.01.1997 р., відповідальним, на обов'язкове та добровільне зумовлює правову підставу зберігального зобов'язання. Так, у першому випадку юридичною підставою їх виникнення слугуватиме державне замовлення (планово-адміністративний акт) і договір, у другому – лише договір. Однак в обох випадках зберігачі вважатимуться відповідальними, а тому вони мають нести підвищену відповідальність, передбачену ст. 14 Закону України «Про державний матеріальний резерв». Такі договори, як правило, укладаються між Державним комітетом з державного матеріального резерву (далі – Держ-

комрезерв) і зазначеними зберігачами, після чого вони набувають спеціального статусу відповідальних зберігачів.

Правове становище відповідальних зберігачів набувається також у разі примусового виселення особи з житлового приміщення та передачі її речей на зберігання в камери зберігання чи на інше зберігання. Навіть якщо таке виселення провадиться з санкції суду, ми виходимо з того, що воно здійснюється на підставі одностороннього рішення власника житла чи уповноваженої ним особи.

Односторонні правочини характерні для спадкового права: складення заповіту – ст. 1233 ЦК; прийняття спадщини – ст. 1268 ЦК; відмова від прийняття спадщини – ст. 1273 ЦК тощо. Одностороннім правочином є і відмова від здійснення певних прав, наприклад права на спадкування.

Висновки

Односторонній правочин, спрямований на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків щодо інших осіб, спричиняє відповідні правові наслідки лише у разі його письмового оформлення та наступного схвалення цими особами, якщо інше не передбачено законом. Відповідно визнається юридично нелогічним положення ч. 3 ст. 202 ЦК України про можливість створення одностороннім правочинном обов'язків для ін-

ших осіб за умови домовленості між ними й особою, яка вчинила такий правочин, адже тут матимуть місце договірні відносини. У такому випадку є загроза покладення на цих сторін таких зобов'язань, які будуть для них обтяжливими та навіть загрожуватимуть порушенню їх суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів.

Для виникнення правових наслідків за одними з таких правочинів не потрібні інші юридичні факти, а для інших це є обов'язковою умовою. Зокрема, заповіт як правочин спричиняє правові наслідки з набуття спадкових прав заповідальним спадкоємцем лише за умови прийняття ним спадщини, тобто вчинення ще одного одностороннього правочину, але вже спадкоємцем. Таким чином, односторонні правочини мають свої особливості, що потребують деталізації в актах чинного законодавства.

Список використаних джерел

1. Цивільне право України: У 2 кн. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 2004. – Кн. 1. – 736 с.
2. Венедіктова І. В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2013. – 43 с.
3. Цивільне право України: У 6 т. / За ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора. – Х., 2008. – Т. 1. – 680 с.

Стаття надійшла до редакції 24.05.2013 р.

The article refers to unilateral transactions in civil law Ukraine: as the basis of civil rights, and in some cases, obligations prevent possible abuse and solicitation obligations.

В статтє анализируются односторонние сделки в гражданском праве Украины: как основание возникновения гражданских прав, а в отдельных случаях обязанностей, предупреждение возможности злоупотреблений и навязывания обязательств.



УДК 346.5

Сергій Наріжний,*здобувач Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва НАПрН України*

ЗАСТАВА ЯК СПОСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ ПЕРЕДАННЯ МАЙНА У ТИМЧАСОВЕ КОРИСТУВАННЯ

У статті аналізуються особливості застави як одного із речово-правових способів забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування.

Ключові слова: застава, договір найму (оренди), тимчасове користування майном, забезпечення виконання зобов'язань, права й обов'язки сторін, наймодавець, наймач, строк договору.

Договір – один із найунікальніших правових засобів, у межах якого інтерес кожної сторони може бути задоволений лише шляхом задоволення інтересу іншої сторони, а це, у свою чергу, породжує загальний інтерес сторін до укладення договору і, що не менш важливо, його належного виконання.

Поняття «договір про передання майна у тимчасове користування» є родовим поняттям щодо окремих видів найму (оренди) та найму (оренди) окремих видів майна, суть яких полягає у тому, що одна сторона (наймодавець) передає або зобов'язується передати іншій стороні (наймачеві) майно у користування на певний строк за плату або безоплатно, якщо йдеться про договір позики. Так, відповідно до ч. 1 ст. 759 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у користування за плату на певний строк.

До договорів, що визнаються окремими видами найму (оренди) й орендою окремих видів майна, відносяться договори: прокату, найму (оренди) земельної ділянки, найму будівлі або іншої капітальної споруди, найму (оренди) транспортного засобу, лізингу, оренди державного та комунального майна.

Зобов'язання сторін, що сформульовані в тому чи іншому договорі найму (оренди), передбачають належне та реальне їх виконання в установленний строк. Проте практика доводить, що будь-яке зобов'язання саме собою ще не гарантує виконання боржником необхідних дій на користь кредитора. Навіть при використанні кредитором заходів відповідальності щодо боржника в останнього може не знайтися необхідного для задоволення вимог майна. Для попереднього забезпечення майнових інтересів кредитора, отримання ним гарантії належного виконання зобов'язання,

а також із метою запобігання або зменшення розміру негативних наслідків, що можуть настати у випадку його порушення, використовуються спеціальні заходи забезпечувального характеру, передбачені законом або договором.

Серед правових засобів впливу на суб'єктів цивільно-правових відносин особливе місце посідають види забезпечення виконання зобов'язання. Згідно із ст. 546 ЦК України виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. До відносин щодо забезпечення виконання зобов'язань учасників господарських відносин, як впливає з ч. 1 ст. 199 Господарського кодексу (далі – ГК) України, застосовуються відповідні положення ЦК України.

Метою цієї статті є встановлення особливостей застави як одного із речово-правових способів забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування.

Починаючи з римського права, застава законодавчо закріплена у правових нормах усіх держав. Історія розвитку заставних відносин свідчить про значущість застави як запобіжного, стимулюючого стабільність і стійкість ринкових відносин способу забезпечення виконання зобов'язань. Так, відповідно до ст. 572 ЦК України в силу застави кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом. Особливістю застави є виділення з метою забезпечення виконання зобов'язання реально існуючого майна та встановлення

на нього того чи іншого права кредитора, тобто речовий характер забезпечення.

Загалом речово-правові способи забезпечення виконання зобов'язань, до яких відносяться і застава, при належному законодавчому регулюванні мають найбільшу привабливість для учасників обороту, хоч і не володіють такою універсальністю, як гарантії третіх осіб. Для їх застосування необхідний факт передання за договором майна, на яке може бути встановлене право власності, або наявність у боржника майна, на яке може бути накладено забезпечувальне обмеження. З позиції боржника такі способи вигідні їх відносною дешевизною і за умови збереження володіння та користування предметом забезпечення дають йому помітну вигоду. Основна незручність боржника полягає в помітному обмеженні можливості розпорядження предметом забезпечення. Для кредитора привабливість речово-правового забезпечення полягає в самому факті існування забезпечувального майна від моменту укладення договору до його повного виконання. І чим стабільніше це майно з економічної точки зору, тим упевненіше почуває себе кредитор. Тому найбільшою перевагою користуються земельні ділянки, як менш піддані різким змінам цін або істотним пошкодженням, що впливають на їх вартість. Кредитор серйозно ризикує тільки в разі загибелі предмета забезпечення, в інших випадках він відносно впевнений в мінімізації втрат від невиконання боржником свого зобов'язання [1, с. 8].

Серед практичних переваг застави як способу забезпечення виконання зобов'язань можна виділити: можливість кредитора оцінити вартість забезпечення ще на стадії виникнення зобов'язання для того, щоб згодом задовольнити вимоги, які виникають, у повному обсязі; відносна оперативність задоволення вимог кредитора за рахунок вартості заставленого майна; можливість утримання кредитором предмета застави, на відміну від його реалізації й отримання кредитором грошового відшкодування [2, с. 4].

Стаття 575 ЦК України передбачає окремі види застав, серед яких: іпотека – застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи; заклад – застава рухомого майна, що передається у володіння заставодержателя або за його наказом у володіння третій особі.

Предметом застави, згідно із ст. 576 ЦК України, може бути будь-яке майно (зокрема річ, цінні папери, майнові права), що може відчужуватися заставодавцем і на яке може звертатися стягнення, а також майно, яке заставодавець набуває після виникнення застави (майбутній урожай, приплід худоби тощо). Права заставодержателя (право застави) на

річ, яка є предметом застави, поширюються на її приналежності, якщо інше не встановлено договором, а також на плоди, продукцію та доходи, одержані від використання заставленого майна, у випадках, встановлених договором.

Предметом застави не можуть бути національні, культурні й історичні цінності, що є об'єктами права державної власності та занесені або підлягають занесенню до Державного реєстру національної культурної спадщини, а також вимоги, які мають особистий характер, інші вимоги, застава яких заборонена законом (частини 4, 5 ст. 576 ЦК України).

Відповідно до ч. 2 ст. 760 ЦК України предметом договору найму (оренди), нарівні з іншим, можуть бути майнові права. Застава майнових прав стала можливою в Україні із прийняттям Закону України «Про заставу» від 02.10.1992 р., відповідно до ст. 4 якого майнові права можуть, як і речі, використовуватися для заставного забезпечення належного виконання зобов'язань між сторонами.

Майнові права, що можуть бути предметом застави, класифікують на: права грошової вимоги; права користування; окремі види корпоративних прав (зокрема, право на частку в статутному капіталі товариства з обмеженою відповідальністю); окремі речові права на чужі речі (зокрема, право заbudови земельної ділянки (суперфіції) [3, с. 5].

Кожне конкретне майнове право для можливості передання його у заставу має відповідати певним критеріям: належність майнового права заставодавцю на законних підставах, майнова цінність («товарність») такого майнового права, можливість його відчуження та звернення стягнення на нього (оборотоздатність). Вважаємо за доцільне нормативно закріпити у Законі України «Про заставу» вказівку на можливість застави майнових прав, що виникають із договору найму (оренди), зокрема прав наймача (орендаря) щодо користування орендованим майном.

Як правило, підставою виникнення забезпечувальних правовідносин є договір. У випадку з заставою має місце консенсуальний договір між кредитором і забезпечуючою стороною. Такий договір укладається на користь не тільки кредитора, а й третьої особи – боржника за основним зобов'язанням. Забезпечувальний договір укладається в письмовій формі, недотримання якої тягне її недійсність. Так, ч. 1 ст. 13 Закону України «Про заставу» вказує на обов'язковість укладення договору застави в письмовій формі. При цьому письмова форма може бути як простою, так і з обов'язковим нотаріальним посвідченням. Нотаріальне посвідчення договору застави на підставі відповідних правоустановчих документів вимагається законодавством у ви-

падках, коли предметом застави є нерухоме майно, транспортні засоби, космічні об'єкти.

Практика свідчить, що існують договори, які, маючи ознаки застави, як правило, укладаються в усній формі. Йдеться про договори, що укладаються одночасно з укладенням договорів майнового найму (зокрема, прокату). Такі договори є забезпечувальними щодо договорів прокату та містять усі ознаки договорів застави. Так, специфіка договору прокату як одного з видів договорів про передавання майна у тимчасове користування полягає в тому, що такий договір укладається в усній формі, крім випадків, коли типові договори вимагають укладення його у письмовій формі. Організація прокату видає письмовий документ, наприклад квитанцію.

Надання предметів прокату, зокрема, на пляжах, катках, лижних станціях, у парках і зонах відпочинку може здійснюватися під грошову заставу, розмір якої визначає наймодавець. Застава стягується у вигляді грошової суми у розмірі, як правило, не менше вартості предмета прокату. У випадку, коли майно, взяте на прокат, не повернуто, організація прокату має право звернути стягнення на грошову суму, внесену наймачем у вигляді застави. Стягнення застави при одержанні предмета прокату фактично звільняє наймача від обов'язку повернути цей предмет наймачеві, а наймодавець у цьому випадку позбавляється права вилучення виданого на прокат майна у примусовому порядку.

Разом із тим вилучення застави не позбавляє наймача права повернути наймачеві в установленний строк одержане від нього майно. При своєчасному поверненні майна наймодавець зобов'язаний повернути наймачеві грошову заставу з утриманням із нього вартості прокату. Іншими словами, передання наймачеві з боку наймача певної суми грошей має всі ознаки застави – вона укладається на забезпечення виконання зобов'язання за основним договором – договором майнового найму.

На нашу думку, вимога українського законодавства про обов'язкову письмову форму всіх без винятку договорів застави не відповідає суті правовідносин, що склалися, зокрема, при укладенні договорів прокату. Тому доцільно було б внести зміни до законодавства, якими передбачити, що договори застави повинні укладатися в письмовій формі в разі, якщо вартість предмета застави перевищує певну суму. Така норма спростить укладення договорів застави, якими забезпечується виконання зобов'язань із повернення предметів договорів прокату (відеокасет, компакт-дисків тощо), усуне порушення законодавства, що має місце на сьогодні у договірній практиці.

Якщо майно, що є предметом застави, вилучається у заставодавця на тій підставі, що насправді власником цього майна є інша особа, застава такого майна припиняється, а заставодержатель має право вимагати дострокового виконання забезпеченого заставою зобов'язання.

Так, постановою Вищого господарського суду України від 07.10.2009 р. у справі за позовом ВАТ «Кредитпромбанк» до ВАТ «Агромаш» та ТОВ «Древекспорт-2007» про визнання недійсним договору оренди від 04.01.2008 р. встановлено, що рішенням господарського суду Житомирської області від 31.07.2008 р. у позові ВАТ «Кредитпромбанк» до ВАТ «Агромаш» та ТОВ «Древекспорт-2007» про визнання недійсним договору оренди від 04.01.2008 р. відмовлено.

Постановою Житомирського апеляційного господарського суду від 09.04.2009 р. скасовано рішення господарського суду Житомирської області від 31.07.2008 р. та прийнято нове рішення, яким визнано недійсним договір оренди від 04.01.2008 р.

Житомирський апеляційний господарський суд установив, що:

між ВАТ «Агромаш» (заставодавцем) та ВАТ «Кредитпромбанк» (заставодержателем) укладені договори застави, згідно з п. 1.1 яких, заставодавець передає у забезпечення власних зобов'язань за кредитним договором, а заставодержатель приймає у заставу майно;

перелік заставного майна погоджено сторонами в додатках до договорів застави та, зокрема, в договорі застави;

відповідно до пунктів 3.1.3 та 3.1.4 договорів застави заставодавець зобов'язався не вчиняти дій, пов'язаних як із зміною права власності на майно, так і з передачею майна третім особам без письмової згоди заставодержателя;

04.01.2008 р. між ВАТ «Агромаш» та ТОВ «Древекспорт-2007» укладено договір оренди, згідно з п. 3.1 якого орендодавець передає, а орендар приймає в строкове платне володіння та користування цілісний майновий комплекс;

перелік обладнання та нерухомого майна, що передається в оренду, вказано в додатку № 1, що є невід'ємною частиною договору; факт передачі майна за договором оренди підтверджується актом приймання – передачі від 19.03.2008 р., згідно з яким отримане в користування майно було повернуто; при цьому, в пункті 1.1 договору оренди сторони вказали, що вони є повністю повноважними та не мають відповідних обмежень і застережень щодо своїх повноважень по укладанню даного договору, а згідно з п. 2.1 договору орендодавець гарантував, що підписання та виконання цього договору, а також додатків до нього не призведе до порушення і не буде означати невиконання зобов'язань по будь-якому договору чи зобов'язанню, по якому орендодавець є стороною, чи будь-яким чином накладає на нього зобов'язання.

Приймаючи рішення про відмову в позові господарський суд Житомирської області виходив із того, що належного доказу укладення відповідачами договору оренди від 04.01.2008 р. у матеріалах справи не надано. Крім того, виходячи з положень договорів застави та норм чинного законодавства, позивач має право звернути стягнення на предмет застави, що і було вчинено позивачем. Натомість, чинним законодавством не передбачено визнання недійсним договору із зазначених позивачем підстав, оскільки за ст. 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені частинами 1–3, 5, 6 ст. 203 ЦК. Іншими словами, навіть за умови доведення належними доказами тверджень позивача щодо факту укладення договору відповідачами, такий договір є нікчемним із дня його укладення.

Вищий господарський суд України дійшов висновку, що прийнята у справі постанова Житомирського апеляційного господарського суду є такою, що відповідає даним вимогам (постанова від 07.10.2009 р. № 12/56-Д). Так, Житомирський апеляційний господарський суд, проаналізував перелік майна, визначений в іпотечному договорі від 18.08.2006 р., договорах застави, специфікації до договору оренди від 04.01.2008 р. і в акті приймання-передачі від 19.03.2008 р., та встановив, що в оренду передавалося майно, яке вже було передано ВАТ «Агромаш» в іпотеку та заставу ВАТ «Кредитпромбанк». При цьому, договір оренди від 04.01.2008 р. укладено між ВАТ «Агромаш» та ТОВ «Древекспорт-2007» без згоди ВАТ «Кредитпромбанк» як іпотекодержателя та заставодержателя. З огляду на це, Вищий господарський суд України підтримав висновок апеляційного господарського суду про наявність підстав для визнання договору оренди недійсним.

Стаття надійшла до редакції 13.05.2013 р.

The paper analyzes the characteristics of the pledge as a proprietary-legal means to enforce contractual obligations on the transfer of property for temporary use.

В статье анализируются особенности залога как одного из вещно-правовых способов обеспечения исполнения договорных обязательств по передаче имущества во временное пользование.

Висновки

Інститут застави помітно вирізняється серед можливих способів забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування, передбачених гл. 49 ЦК України і вважається одним із найнадійніших способів запобігання негативним наслідкам, викликаним невиконанням або неналежним виконанням боржником прийнятих на себе зобов'язань. На нашу думку, це пов'язано, насамперед, із тим, що застава майна боржника забезпечує наявність і збереження цього майна на той момент, коли боржнику доведеться розраховуватися з кредитором; при цьому вартість майна зростатиме пропорційно рівню інфляції. Крім того, застава майна боржника забезпечує кредитору-заставодержателю можливість задовольнити свої вимоги на предмет застави перед іншими кредиторами. І, нарешті, реальна небезпека втрати майна в натурі (а предметом застави є, як правило, особливо цінне, швидколіквідне майно) є непоганим стимулом для боржника виконати свої зобов'язання належним чином.

Список використаних джерел

1. Еремичев Н. Е. Способы обеспечения договорных обязательств: национально-правовое и международно-правовое регулирование: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004.
2. Стенина Н. П. Правовые проблемы залога как способа обеспечения исполнения кредитных обязательств в предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009.
3. Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення виконання зобов'язань: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2007.



УДК 347.61/.64 (477)

Тетяна Кійко,*ад'юнкт кафедри цивільного права та процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ЗАХИСТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ БАТЬКІВ ПРИ ВИРІШЕННІ ПИТАНЬ ЩОДО ВИХОВАННЯ, СПІЛКУВАННЯ ТА ВИЗНАЧЕННЯ МІСЦЯ ПРОЖИВАННЯ ДИТИНИ

У статті досліджуються проблемні питання захисту особистих немайнових прав батьків при вирішенні питань щодо виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини, розглядаються способи захисту сімейних прав та інтересів, що закріплені СК України, які можна застосувати у випадках порушення або обмеження особистих немайнових прав батьків на виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини.

Ключові слова: захист особистих немайнових прав батьків, право на виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини, інтереси дитини.

Актуальність теми статті визначається тим, що при роздільному проживанні батьків виникають спірні питання щодо виховання, визначення місця проживання та спілкування з дитиною, що, у свою чергу, може обмежувати чи порушувати особисті немайнові права батьків. У такому випадку виникає право на захист, що може бути реалізоване через передбачені законом способи захисту, які батьки (один із них) можуть обрати, звернувшись до уповноважених органів.

У юридичній літературі відсутні комплексні монографічні дослідження, присвячені проблемам захисту особистих немайнових прав батьків. Ученими-фахівцями з сімейного права (З. Ромовською, І. Жилінковою, О. Левицьким, М. Старосельцевою) проводилися лише поодинокі наукові розвідки особистих немайнових прав батьків, а також захисту відповідних прав дітей.

Метою цієї статті є аналіз і дослідження правової природи захисту особистих немайнових прав батьків щодо виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини.

Сімейним кодексом (далі – СК) України закріплено низку особистих немайнових прав батьків, серед яких визначальне місце посідають права щодо виховання, спілкування та визначення місця проживання дитини (статті 151, 153, 160). Однак ці права нерідко порушуються одним із батьків у випадках їх окремого проживання, наприклад, у разі виїзду за кордон, позбавлення волі, тяжкої

хвороби, розірвання шлюбу тощо. Окреме проживання батьків неминує веде до фактичного обмеження особистих немайнових прав того з батьків, хто живе окремо від дитини. Особисті немайнові права можуть порушуватися також і іншими особами. В усіх цих випадках у батьків виникає право на юрисдикційний (позасудовий або судовий) захист їх особистих немайнових прав.

Законодавство України передбачає, що батьки володіють рівними правами щодо дитини. Розірвання шлюбу між батьками, проживання їх окремо від дитини не впливає на обсяг їх прав і не звільняє від обов'язків щодо дитини (ст. 141 СК України). Тому при виникненні спірних ситуацій та при здійсненні захисту особистих немайнових прав батьків щодо визначення місця проживання дитини, виховання та спілкування з нею уповноваженим органам необхідно враховувати інтереси дитини та інші фактори.

Відповідно до ч. 2 ст. 157 СК України той із батьків, хто проживає окремо від дитини, зобов'язаний брати участь у її вихованні та має право на особисте спілкування з нею. Ця правова норма закріплює обов'язок, а не право, щодо виховання дитини. Однак, враховуючи ч. 2 ст. 141 СК України, це не впливає на обсяг прав батька (матері), який (яка) проживає окремо. Так, ч. 3 ст. 157 СК України передбачено, той із батьків, з ким проживає дитина, не має права перешкоджати тому з батьків, хто проживає окремо, спілкуватися з дитиною та брати участь у її вихованні, якщо таке спілкування не перешкоджає нормальному розвитку дитини.

Як зазначає О. Левицький, праву того з батьків, хто проживає окремо від дитини, кореспондує обов'язок того, з ким проживає дитина, не чинити йому перешкод у здійсненні свого права [1, с. 63].

На жаль, відомо чимало випадків, коли після розлучення один із батьків перешкоджає іншому, що проживає окремо від дитини, бачитися з нею, спілкуватися тільки для того, щоб звести рахунки, помститися як колишньому подружжю. Закон не передбачає переваг прав того з батьків, що проживає спільно з дитиною, як і переваг прав іншого з батьків, що проживає окремо від дитини, у відносинах із здійснення батьківських прав. У виняткових випадках, коли спілкування дитини з окремо проживаючим батьком (матір'ю) може завдати шкоди дитині, суд вправі відмовити батькові (матері) в задоволенні позову про визначення його участі у вихованні дитини, виклавши мотиви прийнятого рішення [2, с. 147–148]. Т. Євдокимова вважає, що це рішення не перешкоджає батькові (матері) пред'явити новий аналогічний позов, якщо після винесення рішення змінилися обставини, наприклад, налагоджений контакт із дитиною, змінилася в кращу сторону поведінка самого батька (матері), що проживає окремо від дитини [3, с. 154].

Новий позов пред'являється та розглядається судом без скасування попереднього рішення, але суд повинен перевірити, чи дійсно так змінилися обставини, що спілкування з дитиною відповідає її інтересам і не може завдати їй шкоди. Відмову суду у визначенні порядку спілкування з дитиною батька (матері), що проживає окремо від неї, слід розглядати як відмову у захисті батьківських прав певним способом, що, у свою чергу, за характером правових наслідків аналогічно обмеженню батьківських прав [2, с. 149].

Якщо у того з батьків, кому відмовлено у задоволенні позову щодо участі у вихованні дитини, змінилися певні обставини, з яких йому (їй) було відмовлено, він (вона) може повторно звернутися до суду з позовом про зміну попереднього рішення, обравши такий спосіб захисту, як зміна правовідношення (п. 7 ч. 2 ст. 18 СК України). Якщо ж певні обставини, що можуть зашкодити дитині, не змінилися, і той із батьків, кому було відмовлено у позові, ухиляється від виконання рішення суду, інший із батьків, звернувшись до суду з позовом про усунення таких перешкод, обирає такий спосіб захисту, як припинення дій, які порушують сімейні права (п. 4 ч. 2 ст. 18 СК України). Таким чином, будь-яке перешкоджання брати участь у вихованні дитини буде порушувати права того з батьків, хто проживає окремо, крім випадків, коли така участь може зашкодити дитині та даватиме

останньому право звернутися за захистом до органу опіки та піклування з проханням визначити способи участі у вихованні дитини або до суду з позовом про усунення таких перешкод чи визначення способів участі у вихованні дитини.

У силу ст. 158 СК України за заявою матері, батька дитини орган опіки та піклування визначає способи участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею того з батьків, хто проживає окремо. Рішення про це орган опіки та піклування постановляє на підставі вивчення умов життя батьків, їх ставлення до дитини, інших обставин, що мають істотне значення. Рішення органу опіки та піклування є обов'язковим до виконання. Особа, яка ухиляється від виконання рішення органу опіки та піклування, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини. У даному випадку застосовується спосіб захисту сімейних прав, що передбачений п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України (відшкодування матеріальної та моральної шкоди).

Той із батьків, хто проживає окремо, має право звернутися до суду (без попереднього звернення до органів опіки та піклування) для усунення перешкод у спілкуванні з дитиною та визначення способів участі у її вихованні. Так, відповідно до ст. 159 СК України якщо той із батьків, з ким проживає дитина, чинить перешкоди тому з батьків, хто проживає окремо, у спілкуванні з дитиною та її вихованні, зокрема якщо він ухиляється від виконання рішення органу опіки та піклування, другий із батьків має право звернутися до суду з позовом про усунення цих перешкод. Суд визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини (періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо), місце та час їх спілкування. В окремих випадках, якщо це викликано інтересами дитини, суд може обумовити побачення з дитиною присутністю іншої особи.

Частина 2 ст. 159 СК України доповнена абзацом 3 згідно із Законом від 21.05.2009 р. № 1397-VI, а саме: під час вирішення спору щодо участі одного з батьків у вихованні дитини береться до уваги ставлення батьків до виконання своїх обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я й інші обставини, що мають істотне значення, у тому числі стан психічного здоров'я одного з батьків, зловживання ним алкогольними напоями або наркотичними засобами. За заявою заінтересованої сторони суд може зупинити виконання рішення органу опіки та піклування до вирішення спору (ч. 3 ст. 159 СК України).

У разі ухилення від виконання рішення суду особою, з якою проживає дитина, суд за заявою того з батьків, хто проживає окремо, може передати дитину для проживання з ним (ч. 4 ст. 159 СК України). Отже, той із батьків, хто проживає окремо, у випадках, коли інший з батьків чинить перешкоди щодо участі у вихованні дитини, може обрати такі способи захисту, як відновлення правовідношення, що існувало до порушення права та/або припинення дій, які порушують сімейні права (підпункти 4, 5 ч. 2 ст. 18 СК України), звернувшись до уповноважених органів із проханням визначити способи участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею або усунути такі перешкоди (статті 158–159 СК України).

Особа, яка ухиляється від виконання рішення суду, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини (ч. 5 ст. 159 СК України). В такому випадку застосовується спосіб захисту сімейних прав, передбачений п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України.

Непоодинокими є випадки, коли батьки не можуть дійти згоди не тільки щодо участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею, а й з приводу того, з ким із них проживатиме малолітня дитина. Адже місце проживання дитини, яка не досягла 10 років, визначається за згодою батьків; місце проживання дитини, яка досягла 10 років, – за спільною згодою батьків і самої дитини; місце проживання дитини, яка досягла 14 років, – нею самою (ст. 160 СК України).

Відповідно до частин 1, 2 ст. 161 СК України, якщо мати та батько, які проживають окремо, не дійшли згоди щодо того, з ким із них проживатиме малолітня дитина, спір між ними може вирішуватися органом опіки та піклування або судом. Під час вирішення спору щодо місця проживання малолітньої дитини беруться до уваги ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я та інші обставини, що мають істотне значення. Орган опіки та піклування або суд не можуть передати дитину для проживання з тим із батьків, хто не має самостійного доходу, зловживає спиртними напоями або наркотичними засобами, своєю аморальною поведінкою може зашкодити розвитку дитини.

Деякі вчені вважають, що судовий розгляд такого спору можливий за таких умов: батьки проживають окремо (якщо місце проживання батьків збігається, звернення до суду є передчасним); спір ведеться щодо малолітньої дитини (місце проживання неповнолітньої дитини не є предметом судового розгляду не лише тому, що вона сама має

право визначитися щодо цього, а й тому, що рішення суду виконати примусово неможливо); дотримання особливої досудової процедури розгляду такого спору, яка має на меті досягнення домовленості [4, с. 367].

У судовій практиці трапляються випадки, коли місце проживання малолітньої дитини визначається за місцем проживання матері. Це відповідає принципу 6 Декларації про права дитини від 20.11.1959 р.: малолітня дитина не повинна, крім випадків, коли є виключні обставини, бути розлучена з матір'ю. Хоча судовій практиці відомі випадки залишення дитини з батьком, якщо її мати своєю поведінкою створює загрозу для нормального психічного розвитку дитини (враховується ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини, стан її здоров'я). Іноді відповідач – мати неповнолітньої особи навіть не заперечує проти задоволення такого позову.

Предметом спору може бути місце проживання кількох дітей, і тоді суду доводиться вирішувати проблему можливого їх «поділу» між батьками. Наскільки це можливо і чи потрібно – складні питання, відповідь на які мала б бути одержана з урахуванням великого значення для формування психічного здоров'я дитини, наявності поруч брата чи сестри як товариша, як помічника, як захисника [4, с. 367].

Одним із способів вирішення питання визначення місця проживання дитини при розірванні шлюбу або окремому проживанні батьків, є укладення договору із зазначенням усіх батьківських прав і виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини [5].

У разі розірвання шлюбу за взаємною згодою подружжя, яке має дітей, в порядку окремого провадження, укладення такого договору є обов'язковим (ст. 109 СК України). Так, ч. 4 ст. 157 СК України закріплено, що батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав і виконання обов'язків тим із них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. Той із батьків, хто проживає з дитиною, у разі його ухилення від виконання договору зобов'язаний відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану другому з батьків. Тут також застосовується спосіб захисту сімейних прав, що передбачений п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України (відшкодування матеріальної та моральної шкоди).

Відповідно до ст. 162 СК України, якщо один із батьків або інша особа самочинно, без згоди другого з батьків чи інших осіб, з якими на підставі закону або рішення суду про-

живала малолітня дитина, або дитячого закладу (установи), в якому за рішенням органу опіки та піклування або суду проживала дитина, змінить її місце проживання, у тому числі способом її викрадення, суд за позовом заінтересованої особи має право негайно постановити рішення про відібрання дитини та повернення її за попереднім місцем проживання. Дитина не може бути повернута лише тоді, коли залишення її за попереднім місцем проживання створюватиме реальну небезпеку для її життя та здоров'я або обставини змінилися так, що повернення суперечить її інтересам. Особа, яка самочинно змінила місце проживання малолітньої дитини, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, з ким вона проживала. У даному випадку застосовуються способи захисту сімейних прав, що передбачені пунктами 5, 6 ч. 2 ст. 18 СК України (відновлення правовідношення, яке існувало до порушення права та відшкодування моральної та матеріальної шкоди).

Відповідно до ст. 163 СК України батьки мають переважне право перед іншими особами на те, щоб малолітня дитина проживала з ними. Батьки мають право вимагати відібрання малолітньої дитини від будь-якої особи, яка тримає її у себе не на підставі закону або рішення суду. Суд може відмовити у відібранні малолітньої дитини та переданні її батькам або одному з них, якщо буде встановлено, що це суперечить її інтересам.

Слід також зазначити, що КК України карає за викрадення не своєї малолітньої дитини, а лише чужої (ст. 146 КК). У зв'язку з цим суб'єктом злочину можуть бути лише інші родичі, а не батько чи мати малолітнього. Суб'єктами сімейного правопорушення можуть бути як батько чи мати дитини, так і інша особа. За вчинене порушення винна особа нестиме відповідальність перед особою, з якою проживала дитина, у вигляді відшкодування моральної та матеріальної шкоди.

Стаття надійшла до редакції 25.04.2013 р.

The article deals with problems of protection of moral rights of parents in matters of education, communication and definition of residence of the child. Methods of protection of family rights and interests secured UK Ukraine that may apply in cases of violation or limitation moral rights of parents in education, communication, and the place of residence of the child.

В статье исследуются проблемные вопросы защиты личных неимущественных прав родителей при решении вопросов воспитания, общения и определении места жительства ребенка, рассматриваются способы защиты семейных прав и интересов, закрепленных СК Украины, которые можно применить в случаях нарушения или ограничения личных неимущественных прав родителей на воспитание, общение и определение места жительства ребенка.

Висновки

У випадках окремого проживання батьків питання про те, з ким із них проживатиме дитина, визначення способів участі у вихованні, спілкування з дитиною можуть бути визначені договором між батьками (усно або письмово шляхом укладення договору щодо здійснення батьківських прав). У разі недосягнення згоди між батьками, питання може бути вирішене органом опіки та піклування або судом. За умови істотної зміни обставин, той із батьків, хто проживає окремо, може звернутися до суду з проханням змінити рішення суду, яким було визначено місце проживання дитини, способи участі у вихованні та спілкуванні з дитиною на його користь. Якщо той із батьків, хто проживає з дитиною, ухиляється від виконання договору або рішення органу опіки та піклування, або рішення суду, він зобов'язаний відшкодувати тому з батьків, хто проживає окремо, матеріальну та моральну шкоду.

У випадках порушення або обмеження особистих немайнових прав батьків щодо виховання, спілкування, визначення місця проживання дитини застосовуються способи захисту, передбачені ст. 18 СК України.

Список використаних джерел

1. Левицький О. О. Правова охорона материнства і дитинства згідно законодавства України та країн ЄС. – Івано-Франківськ, 2008. – 108 с.
2. Старосельцева М. М. Осуществление и защита родительских прав по семейному законодательству Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2009. – 180 с.
3. Евдокимова Т. П. Разрешение судом семейно-правовых споров. – М., 2008. – 272 с.
4. Сімейне право України / За ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. – Х., 2012. – 322 с.
5. Гаркавенко Н. Л. Визначення місця проживання дитини при розлученні або окремому проживанні батьків [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://juryst.com/publ/statti/simejne_pраво/viznachennja_miscja_prozhivannja_ditini_rozluchenni_okremomu_prozhivanni_batkiv/26-1-0-365.



УДК 346.5

Андрій Омельченко,*д-р юрид. наук, завідувач,**професор кафедри цивільного та трудового права**ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»*

ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ЗАЛУЧЕННЯ ТА ВИКОРИСТАННЯ МІЖНАРОДНОЇ ТЕХНІЧНОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ

У статті досліджується правовий механізм планування, залучення, використання, моніторингу міжнародної технічної допомоги в Україні.

Ключові слова: міжнародна технічна допомога, донор, виконавець, бенефіціар, реципієнт, державна реєстрація проектів (програм), акредитація виконавців, моніторинг проектів (програм).

Серед некомерційних (неприбуткових) видів міжнародного економічного співробітництва особливе місце посідає міжнародна технічна допомога – один із видів зовнішньої економічної допомоги, що надходить в Україну. Активність зарубіжних донорських організацій, обсяги міжнародної технічної допомоги у номінальному ВВП України (близько 2 %), важливість напрямів її використання, політичний і соціально-економічний ефект від її надання свідчать про актуальність досліджень проблем залучення та використання такої допомоги.

Метою цієї статті є дослідження правового механізму планування, залучення, використання, моніторингу міжнародної технічної допомоги та розроблення пропозицій щодо вдосконалення законодавства України з цих питань.

Відносини, що виникають у сфері залучення, використання та надання міжнародної технічної допомоги, регулюються Конституцією України, Податковим кодексом, Митним кодексом, Бюджетним кодексом, Законом «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики», іншими нормативно-правовими актами, міжнародними договорами. Національним планом дій на 2013 р. щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава», затвердженим Указом Президента України від 12.03.2013 р. № 128/2013 передбачені розроблення та затвердження Кабінетом Міністрів України Стратегії залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги і співробітництва з міжнародними фінансовими організаціями (п. 120).

Галузевими нормативно-правовими актами України у зазначеній сфері є Порядок залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 15.02.2002 р. № 153 (далі – Порядок) та Паризька декларація щодо підвищення ефективності зовнішньої допомоги (далі – Декларація), до якої Україна приєдналася згідно з Указом Президента України від 19.04.2007 р. № 325/2007.

Слід зазначити, що Постановою Верховної Ради України від 03.04.2007 р. № 848-V прийнято за основу проект закону України «Про міжнародну технічну допомогу» (реєстр. № 2040), поданий народними депутатами України О. Плотніковим та Ю. Каракаєм, однак у цілому він так і не був прийнятий, що свідчить про недостатню увагу держави до законодавчого врегулювання такого важливого напрямку міжнародного економічного співробітництва України, як отримання та надання міжнародної технічної допомоги.

Згаданий Порядок визначає процедуру залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги, у тому числі державної реєстрації, моніторингу проектів (програм), акредитації виконавців (юридичних осіб – нерезидентів). За нормативним визначенням *міжнародна технічна допомога* – це ресурси та послуги, що відповідно до міжнародних договорів України надаються донорами на безоплатній і безповоротній основі з метою підтримки України (абзац 7 п. 2 Порядку).

Учасниками відносин залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги в Україні є такі суб'єкти:

- бенефіціар – центральний орган виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Рес-

публіки Крим, обласна, Київська, Севастопольська міська держадміністрація, до компетенції яких належить реалізація державної політики у відповідній галузі чи регіоні, де передбачається впровадження проекту (програми), що заінтересована в результатах виконання проекту (програми);

- виконавець – будь-яка особа (резидент або нерезидент), що має письмову угоду з донором або уповноваженою донором особою та забезпечує реалізацію проекту (програми);

- відповідальна особа – фізична особа, призначена реципієнтом (бенефіціаром) для організації робіт, пов'язаних із реалізацією проекту (програми), яка безпосередньо готує звіти для подання Міністерству економічного розвитку і торгівлі України (далі – Мінекономірозвитку);

- донор – іноземна держава, уряд та уповноважені урядом іноземної держави органи, іноземний муніципальний орган або міжнародна організація, що надають міжнародну технічну допомогу відповідно до міжнародних договорів України;

- координатор проекту (програми) – заступник керівника бенефіціара, уповноважений керівником забезпечувати нагляд за реалізацією проекту (програми), підготовку результатів поточного та/або заключного моніторингу та подання їх Мінекономірозвитку;

- реципієнт – резидент (фізична або юридична особа), який безпосередньо одержує міжнародну технічну допомогу згідно з проектом (програмою).

Міжнародна технічна допомога може залучатись у вигляді: будь-якого майна, необхідного для забезпечення виконання завдань проектів (програм), яке ввозиться або набувається в Україні; робіт і послуг; прав інтелектуальної власності; фінансових ресурсів (грантів) у національній чи іноземній валюті; інших ресурсів, не заборонених законодавством, у тому числі стипендій.

Міністерства, інші центральні та місцеві органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим щороку до 01.02 поточного року подають до Мінекономірозвитку пропозиції щодо визначення регіональних і галузевих пріоритетів для залучення міжнародної технічної допомоги. Мінекономірозвитку аналізує подані пропозиції на відповідність пріоритетним напрямам, визначеним у Державній програмі економічного та соціального розвитку України на поточний рік, програмах розвитку відповідних галузей і сфер діяльності, затверджених у встановленому порядку, та узгоджує з донорами стратегічні програми на основі цих пропозицій. Виходячи з узгоджених із донорами стратегічних програм Мінекономіроз-

витку формує щорічні програми з урахуванням діючих проектів (програм) і на підставі запитів, які подаються до міністерства бенефіціарами або потенційними реципієнтами.

Проекти (програми), включені до щорічних програм, підлягають обов'язковій державній реєстрації в Мінекономірозвитку. Державна реєстрація проектів (програм) є підставою для акредитації їх виконавців, а також реалізації права на одержання відповідних пільг, привілеїв, імунітетів, передбачених законодавством і міжнародними договорами України.

Для державної реєстрації проектів (програм) реципієнт (реципієнти) та донор або уповноважена ними особа подає до Мінекономірозвитку: клопотання про державну реєстрацію проекту (програми); засвідчену донором копію контракту, укладеного між донором і виконавцем; засвідчений донором або виконавцем і погоджений бенефіціаром план закупівлі товарів, робіт, послуг, що придбаються за кошти міжнародної технічної допомоги (для проектів (програм), які передбачають виконання робіт з підготовки до зняття і зняття енергоблоків Чорнобильської АЕС з експлуатації та перетворення об'єкта «Укриття» на екологічно безпечну систему план закупівлі не подається); документ (меморандум, заява про наміри, план діяльності, технічне завдання, партнерська угода тощо), який підтверджує узгодження цілей, завдань, діяльності за проектом (програмою) між донором або виконавцем і реципієнтом (бенефіціаром); лист-погодження Національного агентства України з питань державної служби у разі, коли проектом (програмою) передбачено підготовку, перепідготовку, підвищення кваліфікації державних службовців України.

Державна реєстрація проекту (програми) підтверджується реєстраційною карткою проекту (програми). Одночасно з видачею реєстраційної картки проекту (програми) робиться відповідний запис у єдиному реєстрі проектів, що реалізуються в Україні з використанням ресурсів міжнародних фінансових організацій і міжнародної технічної допомоги, та розміщується план закупівлі на офіційному сайті Мінекономірозвитку (крім інформації, що становить комерційну таємницю).

Моніторинг проектів (програм) міжнародної технічної допомоги проводиться Мінекономірозвитку разом із бенефіціаром та уповноваженими представниками донора (за згодою) під час реалізації проекту (програми) (поточний моніторинг) і на заключному етапі реалізації (заклучний моніторинг).

Реципієнт у ході реалізації проектів (програм) повинен забезпечувати цільове використання міжнародної технічної допомоги;

забезпечувати зарахування на баланс матеріальних цінностей, що надійшли в рамках проектів (програм), протягом 10 календарних днів; вести облік використаних коштів, які надаються в рамках міжнародної технічної допомоги у вигляді фінансових ресурсів (грантів), а бенефіціар за результатами моніторингу здійснювати нагляд за цільовим використанням міжнародної технічної допомоги.

У разі виявлення порушень законодавства та міжнародних договорів України, нецільового використання міжнародної технічної допомоги під час реалізації проектів (програм), подання бенефіціаром висновків про незадовільні результати впровадження проекту (програми) Мінекономрозвитку зобов'язане порушити перед донорами питання щодо зупинення реалізації проекту (програми) до усунення реципієнтами виявлених порушень або повного його припинення.

Наступним важливим нормативно-правовим документом у сфері регулювання міжнародної технічної допомоги є декларація. В рамках декларації сторони (як країни-донори та міжнародні організації, так і країни-реципієнти) взяли на себе зобов'язання щодо спрямування взаємних зусиль у таких основних напрямках:

- підвищення ефективності зовнішньої допомоги за рахунок гармонізації та узгодження результатів, взаємної звітності;
- планування бюджету, уникнення дублювання заходів;
- визначення критеріїв, стандартів виконання та підзвітності;
- боротьба з корупцією та відсутністю прозорості в реалізації проектів зовнішньої допомоги;
- уточнення показників ефективності, графіків і цілей надання зовнішньої допомоги.

Аналіз законодавства України, практики залучення, використання та моніторингу міжнародної технічної допомоги в Україні свідчить про необхідність прийняття закону України «Про міжнародну технічну допомогу». Необхідність прийняття такого закону зумовлена тим, що:

- відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 92 Конституції України засади зовнішніх зносин, зовнішньоекономічної діяльності, митної справи визначаються виключно законами України. В Україні вже прийняті закони «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про режим іноземного інвестування», «Про гуманітарну допомогу». Однак базовий закон про міжнародну технічну допомогу не прийнято, хоча це, по суті, є прямою вимогою ст. 92 Конституції України;
- відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 92 Конституції України система оподаткування, податки та

збори, засади створення і функціонування фінансового, грошового, кредитного й інвестиційного ринків встановлюються виключно законами України. Особливості оподаткування міжнародної технічної допомоги (а також гуманітарної допомоги), а саме – звільнення її від окремих видів податків і зборів, передбачені Податковим кодексом (статті 136, 153, 154, 157, 197, 208, 211, 213) та Митним кодексом (ст. 282);

- про необхідність прийняття закону «Про міжнародну технічну допомогу» свідчать також такі статистичні показники¹:

- у рамках надання Україні міжнародної технічної допомоги співробітництво здійснюється з 15 країнами, Європейським Союзом і понад 20 міжнародними організаціями. Найбільшими донорами для України були та залишаються Сполучені Штати Америки та Європейський Союз. Іншими донорами є Канада, ФРН, Нідерланди, Швеція, Швейцарія, Японія, Данія, а також організації системи ООН, Світовий банк, ЄБРР, ОЕСР;

- основні організаційно-правові засади технічного співробітництва з країнами-донорами та міжнародними організаціями на сьогодні регулюються 18 рамковими міжнародними договорами України та міжнародними договорами щодо впровадження програм співробітництва в різних сферах економіки. Цілі та завдання допомоги узгоджуються як на міжурядовому, так і на міжвідомчому рівні. Щорічно договірно-правова база співробітництва розвивається. У 2012 р. підписано 16 програмних і проектних документів із питань технічного співробітництва з ЄС, США, ФРН, КНР, Швецією, МБРР;

- з 1992 р. донорами виділено понад 8 млрд дол. США. З 1996 р. здійснено державну реєстрацію 2795 проектів технічної допомоги. У 2012 р. розпочато 145 нових проектів. За даними посольств і представництв донорів, за підсумками 2012 р. фактично виділено 485,21 млн дол. США. На 01.03.2013 р. впроваджується 238 проектів загальною контрактною вартістю понад 3 млрд дол. США (що становить 1,7 % номінального ВВП України за 2012 р.).

Дія пропонованого закону має поширюватися на правовідносини, що виникають у сфері планування, залучення, використання, моніторингу та надання міжнародної технічної допомоги.

Аналіз економічного та правового змісту такого виду міжнародного економічного співробітництва, як міжнародна технічна допомога дає можливість запропонувати її ав-

¹Електронний ресурс: http://www.me.gov.ua/control/publish/article/main?art_id=198831&cat_id=178137.

торське визначення: «міжнародна технічна допомога – це вид зовнішньої економічної допомоги, що відповідно до міжнародних договорів України надається у вигляді фінансових та інших ресурсів, робіт і послуг донорами з метою підтримки соціально-економічного розвитку України та Україною, її донорами іншим державам».

До проекту зазначеного закону доцільно додати положення про гарантії для донорів, виконавців, бенефіціарів і реципієнтів у разі зміни законодавства України (аналогічні за правовим змістом тим, що містяться у ст. 8 Закону України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР) у такій редакції: «Якщо в подальшому спеціальним законодавством України про міжнародну технічну допомогу будуть змінюватися умови залучення та використання міжнародної технічної допомоги, передбачені зако-

нодавством України, то протягом виконання проекту (програми) міжнародної технічної допомоги на вимогу донора застосовуються умови залучення та використання міжнародної технічної допомоги, що існували на початок реалізації такого проекту (програми) міжнародної технічної допомоги».

Ми навели лише окремі пропозиції до пропонованого проекту закону «Про міжнародну технічну допомогу», оскільки її обсяг не дозволяє зробити це повною мірою.

Викладене дозволяє зробити **висновок** про те, що вдосконалення правового механізму планування, залучення, використання, моніторингу міжнародної технічної допомоги в Україні та надання міжнародної технічної допомоги Україною, її донорами є важливим фактором підвищення ефективності проведення економічних реформ в Україні, її міжнародної економічної інтеграції.

Стаття надійшла до редакції 05.06.2013 р.

This article examines the legal mechanism for planning, involvement, using, monitoring of international technical assistance in Ukraine.

В статье исследуется правовой механизм планирования, привлечения, использования, мониторинга международной технической помощи в Украине.



УДК 349.2

Наталія Мокрицька,*викладач кафедри господарсько-правових дисциплін юридичного факультету
Львівського державного університету внутрішніх справ*

ВІЛЬНО ОБРАНА ЗАЙНЯТІСТЬ ЯК РЕЗУЛЬТАТ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ

У статті досліджуються окремі аспекти нового для науки трудового права поняття «вільно обрана зайнятість», його співвідношення з поняттями «право на працю», «зайнятість» та іншими правами у сфері зайнятості відповідно до Закону України «Про зайнятість».

Ключові слова: вільно обрана зайнятість, зайнятість, право на працю, право на вільний вибір виду та місця діяльності, роду занять, право на вільний вибір діяльності, професії та місця роботи.

Юридичний зміст конституційного права на працю виражає право заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується. Відповідно і система законодавства України має побудоватися таким чином, щоб в основу здійснення цієї можливості були покладені гарантії забезпечення права на працю.

Правове регулювання зайнятості населення було предметом дослідження багатьох науковців у галузі трудового права, зокрема Т. Маркіної, С. Попова, Н. Сіряченко [1–3]. Однак із новим наповненням змісту юридичних норм, що регулюють питання зайнятості громадян, набувають актуальності нові підходи до трактування цього явища в аспекті реалізації особою права на працю.

Статтею 3 нової редакції Закону України «Про зайнятість населення» передбачено право кожного на вільно обрану зайнятість. Юридичний зміст цього права розкривається у положеннях, згідно з якими примушування до праці у будь-якій формі забороняється, а добровільна незайнятість особи не може бути підставою для притягнення її до відповідальності. Складається враження, що право на зайнятість слід розуміти як право особи на вільно обрану зайнятість, в основі якого є лише вільний вибір особою праці. Адже відповідно до ст. 43 Конституції України кожен має право заробляти собі на життя працею, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується. Тому право на зайнятість, на нашу думку, можна розглядати як результат реалізації людиною конституційного права на працю. Проте ми вважаємо, що такий висновок є поспішним. Зокрема, відповідно до ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» під зайнятістю потрібно розуміти не заборонену законодавством діяльність осіб, по-

в'язану із задоволенням їх особистих і суспільних потреб із метою одержання доходу (заробітної плати) у грошовій або іншій формі, а також діяльність членів однієї сім'ї, які здійснюють господарську діяльність або працюють у суб'єктів господарювання, заснованих на їх власності, у тому числі безоплатно. На відміну від попередньої редакції у такому формулюванні поняття «зайнятість» врахована важлива ознака цієї правової категорії. Її суть полягає у тому, що зазначена діяльність здійснюється тільки в рамках законодавства.

На нашу думку, ознаками зайнятості є:

- діяльність осіб, не заборонена законом;
- діяльність, що здійснюється з метою задоволення власних і суспільних потреб, тобто є суспільно-корисною;
- те, що особа має на меті отримати від цієї діяльності дохід (заробітну плату) у грошовій або іншій формі;
- така зайнятість охоплює діяльність членів однієї сім'ї, які здійснюють господарську діяльність або працюють у суб'єктів господарювання, заснованих на їх власності, у тому числі безоплатно.

Таким чином, людина може займатися будь-яким видом діяльності, який на її думку, є джерелом доходу та не заборонений законом. У такий спосіб вона прагне задовольнити як суспільні потреби, так і особисті, які також пов'язані з її матеріальним забезпеченням. При цьому оскільки особа дбає про власні інтереси та займається суспільно-корисною діяльністю, вона вправі її вільно обирати.

Слід зазначити, що у дефініції поняття «зайнятість», наведений у Законі України «Про зайнятість», відсутня вказівка на те, що така діяльність є результатом вільного вибору особи застосовувати свою здатність до праці у тій чи іншій сфері суспільного життя. Адже у цьому суть конституційного природного права

на працю, яке надає можливість людині вільно обирати працю або погодитися на працю, що їй пропонується.

Про те, що зайнятість завжди є вільно обраною діяльністю ставить під сумнів також ст. 4 Закону України «Про зайнятість населення», в якій перелічені види суспільно-корисної діяльності, що здійснюються в рамках законодавства. Зокрема, передбачено, що до зайнятого населення належать особи, які працюють за наймом на умовах трудового договору (контракту) або на інших умовах, передбачених законодавством, особи, які забезпечують себе роботою самостійно (у тому числі члени особистих селянських господарств), проходять військову чи альтернативну (невійськову) службу, на законних підставах працюють за кордоном та які мають доходи від такої зайнятості, а також особи, які навчаються за денною формою у загальноосвітніх, професійно-технічних і вищих навчальних закладах і поєднують навчання з роботою. Також сюди належать непрацюючі працездатні особи, які фактично здійснюють догляд за дитиною-інвалідом, інвалідом І групи або за особою похилого віку, яка за висновком медичного закладу потребує постійного стороннього догляду або досягла 80-річного віку, та отримують допомогу, компенсацію та/або надбавку відповідно до законодавства; батьки – вихователі дитячих будинків сімейного типу, прийомні батьки, якщо вони отримують грошове забезпечення відповідно до законодавства, особи, які проживають з інвалідом І чи ІІ групи внаслідок психічного розладу, який за висновком лікарської комісії медичного закладу потребує постійного стороннього догляду, та одержують грошову допомогу на догляд за ним відповідно до законодавства.

Отже, зайнятість це діяльність, спрямована на отримання прибутку. Формою такого доходу можуть бути і соціальні виплати, які виплачуються відповідно до закону.

Разом із тим зайнятість не завжди ґрунтується на вільному виборі людиною праці. Так, зайнятими вважаються особи, які проходять військову чи альтернативну (невійськову) службу. Що стосується цієї обставини, то слід зазначити: відповідно до ст. 2 «Про військовий обов'язок і військову службу» від 25.03.1992 р. № 2232-ХІІ на виконання ст. 65 Конституції України проходження військової служби відбувається у двох формах:

- проходження військової служби громадянами України за призовом;
- проходження військової служби громадянами України, які добровільно вступили на військову службу.

Свій конституційний обов'язок виконують також громадяни на альтернативній невійськовій службі. Відповідно до ст. 2 Закону

України «Про альтернативну (невійськову службу)» від 12.12.1991 р. № 1975-ХІІ вона є службою, що запроваджується замість проходження строкової військової служби та має на меті виконання обов'язку перед суспільством. Отже, до зайнятого населення належать особи, які добровільно вступили на військову службу, а також особи, які проходять військову службу за призовом чи альтернативну (невійськову службу). Відповідно до чинного законодавства ними є тільки громадяни України, які виконують конституційний обов'язок задля задоволення суспільних потреб. Проте діяльність такої категорії осіб відповідно до ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» не належить до зайнятості. Аргументом може бути той факт, що відповідно до ст. 1 цього акта зайнятість передбачає задоволення як особистих, так і суспільних потреб. При цьому позначення і (або) в Законі відсутнє. Разом із тим у ст. 3 цього Закону, право на зайнятість розглядається тільки в аспекті вільного вибору особою зайнятості, а саме – як діяльність у розумінні ст. 1 цього акта. Беручи до уваги ст. 4 Закону України «Про зайнятість населення» під ознаки зайнятості підпадає лише діяльність громадян України, які добровільно вступили на військову службу.

Викладене свідчить, що зайнятість не завжди є результатом вільного вибору особою праці. Слід також зазначити, що у цьому Законі, крім понять «право на зайнятість», «право на вільно обрану зайнятість» і «зайнятість», законодавець уперше використовує термін «вільно обрана зайнятість». Формулювання цього поняття та його співвідношення з зайнятістю дають підстави вважати вільно обраною зайнятістю тільки ті, не заборонені законом види діяльності, які здійснюються на основі їх вільного вибору особою. Тим самим створюються правові умови, що забезпечують реалізацію природного права людини заробляти собі на життя.

Однак ст. 1 Закону України «Про зайнятість населення» передбачено, що вільно обрана зайнятість є реалізацією права громадянина вільно обирати вид діяльності, не заборонений законом (зокрема такий, що не пов'язаний з виконанням оплачуваної роботи), а також професію та місце роботи відповідно до своїх здібностей і потреб. Разом із тим у ст. 3 цього акта йдеться лише про право кожного на вільно обрану зайнятість. Отже, вільно обрана зайнятість трактується законодавством у двох аспектах:

- відповідно до ст. 3 – це право кожної людини. Відомо, що формулювання «кожен має право» вказує на гарантовану (забезпечувану) державою можливість, яку особи вправі реалізувати;

• вільно обрана зайнятість є одночасно реалізацією іншого права. Йдеться про реалізацію права громадянина вільно обирати вид діяльності, не заборонений законом (зокрема такий, що не пов'язаний з виконанням оплачуваної роботи), а також професію та місце роботи відповідно до своїх здібностей і потреб.

Разом із тим ст. 6 Закону України «Про зайнятість населення» передбачає право особи на вибір місця, виду діяльності та роду занять. Як бачимо, це право дещо відрізняється від «права громадянина вільно обирати вид діяльності, не заборонений законом (зокрема такий, що не пов'язаний з виконанням оплачуваної роботи), а також професію та місце роботи відповідно до своїх здібностей і потреб».

Потрібно погодитися з О. Ярошенком [4], що вид діяльності та заняття є значно ширшими за змістом поняттями ніж професія. Людина спочатку обирає вид діяльності та рід заняття, а вже потім професію. Тому і закріплення цього права не можна трактувати як конституційно-правову гарантію, що створює правові умови для застосування своїх здібностей до праці з метою заробітку. На нашу думку, йдеться про те, що, реалізуючи своє природне та соціальне право на працю, передбачене Конституцією України, всім гарантуються рівні можливості у виборі виду та місця діяльності, роду занять. При цьому обрання такої діяльності може і не бути пов'язане з потребою матеріального забезпечення. Отже, реалізація права на вибір місця, виду діяльності та роду занять характеризує зайнятість особи у певній, не забороненій законом, сфері суспільно-корисної діяльності задля задоволення особистих і суспільних потреб. Така зайнятість особи має бути вільно обрана і, як правило, забезпечувати її матеріальне існування. Безумовно, особа тоді реалізує своє право на працю.

Разом із тим викликає застереження ст. 6 цього Закону, в якій передбачено, що реалізація права на вибір місця, виду діяльності та роду занять здійснюється шляхом самостійного забезпечення особою своєї зайнятості чи звернення з метою працевлаштування до роботодавця або за сприяння центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, чи суб'єкта господарювання, який надає послуги з посередництва у працевлаштуванні (способи працевлаштування). Такий підхід законодавця ставить під сумнів доцільність закріплення на законодавчому рівні права на вільний вибір діяльності, професії та місця роботи. Адже тільки його реалізація, відповідно до ст. 1 Закону зумовлює настання вільно обраної зайнятості.

Слід також зазначити, що зміст ст. 6 Закону України «Про зайнятість населення» дає

підстави вважати, що реалізація особою права на вибір виду та місця діяльності, роду занять відбувається двома можливими способами працевлаштування: самостійне забезпечення себе роботою та звернення з метою працевлаштування до роботодавця або за сприяння центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері зайнятості населення та трудової міграції, чи суб'єкта господарювання, який надає послуги з посередництва у працевлаштуванні. Вочевидь і право вільно обирати вид діяльності, не заборонений законом (зокрема такий, що не пов'язаний з виконанням оплачуваної роботи), а також професію та місце роботи відповідно до своїх здібностей і потреб також реалізується в такий спосіб.

На нашу думку, законодавець позначив зміст одного поняття двома правовими можливостями:

- право на вільний вибір виду та місця діяльності, роду заняття є ширшим за змістом. Йдеться про можливість особи займатися будь якою працею, у тому числі задля забезпечення власного дозвілля і не завжди пов'язаного з заробітком. Тим самим особа реалізує конституційне право на працю;

- право на вільний вибір виду діяльності, професії та місця роботи, яке, як видається, виражає юридичний зміст правової можливості, що забезпечує саме працевлаштування з метою заробітку.

Відповідно до ст. 5 цього акта право на вільний вибір місця, виду діяльності та роду занять забезпечується державою шляхом створення правових, організаційних та економічних умов для такого вибору (працевлаштування). Отже, як впливає із змісту законодавчого положення, реалізація цього права відбувається саме шляхом працевлаштування, яке у законі розглядається по суті як процес, а не завершений результат.

Щоб забезпечити своє дозвілля чи обрати майбутню професію та тим самим реалізувати своє право на працю, людині не обов'язково працевлаштовуватися. Вона має право не використовувати зазначені способи працевлаштування, проте може вільно обрати собі вид і місце діяльності, рід занять, не заборонений законом. При цьому їй не потрібно звертатися до органів зайнятості чи роботодавця, самостійно забезпечувати себе роботою. То чи доречно прив'язувати право на вільний вибір місця, виду діяльності та роду занять до процесу працевлаштування?

На нашу думку, способи працевлаштування використовуються особою тоді, коли вона реалізує право на вільний вибір діяльності, професії та місця роботи. При цьому створюються умови для реалізації юридичного змісту права на працю, а саме – конституційної

можливості особи заробляти собі на життя працюю, яку людина вільно обирає або на яку вільно погоджується. Вважаємо, що такий підхід законодавця потребує певних коригувань у відповідному законі, а саме належного розмежування різних правових можливостей.

Право на вільний вибір виду та місця діяльності, роду заняття по суті розкриває зміст конституційного права людини на працю як природного та невід'ємного. Вона не повинна вважатися зайнятою у тому випадку, коли займається не забороненим законом видом діяльності з метою задовольнити тільки власні потреби і при цьому не вбачає у своїй праці джерело заробітку.

Що стосується права на вільний вибір діяльності, професії та місця роботи, то, на нашу думку, результатом його реалізації є вільно обрана зайнятість. Остання полягає у тому, що особа вправі вільно обрати не заборонену законом професію, вид діяльності та місце роботи з метою заробляти собі на життя. При цьому метою здійснення такої діяльності є особисті й обов'язково суспільні інтереси. Таким чином, особа реалізує право на вільний вибір діяльності, професії та місця роботи шляхом працевлаштування. Отже, і вільно обрана зайнятість настає лише в такий спосіб.

З огляду на викладене пропонуємо таку редакцію до ст. 6 Закону України «Про зайнятість»:

«Реалізація права на вибір виду діяльності, професії та місця роботи здійснюється шляхом самостійного забезпечення особою своєї зайнятості чи звернення з метою працевлаштування до роботодавця або за сприяння центрального органу виконавчої влади».

Вільно обрана зайнятість є результатом реалізації права на працю, що виражене у праві на вільний вид діяльності, професії та місця роботи. Це одночасно є юридичним суб'єк-

тивним правом особи у сфері зайнятості, що забезпечене заходами державного впливу. Зокрема, підтвердженням зазначеного є ст. 13, яка передбачає право кожного на оскарження рішень, дій або бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, виду діяльності та господарювання, фізичних осіб, які застосовують найману працю, а також дій або бездіяльності посадових осіб, що призвели до порушення права особи на зайнятість, відповідно до законодавства. Відповідно кожне право, що знайшло своє відображення у цьому Законі, є по суті юридично захищеним.

Викладене дозволяє зробити **висновок** про позитивний і новаторський підхід законодавця до врегулювання відносин у сфері зайнятості. Проте Закон України «Про зайнятість» потребує подальшого вдосконалення з метою впорядкування юридичної термінології, що використовується для позначення прав у сфері зайнятості.

Список використаних джерел

1. Маркіна Т. Г. Право громадян на зайнятість та форми його реалізації в умовах становлення ринкової економіки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1999.
2. Попов С. В. Правовий механізм реалізації конституційного права на працю в сучасних умовах: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2010.
3. Сіряченко Н. Ю. Правове регулювання зайнятості в умовах ринкової економіки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Луганськ, 2010.
4. Ярошенко О. М. Конституція України та її роль у регулюванні трудових відносин // Захист соціальних прав людини і громадянина в Україні: проблеми юридичного забезпечення: Матеріали наук.-практ. конф., м. Київ, 30 січня 2003 / За ред. Н. Б. Болотіної. – К., 2003.

Стаття надійшла до редакції 11.04.2013 р.

The article examines some aspects of the new labor law for the science of «freely chosen employment», its relationship with the concept of the right to work, employment and other rights in employment according to the Law of Ukraine «On Employment».

В статті досліджуються окремі аспекти нового для науки трудового права поняття «свободно избранная занятость», його соотношение с понятиями «право на труд», «занятость» и другими правами в сфере занятости в соответствии с Законом Украины «О занятости».



УДК 343.2

Роман Мовчан,

канд. юрид. наук,

старший викладач кафедри економіко-правових дисциплін

Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

ЩОДО ПРАВИЛЬНОСТІ МІСЦЕЗНАХОДЖЕННЯ ЗАБОРОНИ, ПЕРЕДБАЧЕНОЇ СТ. 239¹ КК УКРАЇНИ, У СИСТЕМІ ОСОБЛИВОЇ ЧАСТИНИ

Стаття присвячена вирішенню питання про правильність місцезнаходження кримінально-правової заборони, передбаченої ст. 239¹ КК України, у системі Особливої частини.

Ключові слова: ґрунт, ґрунтовий покрив, земельна ділянка, незаконне заволодіння, зняття, власність, довкілля.

Частина 1 ст. 14 Конституції України проголосила землю основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави. Ми поділяємо думку М. Шульги, який вважає, що це конституційне положення перш за все і найбільш повно стосується земель сільськогосподарського призначення. Це, передусім, пояснюється тим, що Україна є великою аграрною державою, яка має найцінніші у світі еталонні ґрунти [1, с. 247]. На особливу значущість саме ґрунтового покриву землі звертають увагу й Я. Гаєцька-Колотило та Н. Ільків, які зазначають, що землі можуть бути засобом вирощування сільськогосподарської продукції виключно завдяки наявності ґрунтового покриву з унікальною властивістю родючості [2, с. 45]. Таким чином, реалізація відповідного конституційного положення про особливу охорону державою землі як основного національного багатства залежить насамперед від здатності держави забезпечити належну охорону, у тому числі специфічними кримінально-правовими засобами, ґрунтів як найбільш цінного складового елемента землі.

Нового забарвлення стан кримінально-правової охорони земельних відносин у сфері охорони ґрунтів набув із набранням чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довкілля» від 15.11.2009 р. (далі – Закон), яким передбачено доповнення Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) ст. 53⁴ «Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель», а Кримінального кодексу (далі – КК України) ст. 239¹ «Незаконне заволодіння

ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель» та ст. 239² «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах».

Проте парламентарії, ухвалюючи зазначений Закон, допустили деякі змістовні та техніко-юридичні недоліки, що можуть призвести до труднощів в опануванні приписів прийнятих правових норм та, відповідно, численних проблем у процесі їх практичного застосування правоохоронними органами. На наявність таких проблем звертали увагу П. Берзін, О. Дудоров, Д. Каменський, В. Комарницький, А. Мірошніченко, О. Олійник та інші. Зокрема, вживання у ст. 239¹ Особливої частини КК України термінологічного звороту «незаконне заволодіння», не притаманного для опису ознак об'єктивної сторони злочинів проти довкілля, значно ускладнює вирішення питання про правильність місцезнаходження відповідної заборони у системі Особливої частини КК України.

Метою цієї статті є критичний аналіз рішення законодавця про розміщення норми, якою передбачена кримінальна відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (далі – ґрунтовим покривом земель), у розділі VIII Особливої частини КК України, для вирішення питання про правильність місцезнаходження відповідної заборони у системі Особливої частини КК України.

Дати відповідь на поставлене питання можна лише шляхом з'ясування перед цим основного безпосереднього об'єкта злочину,

передбаченого ст. 239¹ КК України¹ та встановлення після цього його відповідності родовому об'єкту злочинів, зосереджених у розділі VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля». Вважаємо, що вирішити це завдання, спираючись лише на дослідження норм КК України, абстрагуючись при цьому від норм інших галузей права, неможливо. Тому необхідно провести комплексне дослідження, предметом якого мають стати норми й інших галузей права, в яких передбачена відповідальність за порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, зокрема норми КУпАП.

Зазначимо, що в КУпАП, на відміну від КК України, законодавець розмежував поняття «зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок без спеціального дозволу» (ст. 53³ КУпАП) та «незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель» (ст. 53⁴ КУпАП). І це при тому, що в юридичній літературі, за умови невизначеності відповідного поняття на законодавчому рівні, під незаконним заволодінням ґрунтовим покривом земель розуміють зняття та перенесення родючого шару ґрунту земельної ділянки, вчинене всупереч встановленому порядку [3, с. 715]; або зняття та перенесення без дозволу спеціально уповноважених органів, що здійснюють державний контроль за використанням та охороною земель, або за наявності такого дозволу, але з порушенням існуючого порядку (правил) зняття і перенесення ґрунту земельної ділянки [4, с. 10]. Як бачимо, обидва визначення незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель, щоправда, запропоновані для характеристики «незаконного заволодіння» як ознаки об'єктивної сторони відповідного складу злочину, а не адміністративного проступку пов'язують із зняттям і перенесенням родючого шару ґрунту з порушенням встановлених законом правил, тобто дій, за які встановлена адміністративна відповідальність у ст. 53³ КУпАП.

За такої ситуації (наявність двох норм, в яких окремо передбачено відповідальність за незаконне зняття та перенесення ґрунтового покриву земельних ділянок і незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель) та за такого розуміння поняття «незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель» (фактичного отождошення цих дій із зняттям і перенесенням ґрунтового покриву земельної ділянки без спеціального дозволу) виникає

¹Тут і далі вестиметься мова лише про ст. 239¹ КК України, хоча у ст. 239² КК України також вживається термінологічний зворот «незаконне заволодіння», що вказує на наявність аналогічних проблем.

цілком логічне питання, яке свого часу задавали при аналізі відповідного проекту закону і фахівці Головного юридичного управління Верховної Ради України, – навіщо законодавець у різних статтях КУпАП передбачив відповідальність за одне і те саме діяння?

Аналіз рішення Верховної Ради України про доповнення КУпАП ст. 53⁴ свідчить, що чи не єдиним мотивом такого кроку вітчизняних парламентаріїв могло стати бажання законодавця встановити посилену відповідальність за незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель для осіб, які не є власниками (землекористувачами) земельної ділянки. Тобто фактично йдеться не про незаконне зняття та перенесення ґрунтового покриву земель, а про розкрадання ґрунтів², яке може вчинити лише особа, яка не є власником земельної ділянки (землекористувачем).

Отже, на відміну від діяння, передбаченого ст. 53³ КУпАП, єдиним об'єктом якого є встановлений порядок раціонального використання, захисту та відтворення земель, діяння, передбачене ст. 53⁴ КУпАП (як і злочин, передбачений ст. 239¹ КК України), одночасно порушує два об'єкти охорони – встановлений порядок раціонального використання, захисту та відтворення земель і відносини власності³.

Вирішення питання про те, який із двох об'єктів, порушених незаконним заволодінням ґрунтовим покривом земель, є основним,

²Термінологічний зворот «розкрадання ґрунтів» вживається народним депутатом В. Коновалюком у підготовленому ним проекті закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за розкрадання ґрунтів» (реєстраційний № 9607 від 19.12.2011 р.).

³Прямим підтвердженням тези про те, що діяння, передбачене ст. 53⁴ КУпАП, на відміну від діяння, передбаченого ст. 53³ КУпАП, порушує не один, а два об'єкти охорони, є й передбачений відповідними нормами розмір санкцій: якщо за вчинення діяння, передбаченого ст. 53³ КУпАП, для громадян передбачено штраф у розмірі від десяти до двадцяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, то за вчинення діяння, передбаченого ст. 53⁴ КУпАП, – санкція передбачає штраф у розмірі від тридцяти до сімдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Вважати ж, що ст. 53⁴ КУпАП покликана попередити випадки привласнення ґрунтового покриву земельних ділянок власниками (землекористувачами), які перед цим незаконно зняли та перенесли ґрунтовий покрив земельних ділянок, немає підстав, оскільки саме собою зняття та перенесення ґрунтового покриву земельної ділянки на іншу земельну ділянку, тобто діяння, передбачене ст. 53³ КУпАП, вже є реалізацією правомочності розпорядження ґрунтовим покривом земельної ділянки, тобто його привласненням.

а який – додатковим, має допомогти дати відповідь на питання про правильність (неправильність) місцезнаходження заборони, передбаченої ст. 239¹ КК України, у системі Особливої частини КК України. Якщо вважати, що основним об'єктом незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель, вчиненого особою, яка не є власником земельної ділянки (землекористувачем), є встановлений порядок раціонального використання, захисту та відтворення земель, то рішення законодавця про розміщення відповідної заборони саме в розділі VIII Особливої частини КК України слід вважати виправданим. Якщо ж основним об'єктом аналізованого діяння визнати відносини власності, то рішення парламентаріїв слід вважати помилковим, оскільки в такому разі відповідне діяння мало б бути розміщене у розділі VI Особливої частини КК України. Вирішити це складне питання можна лише шляхом ретельного вивчення ознак об'єктивної сторони відповідного правопорушення, які допомагають правильно визначити спрямованість діяння та, відповідно, об'єкт аналізованого правопорушення. Адміністративний проступок, передбачений ст. 53⁴ КУпАП, і злочин, передбачений ст. 239¹ КК України, регламентують відповідальність за незаконне «заволодіння» ґрунтовим покривом земель.

Згідно з тлумаченням словників термін «заволодіти» означає брати у своє володіння, привласнювати; опановувати, охоплювати кого-небудь, що-небудь [5, с. 381], тобто етимологія терміна «заволодіння» засвідчує той факт, що вживання термінологічного звороту «незаконне заволодіння» спрямоване на характеристику процесу незаконного *привласнення* чого-небудь. Виходячи з такої логіки, злочин, ознаки об'єктивної сторони якого описані в диспозиції правової норми за допомогою вживання термінологічного звороту «незаконне заволодіння», має знаходитися серед злочинів, що посягають на власність¹. Це

несвідомо підтверджує і законодавець, який до прийняття Закону, яким КК України було доповнено ст. 239¹, жодного разу не вживав термінологічний зворот «незаконне заволодіння» для характеристики злочинів проти довкілля, постійно його використовуючи для характеристики об'єктивної сторони злочинів проти власності (статті 187, 190, 191 КК України). Натомість у розділі VIII Особливої частини КК України при описі об'єктивної сторони злочинів проти довкілля використовуються такі поняття, як: «порушення порядку», «невжиття заходів», «забруднення або псування», «знищення або пошкодження» тощо, тобто у розділі застосовуються специфічні поняття, що не притаманні опису об'єктивної сторони злочинів проти власності [6].

Разом із тим у кримінально-правовій науці наводяться переконливі аргументи на користь того, що, на відміну від злочинів проти довкілля, предметом яких є об'єкти живої та неживої природи, які знаходяться у природному стані та не вилучені з цього стану працею людини, предметом злочинів проти власності може бути тільки річ, створена за допомогою вкладеної в неї людської праці, або річ, що вилучається із природного стану шляхом цілеспрямованої праці та привласнюється власником [3, с. 353, 695; 7, с. 393; 8, с. 168–172].

Допомогти у вирішенні проблеми, що розглядається, могла б пояснювальна записка до Закону. Але слід нагадати, що Закон у первинній своїй редакції мав назву проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)» (далі – проект закону). Цим проектом закону пропонувалося, зокрема, встановити адміністративну відповідальність за незаконне заволодіння землями водного фонду (нова ст. 53⁴ КУпАП), а також доповнити КК України новими складами злочинів – «Порушення правил користування землями водного фонду» та «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах» (статті 239¹, 239² КК України відповідно).

Отже, у первинній редакції Закону йшлося про встановлення відповідальності за порушення правил користування (ст. 239¹ КК України), незаконне заволодіння землями водного фонду у великому (ст. 53⁴ КУпАП) та особливо великих розмірах (ст. 239² КК України). Відповідно, і в обґрунтуванні необхідності прийняття розглядуваного Закону вказувалося, що розроблення проекту за-

¹Аналогічну за змістом думку у своїх висновках на проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо підвищення відповідальності за незаконне заволодіння землями водного фонду)» (реєстраційний № 11110 від 28.08.2012 р.), запропонований народним депутатом України С. Міщенко, та на проект закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)» (реєстраційний № 3417 від 27.11.2008 р.), запропонований народними депутатами України В. Швецем, В. Сівковичем та Д. Шенцевим, свого часу висловили і фахівці Головного науково-експертного управління Верховної Ради України.

кону зумовлене необхідністю встановлення на законодавчому рівні заборони стосовно штучного утворення земельної ділянки, а не незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель. Таким чином, ні ознаки елементів складу злочину, передбаченого ст. 239¹ КК України, ні пояснювальна записка до відповідного проекту закону не дозволяють сформувати чітке уявлення про основний безпосередній об'єкт незаконного заволодіння ґрунтовим покривом земель. На нашу думку, за таких умов визначити основний безпосередній об'єкт злочину, передбаченого ст. 239¹ КК України, можна, лише спираючись на вже існуюче місцезнаходження відповідної заборони в системі Особливої частини КК України. Іншими словами, якщо керуватися «презумпцією» того, що у відповідному розділі Особливої частини КК України знаходяться злочини, безпосередні об'єкти яких є частинами родових об'єктів або збігаються з ними, а також місцезнаходженням аналізованої кримінально-правової заборони у системі Особливої частини КК України, то, доповнюючи КК України ст. 239¹, законодавець перш за все хотів захистити певний різновид відносин у сфері довкілля, а не власності.

Висновки

Описавши у диспозиції ст. 239¹ КК України ознаки об'єктивної сторони відповідного злочину за допомогою вказівки на таке діяння, як «незаконне заволодіння», притаманне для характеристики об'єктивної сторони злочинів проти власності, та визнавши предметом відповідного злочину «ґрунтовий покрив земель», тобто предмет, який може бути предметом злочинів проти власності лише за умови вилучення його із природного стану шляхом цілеспрямованої праці людини, законодавець фактично передбачив цією нормою відповідальність за спеціальний вид розкрадання – розкрадання знятого людиною ґрунтового покриву земельної ділянки (діяння, об'єктом якого є відносини власності й яке може вчинити лише особа, яка не є власником земельної ділянки, з якої знімається ґрунтовий покрив).

Місцезнаходження відповідної заборони у розділі VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля» дає підставу вважати, що, доповнюючи КК України ст. 239¹, законодавець перш за все хотів створити дієвий механізм правового захисту українських ґрунтів для збереження їх родючості, а вже потім – захистити права влас-

ників земельних ділянок, із яких знімається ґрунтовий покрив.

Таким чином, прийняття Закону, що розглядається, є яскравим прикладом того, як через недбале ставлення вітчизняних парламентаріїв до виконання свого основного обов'язку – прийняття законів, яке виявилось у нехтуванні техніко-юридичними правилами нормотворення, під охорону були поставлені інші суспільні відносини (власність на ґрунтовий покрив земельних ділянок), а не ті, що планував законодавець (земельні відносини у сфері охорони ґрунтів). У зв'язку з цим значно ускладнюється вирішення питання про правильність місцезнаходження відповідної заборони у системі Особливої частини КК України, а також (що більш важливо) – процес кваліфікації суспільно небезпечного діяння, що розглядається. Щоб вирішити цю проблему пропонуємо передбачити у ст. 239¹ КК України кримінальну відповідальність за порушення земельного законодавства у сфері охорони ґрунтів, описавши ознаки об'єктивної сторони зазначеного злочину за допомогою не термінологічного звороту «незаконне заволодіння», притаманного для опису об'єктивної сторони злочинів проти власності, а вказівки на незаконне *зняття* ґрунтового покриву земельних ділянок, як це пропонує О. Олійник [6]¹. Справді, шкоду *довкілля* завдає саме незаконне «зняття» ґрунтового покриву земельних ділянок, а не його перенесення². І тому саме за вчинення цих дій має бути встановлена кримінальна відповідальність у ст. 239¹, що свідчитиме про те, що місце відповідної заборони саме у розділі VIII Особливої частини КК України «Злочини проти довкілля».

Якщо ж законодавець все ж хоче передбачити кримінальну відповідальність в окремій статті КК України саме за «незаконне заволодіння» ґрунтовим покривом земельної ділянки (тобто розкрадання ґрунтів), вважаючи існуючі в арсеналі кримінального права засоби боротьби з цими суспільно небезпечними проявами недостатніми, то така кримінально-правова заборона має бути розташо-

¹Вживання у ст. 239¹ КК України терміна «зняття» криміналістка пояснює тим, що реальна шкода чи створення загрози спричинення реальної шкоди довкіллю зумовлюється саме діями, спрямованими на незаконне зняття ґрунтового покриву (поверхневого шару) землі.

²До речі, законодавець у ст. 246 КК України «Незаконна порубка лісу», яку можна вважати подібною за змістом до ст. 239¹ КК України, передбачив кримінальну відповідальність за факт незаконної порубки дерев і чагарників у лісах, не вказуючи при цьому на необхідність ще й їх перенесення.

вана серед злочинів проти власності, наприклад, шляхом доповнення КК України ст. 197² «Незаконне заволодіння ґрунтовим покривом земель». Але відповідність криміналізації «розкрадання ґрунтів» розробленим у кримінально-правовій доктрині принципам криміналізації діянь виглядає сумнівною й у будь-якому випадку має стати предметом окремого дослідження.

Список використаних джерел

1. *Земельне право України* / Г. В. Анісімова, Н. О. Багай, А. П. Гетьман та ін.; За ред. М. В. Шульги. – К., 2004. – 368 с.
2. *Гасецька-Колотило Я. З., Львів Н. В.* Аграрне право України. – К., 2008. – 184 с.
3. *Кримінальне право (Особлива частина)* / За ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. – Луганськ, 2012. – Т. 1. – 780 с.

4. *Берзін П. С.* Проблеми визначення окремих ознак складу незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) земель (ст. 239¹ КК України) // Вісник Київ. нац. ун-ту. – 2011. – № 89. – С. 9–13.

5. *Великий тлумачний словник сучасної української мови.* – К.; Ірпінь, 2005. – 1728 с.

6. *Олійник О. С.* Діяння, як обов'язкова ознака об'єктивної сторони незаконного заволодіння ґрунтовим покривом (поверхневим шаром) землі (ст. 239¹ КК України) [Електронний ресурс]. – Режим доступу до сайту: www.legalactivity.com.ua/index.php.

7. *Олійник П. В.* Окремі питання відмежування злочинів проти власності від злочинів проти довкілля // Основні напрями розвитку кримінального права та шляхи вдосконалення законодавства України про кримінальну відповідальність: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 11–12 жовтня 2012 р. – Х., 2012. – С. 391–394.

8. *Олійник П. В.* Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – 219 с.

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

The paper covers the issue of the place of criminal law provision prescribed by art. 239¹ of the Criminal Code of Ukraine in the system of Special part.

Статья посвящена решению вопроса о правильности местонахождения уголовно-правового запрета, предусмотренного ст. 239¹ УК Украины, в системе Особенной части.



УДК 343.627

Інна Доляновська,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри загальноюридичних та кримінально-правових дисциплін
Київського університету туризму, економіки і права*

ОСНОВНІ ОЗНАКИ ТА ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ СПЕЦІАЛЬНОГО ЗАПОБІГАННЯ ЕКСПЛУАТАЦІЇ ДІТЕЙ В УКРАЇНІ

У статті аналізується сутність та основні шляхи попередження такого негативного явища, як експлуатація дітей в Україні.

Ключові слова: діти, експлуатація, запобігання експлуатації дітей.

Проблема запобігання злочинності та пов'язаних із нею інших асоціальних явищ, постійне збільшення кількості вчинених злочинів робить її злободенною й актуальною в усьому світі. Особливо гостро це стосується поширення в Україні явища експлуатації дітей, яке з кожним роком стає все більш розповсюдженим і буденним. Протидія даному явищу потребує скоординованого співробітництва всіх його учасників – міжнародних, державних і недержавних організацій, окремих небайдужих громадян, діяльність яких спрямована на викорінення найгірших форм дитячої праці. В юридичній науці діяльність зазначених суб'єктів має назву «спеціальне попередження злочинності».

Проблемам, пов'язаним із забезпеченням прав і свобод дітей, присвячені роботи О. Балакіревої, С. Вегери, Л. Волинця, І. Городецької, В. Іващенко, Г. Лактіонової, О. Петрашук, Р. Риндзюньського, М. Трофімова, Н. Шость, Н. Юзікової, О. Яременко та ін. Крім того, в останні роки в Україні захищено низку кандидатських дисертацій (М. Баймуратова, В. Вітвицької, С. Киренка, Д. Калмикова, А. Ландіної, Л. Левицької, О. Паньчук, Н. Плахотнюка, О. Рябчинської, Н. Юзікової й ін.), у яких також аналізуються зазначені проблемні питання.

Незважаючи на низку наукових праць та інших досліджень, у яких розглядалися проблеми запобігання посяганням на права й інтереси неповнолітніх, їх моральний і фізичний розвиток, торгівлі ними з метою сексуальної експлуатації, вчинення стосовно них насильницьких злочинів, самостійного дослідження проблем попередження експлуатації дітей не проводилося.

Метою цієї статті є дослідження такого напрямку запобігання експлуатації дітей, як

спеціальне, його суб'єктів, а також розроблення на його основі заходів попередження даного явища.

В юридичній літературі відсутній єдиний підхід до визначення змісту спеціальних заходів попередження злочинності. О. Жалінський вказував, що спеціальні заходи попередження злочинів є способами кримінально-правової дії та вживаються для усунення криміногенних чинників або активізації чинників, що перешкоджають злочинам [1, с. 157–158]. Проте він не конкретизував ознаки, функції та межі компетенції органів, покликаних здійснювати протидію злочинності. Інші автори приділяли увагу саме суб'єктам попереджувальної дії, від напряду діяльності яких залежить характер заходів спеціального попередження [2, с. 178–179]. З часом спеціальне попередження злочинів стали асоціювати з діяльністю суб'єктів попереджувальної діяльності [3, с. 64–73].

Л. Крижна розглядає під цим видом протидії злочинності «цілеспрямований вплив спеціальних (у тому значенні, що вони спеціалізуються на боротьбі зі злочинністю) державних органів, громадських формувань і т. ін. на криміногенні фактори, що обумовлюють окремі види і групи злочинної поведінки» [4, с. 45]. При цьому усунення чи нейтралізація таких комплексів специфічних причин і умов злочинної поведінки здійснюється в процесі діяльності відповідних суб'єктів, для яких профілактична функція є виконанням їх професійних завдань.

Інші вчені наділяють суб'єктів попереджувальної діяльності більшим спектром повноважень. На їх думку, суб'єкти спеціального попередження мають певні повноваження, що дозволяють їм самостійно проводити заходи попереджувального характеру, аналізу-

вати та планувати дану роботу [5, с. 20–21]; на них законом покладені завдання та функції з виявлення, усунення, послаблення, нейтралізації причин і умов, які сприяють існуванню та поширенню злочинності загалом, певних видів і конкретних злочинів, а також утримання від переходу на злочинний шлях, забезпечення ресоціалізації осіб, схильних до вчинення злочинів (рецидиву) [6, с. 175].

Суб'єктам спеціального попередження притаманні інформаційні, організаційні та інші форми взаємодії з суб'єктами. Форми взаємодії такі: спільний аналіз обстановки у сфері боротьби із злочинністю, проведення профілактичних заходів; узгоджене або спільне планування окремих найбільш важливих напрямів попереджувальної діяльності служб і підрозділів органів внутрішніх справ, а також взаємодія з іншими державними органами та громадськими організаціями; здійснення попереджувальних заходів спільними зусиллями (проведення різноманітних рейдів, операцій, перевірок тощо); спільна підготовка та проведення нарад, лекцій, семінарів, інших організаційних заходів; спільне внесення пропозицій і рекомендацій до органів влади й управління, відомств, адміністрацій підприємств, організацій, установ; надання допомоги один одному відповідними силами і засобами.

Ми вважаємо, що *спеціальним запобіганням експлуатації дітей є конкретна система протидії цьому злочину, зміст якої є різноманітна робота держави й її інституцій, пов'язана з нейтралізацією причин і умов, що безпосередньо зумовлюють окремі прояви експлуатації дітей, а також попередження цього явища на різних стадіях поведінки людей у суспільстві.*

У кримінологічній літературі [5, с. 175] наведена така класифікація суб'єктів профілактики злочинів: за місцем у державній і суспільній системі; за завданнями, компетенцією та змістом запобіжної діяльності.

Відповідно до наведеної класифікації та враховуючи специфіку дослідження, пропонуємо розглянути систему органів та установ, покликаних протидіяти залученню дітей до експлуатації:

залежно від місця в державній і суспільній системі виділимо такі суб'єкти протидії експлуатації дітей: державні органи; неурядові організації; окремі громадяни;

залежно від завдань, компетенції та змісту запобіжної діяльності, наведені суб'єкти класифікуються таким чином: *державні органи* можна класифікувати за трьома критеріями: суб'єкти, основною функцією яких є попередження злочинів взагалі, а також, зокрема, експлуатації дітей; суб'єкти, які безпосередньо не здійснюють діяльності у сфері попередження експлуатації дітей,

але проводять таку організаційну, методичну, консультативну роботу, яка сприяє вказаній попереджувальній діяльності; суб'єкти, діяльність яких регулює одну із сторін соціального життя суспільства, що загалом сприяє протидії залученню дітей до експлуатації; *до неурядових організацій*, на нашу думку, належать спеціалізовані дитячі та молодіжні неурядові об'єднання, а також об'єднання іншого профілю, що надають широкий спектр соціальних послуг дітям, а саме: інформаційно-консультативні та матеріальні послуги, послуги щодо організації дозвілля молоді. Крім того, ці суб'єкти мають повноваження стосовно внесення пропозицій про захист прав та інтересів дітей і розв'язання проблем дитячої праці; *до окремих громадян як суб'єктів попереджувальної діяльності даного злочину* можна віднести приватних осіб, яким не байдужа доля дитини, залученої до експлуатації, які можуть надати дитині як фізичний, так і правовий захист, вилучити її із шкідливого середовища. Ними можуть бути як знайомі дитині люди, так і абсолютно сторонні для неї особи.

Отже, профілактика запобігання експлуатації дітей в Україні покладена на таких суб'єктів:

- комісію з питань запобігання дитячій бездоглядності та безпритульності;
- міжвідомчу комісію з питань охорони дитинства;
- Всеукраїнську спостережну раду з питань забезпечення виконання Міжнародної програми з викорінення найгірших форм експлуатації дитячої праці;
- МВС України;
- МОН України;
- Міністерство праці та соціальної політики України;
- МОЗ України;
- Мінсім'ямолодь;
- Міністерство юстиції України;
- Комітет з питань охорони здоров'я, материнства та дитинства при Верховній Раді України;
- Уповноваженого Верховної Ради з прав дитини;
- службу у справах неповнолітніх обласної, міст Києва та Севастополя, районних державних адміністрацій;
- центри соціальних служб для молоді;
- притулки для неповнолітніх і центри соціально-педагогічної реабілітації неповнолітніх;
- кримінальну міліцію у справах неповнолітніх;
- суди;
- органи та заклади освіти МОН України;
- Академію педагогічних наук НАН України;

- громадські неурядові організації;
- організації робітників і роботодавців;
- окремих громадян.

Наведений список може бути доповнений, оскільки, як зазначено у ст. 1 Закону України «Про органи та служби у справах неповнолітніх» від 24.01.1995 р. № 20/95-ВР, перелік суб'єктів здійснення соціального захисту неповнолітніх не обмежений; у ньому можуть брати участь у межах своєї компетенції й інші органи виконавчої влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи й організації, незалежно від форми власності, окремі громадяни.

Як свідчить наведений перелік установ та організацій, жодна з них не має на меті ліквідувати експлуатацію дітей, але виконує свою чітко окреслену роль у запобіганні цьому явищу. Тому доречною є пропозиція дослідників дитячої праці в Україні [7, с. 56] стосовно можливості відновлення діяльності Комітету у справах неповнолітніх при Кабінеті Міністрів України з розширенням його повноважень щодо праці неповнолітніх або створення в установленому порядку Комітету з питань запобігання та ліквідації дитячої праці при Кабінеті Міністрів України чи Президенті України.

Багаточисельність суб'єктів, які здійснюють попереджувальну роботу в цьому напрямі, дозволяє охопити всі сфери соціального життя, в яких можливі злочинні прояви відносно дітей. Конкретизація завдань, що стоять перед кожним суб'єктом профілактики, дозволить цілеспрямованіше вести роботу. Запобігання залучення дітей до експлуатації має стати одним із пріоритетних напрямів діяльності всіх установ і організацій, що опікуються правами та становищем дітей.

Висновки

Проведений аналіз свідчить про необхідність:

сприяти соціальному захисту дітей із найбільш соціально незахищених сімей і вести чіткий облік таких сімей із метою перешкодження створенню умов, за яких діти можуть бути залучені до праці;

зміцнювати інститут інспекторів праці, наділити їх спеціальними повноваженнями щодо виявлення випадків дитячої праці, передусім зайнятих на приватних (сімейних) підприємствах, у домашніх господарствах, зокрема у сільській місцевості;

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

The article reveals the essence and main directions of preventing such negative phenomena as the exploitation of children in Ukraine.

В статье анализируется сущность и основные направления предупреждения такого негативного явления, как эксплуатация детей в Украине.

підвищувати кваліфікацію працівників служб у справах неповнолітніх, працівників кримінальної міліції у справах неповнолітніх, соціальних працівників, державних інспекторів праці з питань дотримання законодавства стосовно праці дітей, а також розробляти методики виявлення випадків залучення дітей до експлуатації, здійснювати їх облік, медичне обстеження та соціальний супровід;

створювати та систематично оновлювати органам і службам у справах неповнолітніх бази даних стосовно дітей, які працюють;

створювати при соціальних службах, професійних спілках або громадських організаціях, які опікуються проблемами дітей, молодіжних бірж праці, які сприятимуть легальному працевлаштуванню молоді та дітей, старше 14 років, і здійснювати контроль за умовами праці влаштованих дітей;

створювати на базі державних закладів освіти, соціальних служб або громадських організацій, центри реабілітації та реінтеграції дітей, які працюють, а також дітей, вилучених із експлуатації, в яких вони матимуть змогу отримувати соціальний захист, психологічну, юридичну, медичну, педагогічну підтримку;

забезпечувати державними закладами освіти здобуття загальної середньої освіти дітьми, які працюють, за заочною, вечірньою, індивідуальною формами навчання або екстерном;

удосконалювати та розвивати мережі загальноосвітніх навчальних закладів у сільській місцевості, створювати у цій місцевості реальні можливості для здобуття кожною дитиною повноцінної середньої освіти.

Список використаних джерел

1. Жалинский А. Э. Специальное предупреждение преступлений в СССР (вопросы теории). – Львов, 1976. – 196 с.
2. Теоретические основы предупреждения преступности. – М., 1977. – 256 с.
3. Єременко В. Трансформаційні процеси у перехідній економіці (зарубіжний досвід і наша практика) // Розбудова держави. – 1998. – № 7–8. – С. 64–73.
4. Крижна Л. В. Злочини у сфері сімейно-побутових відносин (кримінологічний аспект) – К., 2003. – 105 с.
5. Іванов Ю. Ф., Джужа О. М. Кримінологія. – К., 2006. – 264 с.
6. Исмаилов И. А. Проблемы предупреждения преступлений. – Баку, 1990. – 40 с.
7. Праця дітей в Україні: від усвідомлення проблеми до її вирішення. Робочі матеріали. – К., 2002. – 72 с.



УДК 343.9 (477)

Борис Леонов,*канд. юрид. наук,
провідний науковий співробітник
Національної академії СБУ*

ОСНОВНІ НАПРЯМИ ЗАГАЛЬНОСОЦІАЛЬНОГО ЗАПОБІГАННЯ ТЕРОРИЗМУ

У статті висвітлюються основні напрями загальносоціального запобігання тероризму, визначаються та конкретизуються заходи загальносоціального запобігання тероризму в межах соціально-економічної політики держави.

Ключові слова: тероризм, основні напрями, запобігання тероризму.

Запобігання злочинності здійснюється різними способами: правовими та не правовими, процесуальними, організаційно-управлінськими тощо. Теорія запобігання злочинності визначає рівні, масштаби, різновиди цієї діяльності, у тому числі залежно від її цільового призначення, теоретичні засади науково-методичного й організаційно-інформаційного забезпечення. *За цільовим призначенням* запобіжні заходи в теорії поділяють на: цільові або спеціальні (спеціально-кримінологічні), що мають спеціальну мету запобігання злочинності; загальносоціальні, здійснення яких спрямовується на вирішення інших соціальних проблем, але побічно має ефект і щодо запобігання злочинності [1, с. 327].

У кримінології поділ заходів запобігання на загально-соціальні та спеціально-кримінологічні став майже аксіоматичним, хоча заслуговує на увагу недостатня визначеність обсягу зазначених класифікаційних груп. Спроби їх уточнити ускладнені ще й тим, що кримінологи часто використовують терміни «заходи соціальної профілактики», «заходи безпеки», «заходи спеціальної профілактики», «інші профілактично значущі заходи». При цьому дослідники, які вживають однакові терміни, частокладають у них різний зміст.

Слід зазначити, що іноді межі загальносоціальних заходів запобігання злочинності помилково розширюють, ототожнюючи їх з «ефективним функціонуванням» усіх позитивних інститутів соціальної правової держави. Це зумовлює змішування підстав (критеріїв), за якими запобігання класифікується на загальносоціальне та спеціально-кримінологічне. Як підстава для такої класифікації використовується мета [2, с. 6–7; 3, с. 185–186; 4, с. 97–99] запобіжних заходів. Деякі дослідники для класифікації вказують декілька підстав, одночасно підкреслюючи, що заходи спеціально-кримінологічного рівня своїм спеціальним призначенням і цілеспрямованістю [5, с. 38].

На кримінологічних проблемах запобігання тероризму зосереджували свою увагу В. Антипенко, Ю. Антонян, В. Глушков, С. Дікаєв, В. Ємельянов, В. Єрмаков, А. Закалюк, М. Кирєєв, В. Крутов, В. Лунєєв, Б. Мартиненко, С. Мохончук, І. Рижов, М. Семикін та інші. Але, незважаючи на велику кількість наукових праць, проблема класифікації загальносоціальних заходів, їх співвідношення із спеціально-кримінологічними заходами запобігання злочинності, у тому числі тероризму, на жаль, далека від свого вирішення.

Метою цієї статті є висвітлення й уточнення основних напрямів загальносоціального запобігання тероризму.

Г. Мінковський вважає, що функція загальносоціального запобігання послідовно здійснюється прогресивним розвитком суспільства. Вона пов'язана з найбільш значимими та довготривалими видами соціальної діяльності, яка здійснюється у процесі вирішення великомасштабних соціальних завдань [6, с. 184–185].

На думку В. Голіни, загальносоціальне запобігання створює соціально-економічні та культурні підвалини для ефективного здійснення спеціально-кримінологічного й індивідуального запобігання злочинам [7, с. 55].

Відомо, що загальносоціальному запобіганню сприяє багато процедур і засобів, які здійснюються без адресування причин і умов злочинності та конкретних злочинів. Запобіжний вплив на них, хоч і не цілеспрямований, належить до загальносоціального. Це кримінологічні засоби з переважанням виховних, соціально-психологічних, педагогічних, індивідуально-побутових, медичних тощо.

Загальносоціальний рівень запобігання злочинності є по суті антикриміногенним потенціалом діяльності всього суспільства. Запобіжний потенціал цієї діяльності полягає в тому, що вона протидіє негативним явищам і процесам, які сприяють відтворенню або збільшен-

ню рівня злочинів, стимулює законслухняну поведінку людини [7, с. 54]. Тому обов'язковою передумовою успіху в реалізації заходів, спрямованих на запобігання злочинності, у тому числі терористичним проявам, є досягнення іншого, якісного стану нашого суспільства. Грунтуючись на позиції еволюційності та наступництва в діяльності запобігання злочинності, проблема запобігання тероризму має вирішуватись у руслі боротьби з організованою злочинністю.

Заходи, які в запобіганні злочинності мають загальносоціальну спрямованість, стосовно недопущення тероризму набувають переважно спеціально-кримінологічного характеру, оскільки: реалізуються, як правило, у межах спеціальних нормативних актів; спрямовані на достатньо вузьке коло осіб; реалізується превентивна функція кримінального права, а запобігання тероризму у кримінологічному аспекті виявляється як результат забезпечення правомірної поведінки.

Результати запобігання злочинності, у тому числі тероризму, залежать від реалізації комплексу соціально-економічних, політичних і організаційно-управлінських, виховних, технічних, правових та інших заходів. Слід зазначити, що основними сферами суспільства, в яких передусім слід здійснювати запобіжну роботу на цьому рівні, є: політична; організаційно-управлінська; технічна; інформаційна; соціально-економічна; морально-психологічна; культурно-виховна; правова.

У *політичній площині* виникає питання щодо адекватності цілей і засобів запобігання тероризму окресленій меті, чи не призведе їх застосування до зворотного результату: поглиблення соціальної кризи, затягування або загострення міжнаціонального, конфесійного, релігійного чи іншого соціального конфлікту; політизація проблематики міжнаціональних, етноконфесійних відносин; поширення громадської нетерпимості та протистояння, насамперед у площині суспільно-політичних відносин; негативний вплив міжнародних терористичних організацій. У зв'язку з цим актуалізується необхідність вироблення рішень, що приймаються особами, уповноваженими виконувати владні функції. На нашу думку, в політичній сфері антикриміногенний заряд несуть заходи, спрямовані на: розвиток міжнародного співробітництва у різних сферах життєдіяльності; забезпечення соціального будівництва (по суті в усіх сферах суспільного життя); прийняття найважливіших державних програм економічного та соціального розвитку з урахуванням думки населення; реалізацію зваженої політики у вирішенні національних і міграційних питань; боротьбу з корупцією й організованою злочинністю тощо.

Прогресивні соціальні програми мають бути спрямовані на утвердження законності, поваги до конституційних прав і свобод людини, зміцнення громадського порядку, дисципліни,

на вирішення проблем поєднання громадських, виробничих, сімейно-побутових інтересів жінок і сім'ї, соціальну адаптацію маргінальних верств населення тощо [7, с. 54].

В *організаційно-управлінському* плані необхідно вирішити, чи можна практично здійснити ті або інші заходи, чи вистачить для цього часу, сил і засобів, які залучаються до боротьби з тероризмом, спланувати. Очевидно, що вироблення та реалізація ефективної концепції запобігання тероризму вимагає не тільки обґрунтованого прогнозу розвитку криміногенної ситуації, а й врахування реальної перспективи організаційного і ресурсного забезпечення суб'єктів боротьби з тероризмом.

В *інформаційній* сфері основними напрямками запобігання є інформування громадян, виявлення та вираження суспільної думки населення, активізація роз'яснювальної роботи серед громадян шляхом залучення з цією метою ЗМІ, плідна взаємодія останніх із суб'єктами боротьби з тероризмом.

У *соціально-економічній сфері* напрямками запобігання є забезпечення соціально-політичної стабільності в державі, проведення продуманої соціальної політики, уповільнення та зниження темпів інфляції, справедливий перерозподіл власності, підвищення добробуту населення, обмеження негативних наслідків бідності, безробіття, міграції.

Проблеми соціально-економічного характеру зумовлюються зниженням рівня життя та соціальної захищеності окремих верств населення України, його розшаруванням за майновими ознаками, наявністю великої кількості громадян працездатного віку, не зайнятих суспільно корисною діяльністю. Зазначене стимулює протестний потенціал у суспільстві, негативно впливає на криміногенну ситуацію у державі. Значна відмінність у матеріальному становищі людей сприяє виникненню напруженості, незадоволення, що призводить до конфліктних ситуацій, здатних викликати вчинення антисупільних дій. Невдоволення значної частини населення діяльністю органів державної влади стає причиною виникнення конфліктних ситуацій. Тому підґрунтям позитивних змін у суспільстві є впровадження економічних заходів, що створюють передумови для стабілізації матеріального становища громадян.

У *технічній сфері* напрямками запобігання є забезпечення дієвого контролю за використанням і зберіганням вогнепальної зброї, боєприпасів вибухових речовин, інших небезпечних матеріалів, що можуть потрапити до рук терористів.

Запобігання терористичним проявам сприятиме також удосконалення *морально-психологічної* сфери людських стосунків. Сьогодні у суспільстві спостерігається прогресивне падіння духовності, моральної культури. Цьому, зокрема, сприяють відеопродукція, художня література, які пропагують культ грубої сили, обману, вульгарності, цинізму. Це свідчить про не-

благополуччя людини. Заходи морального характеру як важіль загальносоціального запобігання злочинності – окрема тема дослідження, однак слід зазначити, що усуненню морального неблагополуччя сприятиме врахування емоційного розвитку, індивідуальних особливостей підлітків у процесі морального виховання як у школі, так і в сім'ї. Вирішення проблеми вдосконалення духовної сфери вимагає комплексного підходу, використання різних засобів – ідеологічних, культурно-виховних, організаційних, управлінських тощо. Стратегічними напрямками у справі оздоровлення молоді є освіта, виховання та пропаганда одвічно високих цінностей і культурного надбання сучасності [8, с. 455]. У цій справі провідну роль покликано відігравати *культурно-виховні заходи*, стратегічним напрямом яких є руйнування кримінальної субкультури. В. Голіна зазначає, що в масштабах країни треба організувати дискредитацію злочинного світу та злочинної субкультури за спеціально розробленою довготривалою програмою через ЗМІ, кіно, літературу, мистецтво тощо [9, с. 171]. У зв'язку з цим існує необхідність в організації протидії різним формам негативного соціально-психологічного впливу на суспільство, який чиниться прямо, а частіше опосередковано – через ЗМІ, літературу, кінофільми [1, с. 413].

У сфері правових відносин слід виділити кілька напрямів:

- перший – вдосконалення законодавства України, яке хоч і не спрямоване безпосередньо на запобігання тероризму, однак має своїм завданням правове регулювання інших суспільних відносин – цивільних, сімейних, адміністративних тощо. Ці відносини, будучи неврегульованими, можуть мати криміногенний характер [10, с. 27];

- другий – загальносоціальне запобігання злочинності у сфері правових відносин, представлене превентивним призначенням кримінально-правових норм. Соціальна обґрунтованість і чітке формулювання кримінально-правових норм, їх застосування на практиці сприяють запобіганню злочинів як на загальному, так і на індивідуальному (спеціальному) рівнях [11, с. 228];

- третій – запобіжна діяльність у сфері правових відносин (організація роботи правоохоронних органів, що полягає в ретельному доборі та комплектуванні кадрів, належному матеріальному і моральному стимулюванні їх праці);

- четвертий – наукові фундаментальні та прикладні розробки у сфері боротьби із злочинністю, невід'ємною умовою ефективності яких є достатній обсяг фінансування.

Стаття надійшла до редакції 06.05.2013 р.

In the article are considered the main directions of general social countering terrorism. Defined and specified the main measures of general social combating terrorism within the framework of socio-economic policy.

В статтє освещаются основные направления общесоциального противодействия терроризму, определяются и конкретизируются меры общесоциального противодействия терроризму в рамках социально-экономической политики государства.

Висновки

У межах загальносоціального запобігання тероризму виділяються напрями, які складають комплексну систему заходів політичного, організаційно-управлінського, правового, технічного, інформаційного, соціально-економічного, морально-психологічного та культурно-виховного характеру.

Реалізація загальносоціальних заходів запобігання злочинності в цілому створює необхідні умови для застосування спеціально-кримінологічних заходів запобігання тероризму. Ці заходи є складовими державної політики у сфері боротьби з тероризмом, характер і спрямованість яких визначає склад останньої. Конкретні заходи запобігання тероризму мають відповідати правовим принципам і будуватися на глибокому осмисленні явища тероризму, умов, що його зумовлюють.

Список використаних джерел

1. *Закалюк А. П.* Курс сучасної української кримінології: теорія і практика. – К., 2007. – 424 с.
2. *Шляпочников А. С.* К вопросу о классификации мер предупреждения преступности // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1972. – Вып. 17.
3. *Кримінологія.* – СПб., 1998. – 608 с.
4. *Четвериков В. С.* Кримінологія. – М., 1996. – 144 с.
5. *Теоретические основы предупреждения преступности* / Под ред. В. К. Звирбуль, В. В. Клочкова, Г. М. Миньковского и др. – М., 1977. – 256 с.
6. *Кримінологія* / Под ред. Н. Ф. Кузнецовой, Г. М. Миньковского. – М., 1994. – 415 с.
7. *Кримінологія: Загальна та Особлива частини* / За ред. В. В. Голіни. – Х., 2009. – 288 с.
8. *Батиргареева В. С.* Рецедивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми. – Х., 2009. – 576 с.
9. *Голіна В. В.* Кримінологічні та кримінально-правові проблеми боротьби з бандитизмом: соціально-правове і кримінологічне дослідження. – Х., 2004. – 212 с.
10. *Сухарев А. Я., Алексеев А. И., Журавлев М. Л.* Основы государственной политики борьбы с преступностью в России (теоретическая модель) // Формирование государственной политики борьбы с преступностью: Материалы конф. – М., 1997. – С. 105–143.
11. *Туркевич І. К.* Оцінка окремих положень Кримінального кодексу України з позиції кримінолога // Новий Кримінальний кодекс України: питання застосування і вивчення: Матер. міжн. наук.-практ. конф., 25–26 жовтня 2001 р., м. Харків. – К.; Х., 2002. – С. 228–231.



УДК 343.973:343.53

Артем Мікіш,*ад'юнкта кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПРОТИДІЇ ФІКТИВНОМУ ПІДПРИЄМНИЦТВУ В УКРАЇНІ

У статті досліджуються питання щодо протидії фіктивному підприємництву в Україні, висвітлюються проблеми існування фіктивного підприємництва як основного інструменту легалізації грошей в Україні, а також пропонуються можливі шляхи їх вирішення.

Ключові слова: протидія фіктивному підприємництву, тіньова економіка, відмивання грошей, банківські установи.

Перехід на нові форми господарювання, а також позитивні зміни в економіці, зумовили появу нових факторів, що створюють умови для вчинення різноманітних зловживань. Набули поширення злочини, що скоюються з використанням фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності, насамперед у високорентабельних галузях промисловості.

Боротьба з фіктивним підприємництвом, запобігання та протидія легалізації доходів, одержаних злочинним шляхом, є пріоритетним завданням правоохоронних органів, яке протягом останніх років набуває особливої актуальності.

Термін «протидія» злочинності доцільно сформулювати як прогнозування, виявлення та здійснення заходів щодо локалізації злочинів через їх розкриття і забезпечення принципу невідворотності покарання винних, а також запобігання злочинності шляхом встановлення, усунення та попередження причин і умов її відтворення [1, с. 80].

Дослідженню проблем попередження господарських правопорушень присвятили свої роботи В. Вишневський, Г. Знаменський, О. Кібенко, Д. Липницький, В. Мамутов, І. Побірченко, Б. Розовський, В. Хахулін, О. Шаповалова, В. Щербина та ін. Фіктивне підприємництво розглядається ними здебільшого як механізм або спосіб вчинення протиправних діянь у сфері господарської діяльності.

Фіктивне підприємництво як загальна характеристика скоєння різноманітних правопорушень у сфері підприємництва (зокрема, не врегульованих законодавством), що скоюються від імені суб'єктів господарювання, розглядають у своїх наукових роботах П. Андрушко, В. Білецький, В. Вересов, А. Волобуєв, О. Дудоров, Н. Гурова, В. Лисенко,

Н. Навроцький, Ю. Сталінський, Є. Стрельцов, М. Хавронюк та ін.

Механізм створення та подальшого використання фіктивних підприємств невпинно вдосконалюється, що потребує застосування адекватних засобів боротьби з фіктивним підприємництвом, розроблення відповідних рекомендацій.

Метою цієї статті є дослідження питань, що стосуються протидії фіктивному підприємництву в Україні, розкриття проблем існування фіктивного підприємництва як основного інструменту легалізації грошей в Україні, а також формулювання пропозицій щодо можливих шляхів і засобів їх вирішення.

Злочини, що вчиняються з використанням фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності, набули таких масштабів, що дедалі більше становлять загрозу економічній безпеці України, оскільки частина капіталу держави (більш як 50 %) знаходиться у «тіньовому» обороті [2, с. 39]. Згідно з інформацією Головного управління статистики у столиці налічується 250 тис. суб'єктів господарювання, отже, можна припустити, що в «тіні» знаходиться близько 125 тис. підприємств.

Особливістю української тіньової економіки (господарської діяльності, що внаслідок певних причин і умов прагне уникнути контролю з боку держави) є поширене використання фіктивних суб'єктів господарювання для оформлення безтоварних операцій або тих, що не відповідають дійсності. Так, при здійсненні імпорتنих операцій із використанням реквізитів фіктивних підприємств знижується кількість і митна вартість товарів, що ввозяться, в результаті чого злочинці отримують надприбутки, які в подаль-

шому відмиваються. Доказування такого відмивання потребує великих затрат часу та зусиль із боку правоохоронних органів.

У зовнішньоекономічній діяльності існує зворотний крок, коли при експорті товарів у господарський ланцюжок включаються кілька фіктивних структур, які нібито брали участь у закупці товарів, їх перевезенні. При виході за кордон ця продукція чи товари оформляються вже легальним платником податків і він подає до ДПС заявку на відшкодування нібито сплаченого податку на додану вартість. Таким чином, утворюється одне з найпоширеніших джерел накопичення брудних грошей, коли на першому етапі за рахунок фіктивних структур не сплачується податок на додану вартість, а в подальшому легальний платник податків незаконно звертається за відшкодуванням із державного бюджету несплаченого ПДВ. Таким чином, відбувається розкрадання бюджетних коштів, а офіційне отримання незаконного відшкодування грошей в органах ДПС фактично завершує процес легалізації цих доходів.

Використання фіктивних господарських структур для незаконної конвертації безготівкових коштів у готівку є основним інструментом легалізації грошей в Україні. Для цього використовуються реквізити фіктивних фірм, через рахунки яких проходять злочинні прибутки для того, щоб опинитися на певному рахунку та в тій формі, яка дозволяє безперешкодно зняти готівку. Зняття готівки з банківських рахунків здійснюється за допомогою підроблення або чужих документів, які посвідчують особу. На певному етапі на підставі злочинно здобутих безготівкових коштів видаються ощадні сертифікати на пред'явника або на підставних осіб, за якими, на другому етапі, знімаються кошти з використанням чужих або підроблених паспортів. У результаті особа отримує кошти у сумі мільйонів гривень (доларів США чи іншої валюти). Такі операції не підпадають під визначення легалізації, але вони є одним із етапів отримання злочинних доходів і містять у собі ознаки інших злочинів – підробка документів, використання підроблених документів, ухилення від сплати податків тощо. Грошові кошти, отримані в результаті таких операцій, у подальшому використовуються для проведення тіншових операцій, підкupu державних чиновників, створення умов для вчинення інших злочинів, тобто вони підживляють фінансову й економічну основу держави, а якщо вони досягають великих розмірів, то, безумовно, посягають і на національну безпеку. В цьому у полягає найбільша небезпека фіктивного підприємництва як основного інструменту легалізації злочинних прибутків в Україні.

У відповідь на зростання проблеми відмивання грошей у 1989 р. на зустрічі керівників країн Великої Сімки у Парижі створена Група з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) з метою розроблення скоординованих заходів протидії цьому злу. Одним із перших завдань FATF було розроблення Рекомендацій (загальною кількістю 40), які визначають заходи, що їх мають вжити уряди країн для запровадження ефективних програм боротьби з відмиванням грошей. Так, Рекомендації 5–12 забороняють відкриття у фінансових установах анонімних рахунків на очевидно фіктивні імена; вимагають від фінансових установ проводити ідентифікацію клієнтів, вжиття додаткових заходів для підтримання ділових контактів із клієнтами, які є політичними діячами, та перевірки надійності міжнародних фінансових операцій [3]. Отже, протидія фіктивному підприємництву, відмиванню грошей неможлива без співпраці з банками та іншими фінансовими установами. Так, на сьогодні банківська система США бере активну участь у боротьбі з цим видом злочинності. Законодавство США вимагає від фінансових установ виявляти підозрілі операції та повідомляти про них правоохоронним органам. У разі порушення цих вимог фінансові установи можуть бути покарані як в цивільному, так і кримінальному порядку. Одним із видів покарання є штраф у розмірі, який у 2 рази може перевищувати суму підозрілої операції. До підозрілих операцій у США відносяться будь-які фінансові операції на суму понад 10 тис. дол. (за прогнозами фахівців, у майбутньому ця сума може зменшитися); будь-яка операція з грошовими коштами, яка не має економічної мети; будь-які операції, що можуть із великою ймовірністю бути корисними в протизаконній діяльності, та ін. [4].

Заслужує на увагу діяльність банківських установ. «Нормальне» функціонування фіктивного суб'єкта підприємницької діяльності (далі – ФСПД) неможливе без контролю в повному обсязі за банківськими рахунками, які у вказаних суб'єктів повинні бути відкриті в банках для здійснення безготівкових операцій. Крім банківських співробітників, у реєстрації ФСПД беруть участь особи, які повинні надати юридичну допомогу при відкритті підприємства (адвокати, юристи, нотаріуси). Як правило, діяльність банківських установ, що спеціалізуються на обслуговуванні рахунків фіктивних підприємств, супроводжується не окремими юристами, а асоціаціями, які надають правові послуги, а також послуги із ведення бухгалтерського та податкового обліку для «своїх». Часто такі юридичні компанії входять до злочинних угруповань.

вань, обслуговуючи підприємства з моменту їх відкриття і до ліквідації.

Викладене свідчить про необхідність законодавчого вирішення зазначених проблем, оскільки вони негативно впливають на стан розкриття злочинів, пов'язаних із фіктивним підприємництвом.

За офіційною статистикою, у 2009 р. органами міліції м. Києва виявлено 107 випадків фіктивного підприємництва (ст. 205 Кримінального кодексу (далі – КК) України); у 2010 р. зареєстровано 358 заяв і повідомлень про злочини, пов'язані з фіктивним підприємництвом. За результатами їх розгляду порушено 81 кримінальну справу, у яких на облік поставлено 138 злочинів (динаміка 29 %). У 2011 р. у столиці зареєстровано 176 випадків фіктивного підприємництва, у 2012 р. – 119 (динаміка –30 %) [5].

Із наведених статистичних даних випливає, що за останній рік робота столичних підрозділів у боротьбі з економічною злочинністю у напрямі виявлення фіктивних підприємств малоефективна. Натомість ця служба успішно займається не зовсім властивою їй діяльністю з перевірки закладів громадського харчування, торгівлі та сфери послуг.

У переважній більшості районних управлінь міліції за зазначеною ділянкою роботи відповідальних співробітників не закріплено, відсутній системний підхід до викриття цих злочинів, облік фіктивних фірм.

Слід зазначити, що за період з 2008 р. по листопад 2012 р. органами внутрішніх справ України зареєстровано 2322 випадків фіктивного підприємництва: 2008 р. – 453, 2009 р. – 460 (динаміка 1,5 %); 2009 р. – 460, 2010 р. – 521 (динаміка 13,3 %); 2010 р. – 521, 2011 р. – 565 (динаміка 8,4 %), 2011 р. – 565 (розслідувано 345), 2012 р. – 323 (розслідувано 290), динаміка відповідно – 41,3 %, – 15,9 % [6].

Аналіз динаміки зміни кількості фактів фіктивного підприємництва (ст. 205 КК України), що виявляються, свідчить про зростання цього виду злочинів. У той самий час кількість вироків за ст. 205 КК України (у порівнянні з кількістю порушених кримінальних справ) дуже низька.

Відомо, що кримінальна статистика не характеризує повністю справжнього стану злочинності, оскільки не всі злочини, що вчинені, а також особи, які їх вчинили, реєструються відповідними державними органами. Незареєстрована частина злочинності створює так звану латентну злочинність. У зв'язку з високою латентністю фіктивного підприємництва опублікована статистика щодо динаміки зареєстрованих злочинів і стану осудності за фіктивне підприємництво далека від реальності. Але навіть ті дані, які включені в статистичну звітність, свідчать, що за ос-

танні десять років (2003–2012 рр.) зареєстровано більше 3,5 тис. злочинів, що кваліфіковані за ст. 205 КК України.

Робота підрозділів податкової міліції з викриття злочинів, пов'язаних із фіктивним підприємництвом, дещо краща, ніж в органах внутрішніх справ. Так, київськими податківцями припинено діяльність «конвертаційного» центру з оборотом 100 млн грн; загалом протягом 2012 р. столичною податковою міліцією припинено діяльність 14 подібних «конвертаційних» центрів [5].

Під час виявлення та розкриття злочинів у сфері, що розглядається, поза увагою залишається мета створення фіктивних підприємств, правова оцінка дій службових осіб суб'єктів господарювання реального сектора економіки, які користуються послугами фіктивних підприємств, практично не надається.

Податкова міліція не здійснює оперативне відпрацювання адрес масової реєстрації суб'єктів підприємницької діяльності, які мінімізують податкові зобов'язання, а органи податкової служби не використовують своїх повноважень щодо визнання правочинів нікчемними під час проведення податкових перевірок. Не вживаються всі необхідні заходи щодо належної організації відпрацювання таких суб'єктів [7].

Кримінальні справи за фактами фіктивного підприємництва до суду направляються здебільшого без надання оцінки діям організаторів злочинів, посадових осіб підприємств реального сектора економіки, які користувалися послугами «конвертаційних» центрів, без відшкодування збитків, завданих державі. Така ситуація потребує дієвого вирішення вже сьогодні.

Висновки

Основним критерієм ефективності боротьби з фіктивним підприємництвом мають стати такі результати діяльності правоохоронних органів, як:

надання оцінки діям усіх користувачів послуг «фіктивних» підприємств під час досудового слідства у кримінальних провадженнях;

перешкоджання організаторам схем із надання послуг фіктивних підприємств знайти шляхи для ліквідації таких суб'єктів і відшкодування державі завданих такими діями збитків.

Необхідно розробити механізми взаємодії ДПА, МВС, інших центральних органів виконавчої влади – власників спеціальних інформаційних систем чи документальних баз даних шляхом створення відомчих електронних баз даних, їх взаємодії «online», широ-

кого використання інших високих інформаційних технологій.

Вважаємо за доцільне створення системи вільного обміну інформацією та досвідом між спеціальними підрозділами інших держав, які ведуть боротьбу з легалізацією злочинних прибутків, шляхом укладання двосторонніх угод на засадах взаємності.

Функціонування міждержавних господарських зв'язків (насамперед із державами близького зарубіжжя) вимагає вирішення ще однієї проблеми – створення правової бази міждержавної господарської діяльності, узгодженої з уже прийнятими актами національного законодавства, яке, у свою чергу, має бути узгоджене з нормами міжнародного права.

Необхідно також передбачити фінансові санкції щодо банківських установ, в яких встановлені факти використання декількох банківських рахунків фіктивного суб'єкта підприємницької діяльності. На особливу увагу заслуговують факти реєстрації підприємств і їх подальший супровід юридичними фірмами та приватними підприємцями на основі нотаріально завірених доручень. Як правило, такі фірми є ініціаторами створення нових фіктивних суб'єктів підприємницької діяльності.

На жаль, напрацювання кримінологів не використовуються фінансистами для розроблення ефективних моделей інвестиційної діяльності, які б унеможлилювали утворення фіктивних «інвестиційних фондів», фінансових пірамід, фіктивних підприємств, «конвертаційних» центрів. Не використовують напрацювання кримінологів і фахівці кримі-

нального права, які є авторами ст. 205 КК України, за якою злочином є створення або придбання суб'єктів підприємницької діяльності з метою прикриття незаконної діяльності, а сама незаконна і вкрай суспільно небезпечна діяльність, що лежить в основі майже всіх сучасних економічних злочинів (укладення фіктивних угод, конвертаційних схем тощо), не є злочином [8, с. 105].

Список використаних джерел

1. Попович В. М. Організаційно-правове забезпечення боротьби з відмиванням доходів незаконного походження. – Ірпінь, 2001. – № 1–2.
2. Дудник Л. М., Василичук В. І., Опалінський Ю. В., Мулявка Д. Г. Фіктивне підприємництво, шляхи боротьби з ним. – Ірпінь, 2005.
3. Сорок Рекомендацій Групи з розробки фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (FATF) FATF, Кабінет Міністрів України; Рекомендації, Міжнародний документ від 25.09. 2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/835_001.
4. Осика І. М. Огляд Міжнародного науково-практичного семінару «Протидія економічній злочинності» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://yandex.ua/yandsearch?rdnd=371543&text=%>.
5. Офіційний сайт ДПА України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://sts.gov.ua/>.
6. Статистика МВС України / Сайт МВС України – <http://www.mvs.gov.ua>.
7. Протидія легалізації (відмиванню) доходів як одне із найактуальніших завдань органів прокуратури [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://advocatcons.info/index.php?newsid=13444>.
8. Попович В. М. Роль кримінології у підвищенні запобіжного потенціалу наук, що утворюють організаційно-правову інфраструктуру запобігання злочинності // Митна безпека. – 2011. – № 1–2.

Стаття надійшла до редакції 21.03.2013 р.

This article investigates the issue of combating fraudulent enterprise in Ukraine, highlights problems of a fictitious business as the main tool legalization of money in Ukraine and possible solutions are offered.

В статье исследуются вопросы о противодействии фиктивному предпринимательству в Украине, освещаются проблемы существования фиктивного предпринимательства как главного инструмента легализации денег в Украине, а также предлагаются возможные пути их решения.



УДК 342.951:351.85:343.97

Євген Гайворонський,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри фінансового та адміністративного права
Українського державного університету фінансів та міжнародної торгівлі*

ЗАПОБІГАННЯ РОЗКРАДАННЮ КУЛЬТУРНИХ ЦІННОСТЕЙ

У статті досліджуються основні напрями запобігання розкраданню культурних цінностей, пропонуються заходи вдосконалення державного управління у цій сфері.

Ключові слова: культурні цінності, антикваріат, культурна спадщина, запобігання злочинності, контрабанда, розкрадання, державне управління.

Українське законодавство не виділяє розкрадання культурних цінностей (предметів антикваріату) як окремий злочин на відміну від законодавства Російської Федерації, у Кримінальному кодексі якої передбачена відповідальність за розкрадання предметів або документів, що мають особливу історичну, наукову, художню або культурну цінність (ст. 164) [1, с. 185]. Разом із тим за останні 10 років в Україні вчинено понад 3 тис. злочинів, пов'язаних із протиправним заволодінням антикваріатом, із них розкрито майже половину [2, с. 100]. Викрадені культурні цінності потрапляють на «чорні ринки», які функціонують практично у всіх обласних центрах України, і через їх мережу дістаються до контрабандистів. Значна частина викрадених в Україні культурних цінностей опиняється на великих «чорних ринках» антикваріату, що діють у Москві, Санкт-Петербурзі. Таким чином, через діяльність злочинців Україна значною мірою позбавляється своєї культурної спадщини. А відповідно до ст. 5 «Основ законодавства України про культуру» одним із прав громадян України у сфері культури є їх доступ до культурних цінностей. Отже, збереження культурних цінностей – важлива складова забезпечення права на доступ до них [3, с. 25].

Окремі питання запобігання розкраданню культурних цінностей розглядали такі науковці, як В. Бабакін, В. Гусак, В. Жадько, В. Ковальов, В. Первушин, В. Фурман, Ю. Юринець та інші. Проте кримінологічного дослідження цієї проблематики на відповідному науковому рівні в Україні не проводилося.

Метою цієї статті є визначення основних напрямів запобігання розкраданню культурних цінностей в Україні й удосконалення державного управління в цій сфері.

Одним із найважливіших заходів поліпшення охорони музейних, бібліотечних, архівних колекцій є запровадження багаторівневої системи безпеки, що складається з трьох рубежів. *Перший рубіж* захищає будівельні конструкції

параметрів об'єктів (віконні та дверні отвори, люки, вентиляційні канали й інші елементи будівель, доступні для проникнення злочинців) і полягає в установці на об'єктах спеціальних загороджень. *Другий рубіж* захищає внутрішні отвори та території приміщень від несанкціонованої появи осіб в зоні охорони. *Третій рубіж* передбачається для захисту окремих найбільш цінних експонатів, музейних вітрин, скульптур, картин тощо. Особливо цінні експонати та ділянки установ, де вони знаходяться, необхідно забезпечувати додатковими автоматичними засобами сигналізації та кнопками виклику охорони. При цьому зазначена система має функціонувати цілодобово. Технічний прогрес та вдосконалення майстерності злочинців вимагає розроблення охоронних засобів нового типу.

Слід також використовувати методи захисту, які не потребують великих затрат: виведення сигналізації на телефони квартир співробітників цих установ або дільничних інспекторів міліції, монтаж автономної звукової та світлової сигналізації, що реагує на проникнення на об'єкт сторонніх осіб (місцеві сирени, дзвоники, прожектори, лампи тощо). В умовах ринкових відносин необхідно шукати нові способи розрахунку за охорону закладів культури, в тому числі за допомогою отримання кредитів на встановлення охоронних систем або коштів благодійних організацій.

Практика свідчить, що сторожова охорона музеїв, як правило, у зв'язку з низкою об'єктивних і суб'єктивних обставин (слабка матеріальна заінтересованість, похилий вік сторожів тощо) не завжди може забезпечити належний рівень охорони. Тому як профілактичний захід необхідно використовувати здачу об'єктів під охорону міліції. Оскільки заклади культури часто не мають потрібних коштів Уряд України має переглянути в бік зменшення тарифи на обслуговування їх підрозділами Державної служби охорони МВС України.

Подолання умов, що сприяють викраденню культурних цінностей із приватних колекцій (90 % експонатів яких, за оцінками фахівців, не

опубліковані та не каталогізовані), могло б посприяти створення в Україні музею приватних колекцій, аналоги якого функціонують в інших країнах, наприклад у США. Існують також інші приклади запобігання крадіжкам. Так, деякі роботи Пікасо, колекції Лифаря-Алефельдт зберігаються у швейцарському банку [4, с. 135]. Необхідно посилити охорону музеїв й інших місць збереження предметів антикваріату, оскільки увага злочинців все більше зосереджується на художніх творах, що перебувають у приватних осіб, у музеях, на балансі відомчих установ і записників [5].

Досвід російських музеїв і бібліотек свідчить, що слід розглянути питання створення у великих українських музеях власних служб безпеки. Такі служби створені в Державному Ермітажі, Третьяковській галереї, Російській національній бібліотеці. В Іркутському обласному художньому музеї введена власна фізична охорона, екіпіровану спецзасобами захисту та радіозв'язком, уніформою [6, с. 415]. Доцільно запровадити практику спільних занять і навчань співробітників музеїв, підрозділів позавідомчої та пожежної охорони на випадок виникнення надзвичайних ситуацій, а також підвищити контроль за співробітниками й охоронцями закладів культури, оскільки у багатьох випадках викрасти предмети антикваріату неможливо без сприяння (або прямої участі) з їх боку.

Належну увагу слід приділити охороні тих культурних цінностей, що зберігаються в культових спорудах. Зокрема, слід було б розробити та ввести в дію документи, які б регламентували порядок зберігання культурних цінностей, що знаходяться у користуванні релігійних організацій. Необхідно підписати угоду між МВС України та найбільшими релігійними конфесіями щодо поетапного маркірування предметів релігійного культу, які мають культурну цінність. Для виявлення таких предметів треба залучати фахівців Міністерства культури. Крім того, доцільно за прикладом світських установ встановити в релігійних організаціях обов'язкову процедуру приймання-здавання матеріальних (у тому числі культурних) цінностей. При переміщенні старовинних предметів в інші держави релігійні організації мають інформувати про це правоохоронні органи.

Актуальність боротьби з розкраданнями культурних цінностей вимагає постановки питання про створення в системі МВС України спеціального, професійно орієнтованого підрозділу, призначенням якого було б забезпечення безпеки національного культурного надбання та боротьба з корисливими посяганнями в цій сфері. На сьогодні в МВС України розкрадання культурних цінностей вважаються злочинами загальнокримінальної спрямованості, тому ними займаються співробітники, які розкривають звичайні крадіжки, грабежі, розбої. На необхідність створення спеціалізованих підрозділів по боротьбі з розкраданнями культурних цінностей зверталася увага на нараді Інтерполу 1996 р.

[7, с. 170]. Слід застосовувати позитивний міжнародний досвід, у тому числі досвід Російської Федерації, де з початку 90-х років XX ст. для протидії розкраданню культурного надбання прийняті спеціальні нормативні акти, спрямовані на посилення діяльності органів дізнання, слідчого апарату з розкриття та розслідування такого роду злочинів, створені спеціальні підрозділи у складі обласних управлінь МВС, введена в дію централізована система обліку викрадених предметів антикваріату, систематично проводяться наукові дослідження [8, с. 5]. Періодично в найбільш криміногенних регіонах України мають проводитися широкомасштабні оперативно-профілактичні заходи, коли протягом певного часу ресурси МВС України й інших правоохоронних органів концентруються на боротьбі з посяганнями на культурні цінності, при цьому має здійснюватися взаємодія з прикордонними державами.

Необхідно посилити контроль за обігом (реалізацією та переміщенням) предметів антикваріату, оскільки серед основних причин поширення корисливих зазіхань на культурні цінності, ускладнення розшуку викрадених речей і складнощів у запобіганні їх контрабандному вивезенню залишаються недоліки в забезпеченні обліку наявних предметів антикваріату, що знаходяться в організаціях різних форм власності, у приватних осіб. Оскільки на сьогодні в Україні не існує державних і регіональних каталогів, фото- та відеотек культурних цінностей, то в разі їх викрадення важко орієнтувати правоохоронні органи при розслідуванні злочинів. Було б корисним створення загальноукраїнського переліку існуючих в Україні культурних цінностей (або хоча б найбільш значущих з них). За кордоном вилучається багато антикварних речей, що були контрабандно вивезені з нашої держави, проте документально довести їх українське походження, на жаль, неможливо, отже, неможливо і вимагати їх повернення в Україну.

Із метою попередження розкрадань і контрабанди культурних цінностей вважаємо за необхідне провести повний облік усіх наявних в Україні особливо цінних предметів антикваріату незалежно від місця їх зберігання (у музеях, церквах, державних і приватних колекціях тощо), скласти їх каталоги (картотеки). Крім того, слід нанести на такі предмети спеціальні невидимі неозброєним оком позначки (маркірування), для чого необхідно розробити необхідні методики й технології. Це дозволило б швидко ідентифікувати викрадену річ за допомогою відповідних сканерів у разі її затримання. Заслугує на увагу досвід Нижегородської області РФ із створення єдиного електронного каталога творів мистецтва та релігійного культу (система «Хранитель») із спеціальним маркуванням, що наноситься на антикварні речі та свідчить про їх оригінальність. Зокрема, в практику УВС Нижегородської області ввійшло застосування технології «Ефтен» по фіксації й об-

робці спеціальними засобами предметів релігійного культу з метою спостереження за переміщенням цінностей та ідентифікації їх у випадках розкрадання [9, с. 101].

Фахівцями Науково-дослідного інституту Національної академії внутрішніх справ України в лабораторних умовах розроблені й апробовані нові засоби захисту носіїв інформації та предметів культурної спадщини із застосуванням слабодіагностичних препаратів (нуклідів). Суть одного з розроблених способів маркування об'єктів полягає в нанесенні препарату (носія слабодіагностичного ізотопу) на поверхню об'єкта, що маркується, одним із методів: фізичним, хімічним, точечно-гальванічним, електроіскровим, іонно-плазменним, а також утворення слабодіагностичного індикатора існуючих фарб, люмінесцентних паст, чорнил, інфрачервоних абсорберів, металічних наповнювачів тощо [10, с. 97]. Впровадження цієї системи значно спростить контроль за обігом культурних цінностей. Тому слід оснастити всі територіальні ОВС і митні пости приладами для визначення наявності нанесених раніше позначок.

Доцільно було б розробити єдиний сертифікаційний документ на предмети антикваріату (з урахуванням міжнародного досвіду). Він міг би бути одночасно свідцтвом про право власності на предмет, його вартість і засвідчував би законність наміру власника на вивезення предмета за межі України. Ще одним заходом посилення контролю за обігом антикваріату могло б стати впровадження ліцензування діяльності з продажу культурних цінностей або хоча б тих предметів антикваріату, які є найбільш цінними та мають дуже високу вартість, оскільки існуючі Правила торгівлі антикварними речами (затверджені наказом Міністерства економіки та з питань європейської інтеграції України та Міністерства культури і мистецтв України від 29.12.2001 р. № 322/795) не накладають обмежень на проведення такої торговельної діяльності. Крім того, немає належної відповідальності за порушення цих правил. Також, за прикладом країн Європи, можна було б запровадити ліцензування діяльності колекціонерів. Доцільно встановити порядок, за яким органи внутрішніх справ разом із представниками органів Міністерства культури провадили б діяльність із виявлення колекціонерів і надавали б їм допомогу у складанні опису колекцій, їх охороні, роз'ясненні законодавства.

Сприятиме попередженню розкрадань і контрабанди створення державного реєстру культурних цінностей. Його прообразом є книги реєстрації надходжень одиниць збереження у музеях, генеральні каталоги бібліотек, описи архівних справ. Ці документи є елементами тієї інформаційної бази, на якій і повинен створюватися державний реєстр. Ведення державного реєстру досить просто при централізованому збереженні цінностей (золотий запас, алмазний фонд тощо) і досить ускладнене при децентралізованому збереженні. Постановою Кабіне-

ту Міністрів України від 12.08.1992 р. № 466 затверджено Положення про Державний реєстр національного культурного надбання. Проте робота над реєстром досі перебуває в початковій стадії.

Основними цілями створення державного реєстру є: підвищення ефективності обліку культурних цінностей; збільшення ймовірності своєчасного повернення цінностей їх законним власникам при експонуванні їх на виставках; збільшення ймовірності повернення цінностей їх законним власникам при розкраданні; облік затриманих (знайдених) культурних цінностей; облік антикваріату, реалізованого через мережу антикварних магазинів і аукціонів; проведення мистецтвознавчих експертиз із метою забезпечення повернення цінностей їх законним власникам і поповнення фондів об'єктів культури.

Сучасні інформаційні технології, засоби обробки та передачі інформації вже зараз дозволяють автоматизувати ведення державного реєстру культурних цінностей і спростити роботу з ним. Використання нових інформаційних технологій із застосуванням запам'ятовуючих пристроїв дозволяє організувати ретельний облік і контроль. Критеріями добору одиниць збереження до державного реєстру на першому етапі його створення могла б бути добра воля власників і їх заінтересованість в оголошенні наявності культурних цінностей у їх фондах. На наступних етапах формування державного реєстру має бути прийняте спеціальне урядове рішення про обов'язкову реєстрацію предметів культурної спадщини. Крім того, в реєстр повинні заноситися відомості про предмети антикваріату, які знаходяться на зберіганні у релігійних організаціях.

Висновки

Проведений аналіз дозволяє виділити такі напрями запобігання розкраданню культурних цінностей:

- створення в Україні музею приватних колекцій, де б під надійною охороною зберігалися предмети антикваріату, що належать приватним особам;

- впровадження багаторівневої системи безпеки музеїв, яка складається з декількох «рубежів» охорони;

- використання інноваційних методів охорони та тих способів, які не потребують великих фінансових затрат;

- здача об'єктів під охорону міліції;

- створення у великих музеях власних служб безпеки;

- підвищення контролю за співробітниками й охоронцями закладів культури;

- поліпшення охорони культових споруд;

- створення спеціальних підрозділів по боротьбі з посяганнями на культурні цінності в системі МВС України;

- посилення контролю за обігом (реалізацією та переміщенням) предметів антикваріату;

складання переліку існуючих в Україні особливо цінних предметів антикваріату; нанесення на культурні цінності спеціальних маркірувань; розроблення єдиного сертифікаційного документа на предмети антикваріату; впровадження ліцензування торгівлі антикваріатом і колекційної діяльності; створення державного реєстру культурних цінностей; допомога державних органів колекціонерам у складанні опису колекцій, їх охороні тощо.

У подальшому необхідним є більш докладне розроблення кожного з окреслених нами напрямів.

Список використаних джерел

1. *Основи інформаційного права України* / За ред. М. Я. Швеця, Р. А. Калужного, П. В. Мельника. – К., 2004. – 274 с.
2. *Фурман Я. В.* Особливості розкриття крадіжок культурних цінностей, предметів антикваріату та інших предметів, віднесених до цієї категорії // *Наше право*. – 2010. – № 3. – С. 99–101.
3. *Юринець Ю. Л.* Митний контроль за вивезенням культурних цінностей в контексті міжнародних зобов'язань України // *Митна справа*. – 2011. – № 1. – С. 25–34.
4. *Костін М. І.* Контрабанда. Доказування обставин вчинення злочину на досудовому слідстві. – К., 2003. – 185 с.
5. *Бабакин В. М., Ковальов В. В.* Особенности расследования розкрадания культурных ценностей в Украине // *Форум права*. – 2011. – № 3. – С. 14–20 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-3/11bvmcvu.pdf>.
6. *Письмо* Министерства культуры Российской Федерации «Рекомендации конференции «Безопасность музеев и библиотек – 95» // Библиотека и закон: Справочник. Документы, комментарии, консультации, юридические советы на каждый день. – М., 1997. – С. 412–416.
7. *Давлетшина О. В.* Уголовно-правовая охрана культурных ценностей в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов н/Д., 2003. – 201 с.
8. *Первушин В. М.* Методика расследования уголовных дел о хищениях антиквариата. – М., 1993. – 46 с.
9. *Мытарев В. В.* Опыт УУР Нижегородской области в использовании технологии ИЧП «Эф-тэн» по нанесению скрытой маркировки на культурные ценности, их паспортизацию, создание единой системы каталогизации и спецобработки предметов, хранящихся в местах отправления религиозного культа // *Сборник докладов и нормативно-правовых актов государств – участников СНГ по проблемам сохранения культурных ценностей*. – М., 2001. – С. 98–101.
10. *Гусак В. А.* Защита исторических и культурных ценностей с применением слаборадиоактивных препаратов // *Сборник докладов и нормативно-правовых актов государств – участников СНГ по проблемам сохранения культурных ценностей*. – М., 2001. – С. 95–97.

Стаття надійшла до редакції 07.04.2013 р.

In the article the basic directions of prevention of thefts of cultural values are researched. The author offers measures of improvement of state administration in this sphere.

В статье исследуются основные направления предотвращения хищения культурных ценностей, предлагаются меры совершенствования государственного управления в этой сфере.



УДК 343.985

Владислав Негребецький,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри криміналістики

Національного університету «Юридична академія України ім. Ярослава Мудрого»

МОДЕЛЮВАННЯ ЯК СПОСІБ ФІКСАЦІЇ ПІД ЧАС ПЕРЕВІРОЧНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ

Стаття присвячена проблемам удосконалення способів і прийомів фіксації перевірочних слідчих дій на прикладі слідчого експерименту та перевірки показань на місці.

Ключові слова: слідча дія, фіксація, моделювання, слідчий експеримент, перевірка показань на місці, фотозйомка, відеозапис, план, схема.

Розслідування злочинів – це пізнавальна діяльність слідчого, спрямована на збирання, дослідження й оцінку доказової інформації. На стадії досудового розслідування така діяльність відбувається у формі слідчих або розшукових дій (ст. 223 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України). В слідчій практиці нерідко виникає необхідність перевірити зібрану інформацію або слідчу версію, висунуту на підставі таких даних. Це можливо як за допомогою зіставлення з іншими наявними доказами, так і через отримання нових. При цьому існують слідчі дії, спеціально призначені для перевірки отриманих доказів [1, с. 42–44]. До групи так званих «перевірочних» слідчих дій, зокрема, належать слідчий експеримент і перевірка показань на місці.

Перевірка показань на місці – самостійна слідча дія, яка являє собою процес зіставлення інформації, отриманої під час допиту й (або) ідеальних слідів пам'яті, з матеріальною обстановкою місця події за допомогою розповіді, демонстрації та пояснень особи, показання якої перевіряються, з метою виявлення її поінформованості про дані, що перевіряються або уточнюються, а також встановлення нових фактичних даних. *Слідчий експеримент* (на відміну від перевірки показань на місці) полягає у проведенні спеціальних дослідів із метою перевірки зібраних доказів, отримання нових доказів, перевірки й оцінки слідчих версій про можливість існування тих чи інших фактів, що мають значення для розслідування злочину та встановлення істини у справі [2, с. 290].

Процес провадження цих слідчих дій та отримані при цьому результати мають бути процесуально зафіксовані з тим, щоб вони могли зайняти місце серед інших доказів по справі.

Метою цієї статті є дослідження особливостей використання під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці додаткових способів фіксації (виготовлення планів чи схем, фотозйомки, відеозапису), виявлення шляхів підвищення ефективності їх використання та розроблення на цій основі практичних рекомендацій для слідчих органів України.

Окремі аспекти фіксації інформації під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці розглядалися у роботах відомих учених процесуалістів і криміналістів: І. Биховського, О. Васильєва, А. Дулова, В. Колмакова, В. Коновалової, В. Лукашевича, І. Лузгіна, С. Степичева, С. Шейфера, В. Шепітько. На рівні дисертаційних досліджень цим слідчим діям присвятили свої праці А. Андрєєв, Л. Ароцкер, Р. Белкін, Н. Гуківська, Д. Заяць, О. Зозулінський, О. Маслов, О. Рубан, Л. Соя-Серко, В. Стратонов, В. Уваров, М. Хлинцов, О. Ципленкова, І. Чаднова, Ш. Ярамиш'ян.

У криміналістичній літературі розглядаються в основному технічні аспекти фіксації доказової інформації під час слідчих дій. Разом із тим заслуговують на увагу методологічна основа фіксації слідчого експерименту та перевірки показань на місці. Обидві слідчі дії призначені для перевірки вже зібраних доказів. Процедура цих слідчих дій передбачає достатньо оригінальне поєднання методів пізнання з метою перевірки наявної інформації [3, с. 60]. Так, перевірка показань на місці передбачає можливість використання специфічного методу отримання інформації, що дозволяє виявляти та встановлювати дані, не доступні іншим процесуальним формам одержання доказів. Таким методом є зіставлення показань про пов'я-

зані з певним місцем обставини злочину з фактичною обстановкою на цьому місці, показаною слідчому особою, яка дала показання. Цей метод є різновидом методу порівняння, який є основою для перевірочних слідчих дій.

Процес зіставлення складається з трьох взаємозалежних елементів – розповіді, показу й огляду. Особа, показання якої перевіряються, розповідає про події, що відбулися на даному місці, обставини, тісно з ними пов'язані. У порядку уточнення їй можуть бути поставлені запитання слідчим, і з його дозволу – іншими учасниками слідчої дії. Розповідь особи на місці події супроводжується демонстрацією окремих дій і поз, які не мають дослідного характеру, а також показом окремих об'єктів, орієнтирів, що входять до загального комплексу даної обстановки. Таким чином, під час цієї слідчої дії особа, показання якої перевіряються, у присутності слідчого фактично створює криміналістичну модель події (реконструює подію). Суттєво, що ця модель будується на підставі показань, що перевіряються, а сама модель виступає інструментом для перевірки показань. Перевагою такого способу перевірки показань є наочність та ілюстративність моделі. Слідчий сприймає реальне місце, предмети, сліди, а також пояснення й дії особи, показання якої перевіряються. При цьому побудована у свідомості слідчого уявна модель події доповнюється сприйнятими образами справжньої обстановки, а також поясненнями та діями цієї особи.

Одночасно слідчий перевіряє фактичні дані, що містяться в цій моделі, на предмет відповідності наявній обстановці на місці події. Він упевнюється в існуванні самого місця, об'єктів і орієнтирів, стає очевидцем дій, що демонструються особою, показання якої перевіряються. Тому неодмінною умовою ефективності та вірогідності результатів такої перевірки є дослідження і фіксація фактичної обстановки місця події для підтвердження правильності показань, що перевіряються [4, с. 14]. Вивчення розташування місця, об'єктів та орієнтирів, зазначених особою, показання якої перевіряються, входить у зміст методу зіставлення.

Очевидно, що використання такого достатньо складного методу перевірки даних (зіставлення), результатом якого є утворення криміналістичної моделі події, вимагає застосування відповідних способів фіксації. На нашу думку, основним критерієм у виборі останніх є їх здатність наочно ілюструвати отриману інформацію. Так, якщо під час перевірки показань на місці відбувається реконструкція розташування учасників події в певний момент часу, то такі результати описати словами в протоколі достатньо складно,

а іноді й неможливо. Простіше в цьому випадку скласти схему, план або здійснити фотозйомку. Перевага такого способу дії полягає у спрощенні наступної оцінки результатів слідчої дії. Адже фототаблиця у порівнянні з протоколом має очевидний плюс у формуванні уявлення про просторове розташування учасників події.

У криміналістичній літературі звертається увага на доцільність застосування графічного способу фіксації результатів перевірки показань на місці. Так, Л. Соя-Серко зазначає, що слід заздалегідь скласти план (схему) місця проведення майбутньої слідчої дії, а в процесі її проведення позначати на ньому маршрут та об'єкти, про які повідомляє особа, показання якої перевіряються [5, с. 75]. М. Хлинцов вважає, що з метою фіксації результатів перевірки показань підозрюваного можна використовувати топографічну карту місцевості, на якій позначається шлях просування, об'єкти та сліди, зазначені особою, показання якої перевіряються [6, с. 98]. О. Васильєв і С. Степичев рекомендують у процесі допиту запропонувати особі, показання якої перевіряються, скласти схему з позначкою знаходження об'єктів на місці вчинення злочину, а також взаєморозташування окремих осіб – учасників події [7, с. 30]. Отриманою в такий спосіб інформацією можна буде оперувати в перебігу перевірки показань на місці. На нашу думку, застосування плану території (приміщення) не тільки полегшує фіксацію результатів слідчої дії, а й дозволяє ефективніше зіставляти пояснення особи, показання якої перевіряються, з наявною обстановкою. Вважаємо, що застосування слідчим плану (схеми) при поясненні особою обставин події та показі обстановки є тактичним прийомом. У випадках, коли місце, де проводиться перевірка показань, характеризується недостатньою оглядовістю, план (схема) дозволяє слідчому чіткіше сприймати обстановку.

Фототаблицю можна розглядати як різновид криміналістичної моделі [8, с. 123]. Фототаблиця – це графічна модель об'єкта. На відміну від схеми або масштабного плану, вона є результатом застосування науково-технічного засобу – фотоапарату. В майбутньому під час проведення слідчих або розшукових дій можливе застосування науково-технічних засобів, які дозволяють утворювати цифрові графічні 3D моделі об'єктів, що досліджуються [9, с. 166].

Цифрова графічна 3D модель може бути отримана за допомогою лазерного 3D сканера. Сучасні лазерні 3D сканери складаються з двох основних компонентів: скануючої системи та цифрової фото- або відеокамери. В результаті в цифровому файлі міститиметься «хмара точок», що представляє у графічній формі

поверхню просканованого об'єкта або простору, у тому числі розміри сканованих об'єктів із високою точністю вимірювання та координати GPS. Така інформація поєднується з відповідними цифровими фотознімками або відеозйомкою для точної передачі кольору об'єктів. За допомогою відповідного програмного забезпечення такі дані можуть бути представлені у вигляді фотореалістичної моделі місця події. Остання дозволяє розглядати місце з будь-якого ракурсу, точно визначати розміри об'єктів і відстані між ними, а також кути взаємного розташування об'єктів, здійснювати аналіз плям крові для визначення траєкторії їх утворення, проводити розміщення пояснювальних написів як на 3D моделі місця події, так і на його дво- та тривимірному плані. Всі дво- та тривимірні зображення місця події в необхідному ракурсі та з поясненнями можуть роздруковуватися за допомогою принтера з подальшим їх оформленням у вигляді відображень тривимірної моделі місця події, фототаблиць, планів місця події. Відповідні файли результатів лазерного 3D сканування та фотозйомки, записані на оптичний диск, можуть додаватися до протоколу.

Можна навести приклади, коли необхідно використовувати графічні способи фіксації перевірки показань на місці. Наприклад, як підозрюваний указує на деталі обстановки, знання яких свідчить про його винну поінформованість щодо обставин досліджуваної події; або декілька підозрюваних під час окремо проведених перевірок їх показань на місці події вказують на одні й ті самі деталі обстановки, що також свідчить про їх винну поінформованість. Такі об'єкти на місцевості виступають орієнтирами, оскільки дозволяють упізнати фрагмент місцевості, зіставити показання декількох співучасників. Графічна фіксація декількох співучасників, коли особа, показання якої перевіряються, вказує на деталі обстановки, що не збереглися на момент проведення слідчої дії (це може бути місце, де знаходилися викрадені речі, тощо).

Графічні моделі під час перевірки показань на місці є необхідними не тільки для фіксації просторового розміщення предметів на місці події, а й документування зовнішнього вигляду цих предметів. Відомі випадки, коли під час перевірки показань на місці були виявлені сліди, причинно пов'язані з подією злочину, наприклад, речі, які належали потерпілій по справі про зґвалтування.

Основою слідчого експерименту є експериментальний метод. Так, Н. Гуковська вважає, що завданням слідчого експерименту є встановлення за допомогою дослідів або випробувань, що проводяться слідчим, факту,

чи могла або не могла подія або явище відбуватися в певних умовах або певним чином [10, с. 13]. Експериментальний метод надає можливість: неодноразово повторювати явища, що спостерігаються, в будь-яких умовах; вивчати явища, які відбуваються в природних умовах дуже швидко або дуже повільно, що перешкоджає їх спостереженню; досліджувати такі явища, які в ізольованому вигляді не можуть спостерігатися в природі; викремлювати в процесі вивчення окремі сторони явища, окремі ознаки об'єкта [11, с. 185].

У разі проведення слідчого експерименту необхідно дотримуватися таких умов: обмежена кількість учасників експерименту, проведення експерименту в умовах, максимально наближених до тих, у яких відбувалася подія або факт, що перевіряється; багаторазовість проведення однорідних дослідів; проведення дослідів у декілька етапів [12, с. 80]. Проведення експерименту вимагає спеціального вибору та створення умов, максимально наближених до тих, у яких відбувалася досліджувана подія. Таким чином, за відсутності можливості обрати аналогічні умови, виникає необхідність у їх моделюванні, наприклад, освітлення, звукові, кліматичні умови, матеріальна обстановка події, форма, вага предметів, за допомогою яких виконуються дії, тощо. Якщо підібрати або реконструювати певні умови неможливо, необхідно враховувати ступінь незбігу умов під час оцінки результатів експерименту.

У слідчій практиці трапляються випадки, коли результати слідчого експерименту або перевірки показань на місці використовуються як матеріали під час проведення судових експертиз. Так, під час перевірки показань на місці по кримінальному провадженню про розбійний напад підозрюваний демонструє, яким чином він наніс ножові поранення потерпілій. Результати слідчої дії надалі використовуються під час судово-медичної експертизи. Інший приклад: за кримінальним провадженням про наїзд транспортного засобу на пішохода з метою встановлення можливості своєчасної оцінки водієм дорожньої обстановки провадиться слідчий експеримент, під час якого здійснюється реконструкція події ДТП, моделюються різні варіанти ситуації. Результати слідчого експерименту надалі виступають матеріалами судової експертизи [13, с. 163]. У таких випадках створення графічних моделей місця події та дій його учасників допоможе експерту виконати поставлені завдання.

Під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці може виникнути необхідність фіксації інформації динамічного характеру. Наприклад, процес і результати дослідів, послідовність виконання окремих дій,

маршрут пересування, поведінка особи, показання якої перевіряються, зокрема, її ініціатива в демонстрації дій, напрямків руху, розташування окремих об'єктів, відтворенні первісної обстановки. В таких випадках доцільно використовувати відеозапис.

Висновки

Особливостями процесу пізнання під час перевірочних слідчих дій – слідчого експерименту та перевірки показань на місці є активне використання методу моделювання, що передбачає необхідність застосовувати способи фіксації, придатні для створення графічних моделей досліджуваних об'єктів. Серед існуючих додаткових способів фіксації слідчих дій такі можливості мають складення планів, схем, здійснення фотозйомки, відеозапису. Тому використання цих способів фіксації під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці є необхідним. Графічні моделі, отримані за допомогою складення планів, схем, здійснення фотозйомки, відеозапису спрощують наступну оцінку результатів слідчої дії, надають більше можливостей для використання цієї інформації під час кримінального провадження.

Список використаних джерел

1. Шейфер С. А. Познавательное значение следственных действий и их система // Вопросы борь-

бы с преступностью. – М., 1972. – Вып. 15. – С. 54–70.

2. Шепитько В. Ю. Криминалистика. – К., 2010. – 496 с.

3. Лузгин И. М. Расследование как процесс познания. – М., 1969. – 177 с.

4. Зозулинский А. Б. Правовые основы и криминалистические методы исследования места события с целью проверки показаний: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1969. – 20 с.

5. Соя-Серко Л. А. Проверка показаний на месте. – М., 1966. – 91 с.

6. Хлынцов М. Н. Проверка показаний на месте. – Саратов, 1971. – 119 с.

7. Васильев А. Н., Степичев С. С. Воспроизведение показаний на месте при расследовании преступлений. – М., 1959. – 43 с.

8. Ратинов А. Р. Судебная психология для следователей. – М., 1967. – 289 с.

9. Шехавцов Р. М. Впровадження технологій 3D моделювання у розслідуванні злочинів: правові та криміналістичні проблеми // Криміналістика XXI сторіччя: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 25–26 листопада 2010 р. – Х., 2010. – С. 166–170.

10. Гуковская Н. И. Следственный эксперимент. – М., 1958. – 96 с.

11. Белкин Р. С. Очерки криминалистической тактики. – Волгоград, 1993. – 200 с.

12. Белкин Р. С. Теория и практика следственного эксперимента. – М., 1959. – 171 с.

13. Ярамышьян Ш. Ш. Особенности следственного эксперимента при расследовании дорожно-транспортного происшествия // Теория та практика судової експертизи і криміналістики. – Х., 2004. – Вып. 4. – С. 162–167.

Стаття надійшла до редакції 03.06.2013 р.

The article is devoted to problems of improvement of ways and receptions of fixation of verifying investigative actions on an example of investigative experiment and verifying testimony at the crime scene.

Стаття посвящена проблемам совершенствования способов и приемов фиксации проверочных следственных действий на примере следственного эксперимента и проверки показаний на месте.



УДК 343.9:343.53

Віктор Корольчук,*канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник відділу організації науково-дослідної роботи
Національної академії внутрішніх справ*

МЕТОДИКА ЗАПОБІГАННЯ, ВИКРИТТЯ ТА ДОКУМЕНТУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ НЕЗАКОННИМ ВІДШКОДУВАННЯМ ПОДАТКУ НА ДОДАНУ ВАРТІСТЬ

У статті розглядається методика запобігання, викриття та документування злочинів, пов'язаних із незаконним відшкодуванням ПДВ.

Ключові слова: запобігання, методи викриття та документування, податок на додану вартість, незаконне відшкодування ПДВ.

Незважаючи на те, що злочинність, пов'язана з податком на додану вартість (далі – ПДВ), є одним із невід'ємних елементів сучасної організації громадського життя, держава та суспільство мають у своєму розпорядженні можливості для того, щоб стримати несприятливі тенденції такої злочинності, забезпечити поступове зниження її рівня, пом'якшити її наслідки. Це вимагає розроблення та виконання заходів соціального, економічного, виховного, організаційного, інформаційно-аналітичного, правового характеру, спрямованих на запобігання протиправним замахам, тобто на профілактику злочинності, пов'язаної з ПДВ.

Підхід до злочинності, пов'язаної з ПДВ, як соціально-негативного явища повинен передбачати відповідну стратегію боротьби з нею, одним із напрямів якої є запобігання злочинів, тобто діяльність держави та суспільства, спрямована проти злочинності з метою утримання її на мінімальному рівні за допомогою впливу на причини й умови, які її породжують [1, с. 153].

Проблеми протидії податковим злочинам у державі завжди були в центрі уваги фахівців у галузі кримінології та кримінального права. Про це свідчать роботи вітчизняних учених В. Антипова, В. Білоуса, В. Поповича, В. Предборського (досліджували проблеми ПДВ і його зв'язку з тінізацією вітчизняної економіки), Р. Гревцової, Н. Гуторової, О. Дудорова (досліджували кримінально-правові проблеми відповідальності за злочини, пов'язані з ПДВ), О. Задорожного, О. Дзісяка, В. Лисенка (досліджували проблеми розслідування злочинів, пов'язаних із ПДВ), Л. Скалзуба, О. Білокоя, С. Чернявського, Р. Довбаша, В. Василенчука (досліджували проблеми протидії злочинам, пов'язаним із незаконним відшкодуванням ПДВ).

Метою цієї статті є дослідження на основі сучасних теоретичних концепцій юридичних наук соціально-правової природи ПДВ, методики запобігання, викриття та документування злочинів, пов'язаних із незаконним відшкодуванням ПДВ.

Аналіз наявної інформації, оперативно-розшукових і кримінальних справ свідчить, що організовані злочинні угруповання активно використовують для розкрадання бюджетних коштів існуючий порядок відшкодування з державного бюджету ПДВ у зв'язку з експортом товарів. З цією метою від імені контрольованих ними комерційних структур (як правило, фіктивних фірм, які не займаються передбаченою статутом діяльністю) до державних податкових адміністрацій (далі – ДПА) подаються фіктивні документи про нібито здійснений такими фірмами експорт товарів. На підставі вказаних документів на їх рахунки у подальшому з державного бюджету перераховуються кошти на повернення ПДВ, які, у свою чергу, присвоюються злочинцями. Для надання вигляду законності злочинним діям попередньо оформлялися безтоварні накладні на товари, нібито відправлені на експорт, про закупівлю їх в інших комерційних структурах. Проте останні або взагалі не існували (такі ж фіктивні фірми), або не мали таких товарів у наявності (не виробляли та не закуповували їх).

З метою заплутовання обліку розрахунки за нібито поставлені товари здійснюються через велику кількість фірм і банків, у тому числі в різних регіонах. При цьому до ДПА нерідко подаються документи про відшкодування ПДВ у зв'язку з експортом товарів, який дійсно мав місце, але під час виконання зовсім інших угод, де його відшкодування не повинно проводитися (зокрема, по бартерних операціях).

Нерідко розкрадання коштів шляхом незаконного відшкодування ПДВ вчиняється за участю працівників ДПА, на яких покладається обов'язок складати письмові висновки про повернення ПДВ із державного бюджету, а також митних органів, які оформляють документи про вивіз товарів на експорт. Вказані особи, зловживаючи посадовим становищем, беруть безпосередню участь у розкраданні або сприяють вчиненню таких злочинів шляхом внесення в офіційні документи завідомо неправдивих відомостей, складання та видачі завідомо неправдивих документів із різноманітних мотивів (у тому числі за отриману винагороду), що на практиці призводить до встановлення розгалужених корумпованих зв'язків між злочинцями та посадовими особами державних органів, організацій, установ.

Вказана злочинна діяльність завдає істотних збитків державі, тим більше, що розкрадання, як правило, вчиняється в особливо великих розмірах. Слід зазначити, що розкрадання саме бюджетних коштів об'єктивно є суттєвою загрозою як державним інтересам, так і інтересам громадян, оскільки негативно впливає на можливість своєчасної виплати заробітної плати, пенсій, інших обов'язкових платежів. У той самий час викрадені кошти активно використовуються для зміцнення економічної бази організованої злочинності.

Здійснення боротьби із зазначеними формами злочинної діяльності, як найбільш небезпечними, має покладатися, перш за все, на спецпідрозділи по боротьбі з організованою злочинністю та корупцією, які наділені достатнім обсягом повноважень щодо проведення оперативно-розшукових заходів, у тому числі передбачених Законом України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 19.11.2012 р.

Оскільки розслідування кримінальних справ про незаконне відшкодування ПДВ потребує виконання великого обсягу оперативно-розшукових заходів і слідчих дій, вже на початковій стадії необхідно вирішувати питання про створення слідчо-оперативних груп із залученням до їх складу слідчих та оперативних працівників як спецпідрозділів, так і податкової міліції, а за необхідності – органів прокуратури, Служби безпеки України.

Під час організації роботи по запобіганню та виявленню фактів вчинення злочинів даної категорії необхідно визначитися з найбільш імовірними об'єктами для подальшого розроблення, оскільки проведення суцільних перевірок усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності призведе до розпорошення зусиль правоохоронних органів, відволікання їх на безрезультатні перевірки. Крім того, оскільки йдеться про запобігання, виявлення та розкриття вже вчинених злочинів, на початковому етапі необхідно використовувати як метод економічного аналізу та моделювання, так і оперативно-розшукові заходи.

З метою виявлення фіктивних експортерів і запобігання скоєнню злочинів у майбутньому економічний аналіз доцільно розпочинати з поступового вивчення всіх документів, пов'язаних із здійсненням зовнішньоекономічної діяльності та відшкодуванням у зв'язку з цим ПВД. Зважаючи на існування корумпованих зв'язків між злочинцями та держслужбовцями, така інформація повинна отримуватися з вимогами конфіденційності, щоб попередити можливий витік інформації.

Роботу слід починати з вивчення в регіональних відділеннях Держказначейства книг (журналів) обліку повернення платежів із держбюджету, де, зокрема, відображається і облік відшкодування ПДВ учасникам зовнішньоекономічної діяльності; листи експортерів із клопотаннями про відшкодування ПДВ (оригінали); висновки керівників ДПП про суми відшкодування ПДВ (номер платіжного доручення про перерахування сум відшкодованого ПДВ повинен бути зазначений у цьому висновку). Проведений огляд надасть можливість отримати інформацію про суб'єктів підприємницької діяльності (далі – СПД), які отримали з бюджету відшкодування ПДВ. Крім того, в ДПП вивчаються заяви СПД (експортерів) про повернення їм ПДВ. Разом із цими заявами повинні бути інші документи, що підтверджують факти експорту товарів і сплату ПДВ за такі товари. Також у ДПП вивчаються акти тематичних перевірок підприємства-експортера, копії запитів і відповідей із приводу виконання угод, на які посилається підприємство-експортер, висновки про суми відшкодованих сум ПДВ, журнали їх реєстрації, щомісячні декларації про донарахування ПДВ, звіти про фінансові результати господарської діяльності (за формою 2) [2]. Зібрана інформація дає змогу вже на даному етапі виявити ознаки можливих протиправних дій СПД, шляхом порівняння даних ДПА і Держказначейства.

Аналогічним чином здійснюється вивчення окремих документів у торговельно-промислових палатах: заяви-декларації експортерів про отримання ними сертифіката походження товарів, призначених для експорту, а також додатки до них (копії документів про виготовлення або придбання товарів і самі сертифікати походження).

Вивченням добових звітів і журналів проходження транспорту з експортними товарами у пунктах пропуску перевіряється достовірність даних про рух експортних товарів через такі пункти. У митних органах, де знаходяться пакети документів на експорт товарів по кожній вивезеній партії, також перевіряється достовірність експорту товарів. Факти вивезення або не вивезення товарів також слід перевіряти шляхом порівняння документів митних органів із даними прикордонних військ Держкомкордону, служби екологічного контролю, служби міжнародних автомобільних

перевезень Міністерства транспорту, пости яких розміщуються на кордоні (перед пунктами пропуску) й які теж фіксують виїзд автотранспорту, а також залізничного транспорту (якщо вказується саме цей вид транспорту). Також необхідно перевірити дані українських митниць шляхом їх порівняння з даними відповідних органів тих держав, до яких нібито перевезено вантаж.

В установах банків вивчаються юридичні та кредитні (при використанні кредитів) справи фірм-експортерів, а також платіжні доручення, що підтверджують розрахунки за придбання й експорт товарів; оглядаються картки із зразками підписів посадових осіб вказаних підприємств, платіжні доручення про перерахування платежів у доларах США по електронному зв'язку тощо. Для вчинення зазначеної категорії злочинів, як правило, залучаються фіктивні підприємства. Тому дуже важлива наявність оперативної інформації про протиправний характер діяльності таких підприємств.

На підставі проведеного аналізу та наявності інформації про можливу злочинну діяльність для її запобігання, припинення та розкриття заводиться оперативно-розшукова справа, де визначаються конкретні методи та тактичні прийоми проведення оперативно-розшукових заходів, реалізації отриманих матеріалів [3].

Керівники фірм-експортерів при складанні необхідних для відшкодування ПДВ із бюджету контактують із багатьма посадовими особами державних органів, установ та організацій, тому їх діяльність і контакти повинні висвітлюватися джерелами оперативної інформації, тим більше, що в подальшому це дозволить встановити особи злочинців.

На особливу увагу заслуговує наявність відповідних оперативних позицій, передусім у державних організаціях та установах, які займаються оформленням відповідних документів про здійснення зовнішньоекономічної діяльності та повернення у зв'язку з цим ПДВ, оскільки це надає правоохоронним органам певні можливості як для попередження вказаних злочинів і заподіяння збитків державі, так і для своєчасного викриття та притягнення до передбаченої законом відповідальності корумпованих посадових осіб. Важливого значення у зв'язку з цим набуває проведення (за наявності відповідних підстав у передбаченому законом порядку) оперативно-розшукових заходів (застосування технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, отримання інформації тощо), що дозволить використовувати в подальшому отримані в результаті їх проведення фактичні дані як джерела (нерідко єдиного) доказів причетності посадових осіб саме до розкрадання державних коштів, зловживання службовим становищем, службового підроблення, хабарництва тощо.

Досвід розслідування кримінальних справ про розкрадання державних коштів шляхом незаконного відшкодування ПДВ свідчить про вирішальне значення організації роботи на стадії реалізації матеріалів оперативно-розшукової справи, порушення кримінальної справи, проведення першочергових слідчих дій, забезпечення відшкодування збитків і запобігання вчинення злочинів у майбутньому.

Разом із тим поспішне порушення кримінальних справ на підставі невідготовлених і неперевіраних матеріалів, без своєчасного вилучення всіх необхідних документів, затримання підозрюваних може призвести лише до втрати доказової бази (винні встигають позбавитися фінансово-господарських документів, що відображають діяльність очолюваних ними фірм, приховати грошові кошти та майно, втекти від органів слідства), тяганини, уникнення посадовими особами, причетними до фіктивного експорту, відповідальності за скоєні ними злочини. Тому реалізацію наявних матеріалів необхідно проводити тільки після встановлення достовірних даних про реальних керівників фірм-експортерів і посадових осіб державних установ, організацій, за допомогою яких здійснюється відшкодування ПДВ, механізм кожної конкретної «операції». Особливу увагу слід приділяти даним про рух грошових коштів, тобто реалізацію оперативних матеріалів провадиться саме в той момент, коли кошти за відшкодування ПДВ надходять на рахунки фірм-експортерів, щоб уникнути будь-якої можливості їх подальшого перерахування, передусім на рахунки інших комерційних структур, у тому числі фіктивних. За таких обставин реалізацію матеріалів оперативних розробок доцільно починати із опитування керівників фірм-експортерів.

Відповідно до законів України опечатуються каси та приміщення, вилучаються всі предмети і документи, пов'язані з їх діяльністю, вживаються заходи щодо припинення руху коштів по рахунках. Обов'язковому вилученню підлягають: угоди (договори, контракти), накладні, рахунки, копії платіжних доручень та інші документи на придбання нібито експортованих товарів і розрахунки за них; такі ж документи про експорт товарів; відповідні транспортні документи; копії заяв до торгово-промислової палати на отримання сертифікатів походження на експортовані товари та самі сертифікати, а також копії вантажних митних декларацій, заяв до податкових адміністрацій про проведення перевірок для відшкодування ПДВ; статутні документи.

Зазначені дії дозволяють, окрім усього, своєчасно встановити коло підприємств, які значаться у вказаних документах «постачальниками» товарів для фірм-експортерів і невідкладно перевірити пов'язані з цим обставини, спростувавши тим самим у разі необхідності можливі версії затриманих про закон-

ність проведених ними операцій, про наявність у них таких товарів тощо.

У разі визнання факту фіктивного експорту необхідно з'ясувати, яким чином ними вирішувалося питання про відшкодування ПДВ, отримувалися документи, необхідні для його відшкодування (зокрема, довідки та висновки ДПА, вантажні митні декларації тощо). У разі заперечення вказаних фактів із посиленням на нібито існуючі угоди про закупівлю товарів, необхідно опитати причетних до цього осіб підприємств-постачальників: коли, за чією ініціативою та ким складалася вказана угода, яким чином передбачалося їх виконати; які саме та коли придбані товари під час виконання угоди, куди й як вони транспортувалися до фірм-експортерів; яким чином ці обставини відображені у відповідних документах таких підприємств; походження товарів, які поставлялись експортерам; де вони зберігалися.

Під час опитування (у подальшому – допитів) слід використовувати наявні документи та дані, які спростовують версії підозрюваних, зокрема про відсутність у них товарів (складських приміщень), надання фіктивних відомостей до ДПА, Державного казначейства тощо.

Опитування посадових осіб державних організацій та установ, які причетні до оформлення документів про необхідність відшкодування ПДВ, на вказаному етапі доцільно проводити лише про обставини, пов'язані з підтвердженням фактів фіктивності експортних операцій і відшкодування ПДВ, не розкриваючи при цьому наявності у правоохоронних органів іншої інформації.

Із метою збереження доказової бази необхідно вилучити всі без винятку документи, пов'язані з відшкодуванням ПДВ, під виглядом здійснення експорту товарів (в органах, організаціях та установах, що перелічені), а також із складанням і виконанням фіктивних угод між фірмами експортерами та постачальниками про придбання товарів.

Вказані оперативно-розшукові заходи та дослідчу перевірку необхідно виконати в найкоротші строки, що потребує залучення до їх проведення достатньої кількості оперативних працівників, погодження напрямів їх роботи із слідчими, які у подальшому будуть

призначені для проведення попереднього слідства.

З урахуванням зібраних фактичних даних невідкладно вирішується питання про порушення кримінальної справи за статтями 191, 222, 364–369 Кримінального кодексу України та створення слідчо-оперативної групи. Відповідно до вимог чинного законодавства проводяться першочергові слідчі дії, спрямовані на процесуальне закріплення зібраних і пошук нових доказів.

По виявлених фірмах-експортерах у подальшому призначаються документальні ревізії фінансово-господарської діяльності та відповідні тематичні перевірки дотримання податкового законодавства із залученням спеціалістів контролюючих органів із обов'язковим акцентом на відображення обставин, які підтверджують фіктивність експорту (тобто безтоварність вказаних операцій) і відсутність у зв'язку з цим підстав для відшкодування ПДВ, а за наявності ознак «фіктивного» підприємництва – про нездійснення фірмою будь-якої передбаченої статутом діяльності.

Належна організація роботи з виявлення, розкриття та розслідування вказаних злочинів у взаємодії з іншими правоохоронними та контролюючими органами дозволить не лише повернути до державного бюджету значні кошти, а й суттєво послабити економічне підґрунтя організованої злочинності.

Розглянуті основні напрями організації роботи із запобігання, виявлення та розкриття злочинів, пов'язаних із відшкодуванням ПДВ, безумовно, не охоплюють усі можливі ситуації, але в цілому вони відповідають найбільш характерним особливостям вказаної категорії злочинів і можуть бути використані в практичній діяльності оперативних працівників та слідчих.

Список використаних джерел

1. *Кримінологія* / Под ред. В. Н. Бурлакова, С. Ф. Милукова, С. И. Сидорова, Л. И. Спиридонова. – СПб., 1995. – 424 с.

2. *Щодо порядку дослідчих перевірок та розслідування кримінальних справ з незаконного відшкодування ПДВ: методичні рекомендації*. – К., 2013. – 35 с.

3. *Скалозуб Л. П.* Протидія підрозділами міліції незаконному відшкодуванню податку на додану вартість. – Чернівці, 2009.

Стаття надійшла до редакції 23.05.2013 р.

In this article describe, the methods of prevention, detection and documentation of crimes witch is connected with a compensation of the VAT.

В статье рассматривается методика предотвращения, выявления и документирования преступлений, связанных с незаконным возмещением НДС.



УДК 343.123.7

Марина Дерев'янка,*аспірантка кафедри правосуддя юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ЩОДО ОЗНАК КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРИМУСУ

У статті аналізуються зміст та основні ознаки примусу у кримінальному процесі, пропонується визначення досліджуваного правового явища.

Ключові слова: запобіжний захід, заходи процесуального примусу, кримінальне провадження, примус.

У кримінальному процесі доволі часто виникають ситуації, коли окремими суб'єктами провадження не виконуються покладені на них процесуальні обов'язки, чиниться протидія реалізації завдань кримінального провадження. Аналіз наукової літератури дозволяє навіть виокремити найбільш типові засоби такої протидії, зокрема: приховування злочинів; фальсифікація або знищення доказів; навмисне затягування строків досудового слідства; ухилення від суду та слідства; приховування злочинних намірів; протидія відшкодуванню матеріальних збитків; приховування цінностей і коштів, здобутих злочинним шляхом; протизаконний вплив на суб'єктів кримінального провадження тощо [1, с. 34]. З метою недопущення таких ситуацій держава зобов'язує органи досудового розслідування, прокурорів і суддів проводити із свідками, підозрюваними й обвинуваченими певну роз'яснювальну та виховну роботу, а також, за необхідності, застосовувати примус.

Питання, пов'язані з примушуванням особи до належної поведінки, унормовані у вітчизняному законодавстві. Так, ст. 19 Конституції України передбачено, що правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Таким чином, в Основному Законі нашої країни передбачаються загальні засади використання примусу. Вони деталізуються у галузевому законодавстві. У статті 2 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України акцентується увага на тому, щоб жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу, щоб до кожного учасника кримінального провадження застосовувалася належна правова процедура.

Питанням належного забезпечення прав і свобод особи присвячені дослідження Л. Во-

єводіна, А. Горшенєва, Ю. Грошевого, С. Ільченка, Г. Кожевнікова, Л. Красавчикової, П. Люблінського, І. Михайловського, О. Михайленка, М. Михеєнка, І. Петрухіна, М. Погорецького, Ф. Рудинського, І. Фарбера, Г. Чангулі, М. Шумила й інших учених. Аналіз наукових праць дозволив осмислити гостроту проблем, пов'язаних із застосуванням примусу. Особливої актуальності їм надають положення чинного з 2012 р. КПК України, в яких передбачається новий підхід до цього процесу.

Метою цієї статті є встановлення ознак примусу, закріпленого у положеннях КПК України, задля забезпечення об'єктивного розкриття його юридичної природи.

Як правове явище примус набув відповідного закріплення у чинному законодавстві. Законодавець припускає можливість впливу на поведінку особи за його допомогою. При цьому такий примус має бути обов'язково обґрунтованим і закріпленим виключно у законодавчих нормах (ст. 19 Конституції України та ст. 2 КПК України). *Обґрунтованість і нормативність* є ознаками правомірного використання примусу у будь-якій правовій площині. Разом із тим аналіз положень Конституції України дозволяє встановити ще й таку ознаку, як *підконтрольність державі* питань застосування примусу. Про це йдеться у ст. 121 Основного Закону нашої країни, згідно з якою на прокуратуру України покладається виконання функції нагляду за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних із обмеженням особистої свободи громадян.

Історично склалося так, що у сфері кримінального процесу будь-які дії та заходи, у

тому числі заходи процесуального примусу, поділяються на такі, для вчинення яких:

- достатньо волевиявлення суб'єкта, що провадить досудове слідство;
- необхідне втручання іншого суб'єкта кримінального судочинства (прокурора чи судді).

Щодо останньої підстави, то В. Афанасьєв називає таке втручання – процесуальним контролем [2, с. 365–366]. При цьому він вказує на характер співвідношення нагляду та контролю – як часткового із загальним.

Під наглядом розуміють пильнування, слідкування з метою забезпечення порядку [3, с. 148]. Іншими словами, нагляд має відбуватися одночасно з явищем, що відслідковується, а не після нього. Контроль (від франц. – *controle*) тлумачиться як перевірка виконання будь-чого (наприклад законів, планів, тощо); облік, спостереження за чим-небудь (фінансовий нагляд, нагляд у техніці тощо) [4, с. 446–447]. Таким чином, контроль може чинитись як під час певного процесу (у вигляді нагляду), так і після нього. Але такий порядок існував не завжди.

Застосування примусу задля успішного виконання завдань із розкриття та розслідування злочинів має давню історію. Її кульмінаційним моментом стало прийняття у 1215 р. у Великій Британії Великої хартії вільностей. У цьому документі закріплено, що жодна вільна людина не може бути заарештована чи ув'язнена, або позбавлена володіння, чи будь-яким іншим способом знедолена інакше, як на підставі положень законного рішення рівних їй (п. 39) [5, с. 131]. Таким чином чи не вперше закріплювалася підстава застосування засобів процесуального примусу – законне рішення. Разом із тим відомі випадки, коли у нормативно-правових актах про таку підставу не згадується. Так, у Московських актах XVI–XVII ст. процедура примусового отримання інформації від викритих шпигунів була визначена наступним чином: а хто розповідати не стане, але за прикметами та доказами буде очевидно їх злочинна сутність, – тих під час допитів наказуємо суворо катувати; катувати слід і тих, на кого ці особи вкажуть як на причетних до зради, навіть ставити злочинців між собою віч-на-віч, застосовувати інші заходи [6, с. 452–453].

Підстави та характер застосування примусу у сфері кримінального провадження кардинально змінювалися залежно від ставлення до них влади. І. Фойницький на початку XX ст. зазначав, що при абсолютизмі та без-прав'ї обвинувачений перетворюється на предмет дослідження, який не має прав сторони, та визначається судом як «матеріал» у справі; використання заходів примусу стає надзвичайно популярним (при цьому й з

боку суду); затримання обвинувачених та їх катування перетворюється на загальне, звичайне правило [7, с. 12–13].

Неабиякого значення використання примусу надавалося за радянських часів. Так, М. Якуба зазначав, що призначення кримінального судочинства полягає не в констатації винуватості чи невинуватості тих чи інших осіб, або будь-яких інших обставин, а у правильному застосуванні заходів державного примусу до злочинців [8, с. 23].

Н. Боброва наголошує на важливій ролі примусу для права та стверджує, що право без примусу – ніщо. При цьому, на її думку, відмова від санкцій призводить до відмови від визнання соціальної природи чинних у суспільстві юридичних норм, оскільки обов'язковою ознакою останніх є організаційний державою примус, а санкція є зовнішнім носієм цієї ознаки, матеріалізацією примусу. Навіть для процесуальних норм санкція розглядається як обов'язковий елемент [9, с. 23].

В. Сєрьогіна, характеризуючи примус як об'єктивно-суб'єктивне явище, вказує на зв'язок двох його складових: застосування державою санкцій (об'єктивний чинник) та обмеження волі особи (суб'єктивний чинник) [10, с. 37]. При цьому суб'єктивний чинник охоплює й пасивну поведінку особи, коли вона, усвідомлюючи можливі наслідки застосування до неї законодавчих норм (санкцій), утримується від порушень процесуального закону.

У літературі також звертається увага на те, що використання державного примусу допускається лише у разі протиправної поведінки або у зв'язку з такою поведінкою, і ніякими іншими обставинами його застосування обґрунтувати не можна [11, с. 29–30].

С. Алексєєв вважає, що державний примус шляхом встановлення для правопорушників відповідних негативних наслідків спонукає їх до дотримання процесуальних норм. При цьому він пропонує визначати види примусу залежно від виду стягнень: моральних, організаційних чи майнових [12, с. 185].

Аналіз положень чинного КПК України свідчить про наявність різних за характером наслідків (санкцій) для особи, яка порушила вимоги закону. Так, ч. 1 ст. 140 КПК України передбачається, що привід полягає у примусовому супроводженні особи, до якої він застосовується, особою, яка виконує ухвалу про здійснення приводу, до місця її виклику в зазначений в ухвалі час.

Згідно з ч. 3 ст. 241 КПК України перед початком освідчування особі, яка підлягає освідчуванню, пред'являється постановою прокурора. Після цього особі пропонується добровільно пройти освідчування, а в разі її відмови освідчування проводиться примусово.

Частиною 3 ст. 242 КПК України передбачене примусове залучення особи для проведення медичної або психіатричної експертизи, що здійснюється за ухвалою слідчого судді, суду.

У КПК України зазначається, що відбирання біологічних зразків у особи здійснюється за правилами, передбаченими ст. 241 цього Кодексу; у разі відмови особи добровільно надати біологічні зразки слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, що розглядається в порядку, передбаченому статтями 160–166 цього Кодексу, має право дозволити слідчому, прокурору (або зобов'язати їх, якщо клопотання було подано стороною захисту) здійснити відбирання біологічних зразків примусово (ч. 3 ст. 245).

Разом із тим для кримінально-процесуального примусу притаманною є не лише ознака *фізичного примушування* особи до належної поведінки, а й спонукання її до цього за допомогою *морального впливу*. Так, ч. 3 ст. 267 КПК визначає статус приміщень, які спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені відповідно до закону (приміщення з примусового утримання осіб у зв'язку з відбуттям покарання, затримання, взяттям під варту тощо). Такі приміщення мають статус публічно доступних, тобто в них права та свободи є вразливішими, а тому загроза перебування в них, як і саме перебування, може завдати відповідних страждань.

Окрім фізичного та морального чинників, які виявляються внаслідок застосування примусу, слід враховувати ще й *психологічний* (наприклад, застосування такого запобіжного заходу, як взяття під варту). Вчені переконують, що утримання під вартою суттєво обмежує таку життєво важливу функцію організму, як рухлива активність. Унаслідок цього в особи, яка тривалий час перебуває в камері, порушується взаємодія організму з оточуючим середовищем, що призводить до ослаблення захисту його психіки від чужого впливу, та, як наслідок, підвищується сугестивність (навіюваність, здатність підпадати під чужий вплив). Психологічні перевантаження, пов'язані з узяттям під варту та з великим нервовим напруженням під час проведення слідчих дій, закономірно потребують фізичного розслаблення, що, у свою чергу, послаблює волю обвинуваченого, підсилює здатність підпадати під чужий вплив. Мета особи, яка впливає на психіку обвинуваченого у такому становищі, полягає не в гальмуванні його раціональної розумової діяльності, а в позитивному впливі, здатному змінити негативні установки у свідомості, подолати супротив, переконати в потребі надавати правдиві покази [13, с. 53–54].

На підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, цивільного відповідача відповідно до положень ст. 139 КПК України може бути накладено ще й примус, *пов'язаний із матеріальним стягненням*. Так, КПК України передбачено, що на вказаних суб'єктів кримінального процесу, які були викликані у встановленому КПК порядку (зокрема, наявне підтвердження отримання повістки про виклик або ознайомлення з її змістом іншим шляхом) і не з'явилися без поважних причин або не повідомили про причини свого неприбуття, накладається грошове стягнення у розмірі від 0,25 до 2 розмірів мінімальної заробітної плати (ст. 139). Оскільки використання цього виду примусу передуює застосуванню фізичного, можна стверджувати про існування певної ієрархічності у системі кримінально-процесуальних примусів.

Більш ретельний аналіз наслідків, які настають для особи, яка порушила вимоги КПК України, дозволяє дещо по-іншому класифікувати примус. Якщо до уваги брати співвідношення примусу із правами та свободами особи, то можна вести мову про види примусу:

- який встановлює обмеження правового статусу особи у сфері політичних, соціально-економічних, культурних та особистісних прав. До них, зокрема, належать: затримання особи, тримання під вартою, направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи;

- який встановлює обмеження правового статусу у сфері соціально-економічних та особистих прав, зокрема: накладення грошового стягнення, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади, тимчасове вилучення майна, його арешт та застава;

- який обмежує правовий статус виключно у сфері особистих прав – права на недоторканність житла й іншого володіння (проведення у них обшуку, огляду), права на особисту недоторканність (освідування, отримання зразків для експертизи, особистий обшук), права на свободу переміщення та вибір місця проживання (виклик слідчим, прокурором, судовий виклик і привід).

Висновки

Кримінально-процесуальний примус слід розуміти як підконтрольну державі систему процесуальних засобів забезпечувального характеру, яка застосовується під час кримінального провадження слідчими, прокурорами та суддями до учасників кримінального судочинства за наявності для цього підстав, передбачених у КПК України, з метою усунення реальних і можливих перепон виконанню завдань кримінального провадження. На-

слідками використання кримінально-процесуального примусу є накладання на особу порушника стягнень фізичного, морального, психологічного та матеріального характеру. При цьому може обмежуватися правовий статус особи у сфері політичних, соціально-економічних, культурних та особистісних прав. Беручи це до уваги, подальшими розвідками з розглянутої проблематики можуть стати співвідношення характеру примусу, закріпленого у КПК України, із примусом, передбаченим основними міжнародними нормативно-правовими актами; детальне дослідження юридичної природи примусу у кримінальному процесі; аналіз проблем імплементації міжнародних засад застосування примусу.

Список використаних джерел

1. *Шур В. Б.* Тактика нейтралізації протидії розслідуванню злочинів, вчинених організованими групами / За ред. В. Ю. Шепітька. – Х., 2005. – 176 с.
2. *Основы права* / Под ред. В. В. Лазарева. – М., 1998. – 448 с.
3. *Короткий тлумачний словник української мови.* – К., 1978. – 296 с.
4. *Словник іншомовних слів* / За ред. О. С. Мельничука. – К., 1985. – 968 с.
5. *Хрестоматия* по всеобщей истории государства и права / Под ред. З. М. Черниловского. – М., 1996. – 413 с.
6. *Разрядный приказ: Московский стол. 1571–1634* // Акты Московского Государства, изданные Императорскою академиею наук / Под ред. Н. А. Попова. – СПб., 1890. – Т. 1. – 766 с.
7. *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. – СПб., 1996. – Т. 1. – 552 с.
8. *Якуб М. Л.* Демократические основы советского уголовно-процессуального права. – М., 1960. – 172 с.
9. *Боброва Н. А.* Реализация конституционных принципов на предварительном следствии. // Реализация норм государственного и административного права на предварительном следствии. – Волгоград, 1987. – С. 21–27.
10. *Серегина В. В.* Государственное принуждение по советскому праву. – Воронеж, 1991. – 120 с.
11. *Фаркушин М. Х.* Вопросы общей теории юридической ответственности // Правоведение. – 1969. – № 4. – С. 29–30.
12. *Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. – Свердловск, 1964. – Вып. 2. – 226 с.
13. *Пивоваров В. В., Щербина Л. І.* Взаємодія органів досудового слідства та дізнання при розслідуванні кримінальних справ. – Х., 2006. – 176 с.

Стаття надійшла до редакції 19.04.2013 р.

This article analyzes the content and main features of coercion in the criminal process, offers a definition of the legal study of the phenomenon.

В статті аналізуються содержание и основные признаки принуждения в уголовном процессе, предлагается определение исследуемого правового явления.



УДК 343.9

Тетяна Ільєва,здобувачка кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ЗАСТОСУВАННЯ СЛІДЧИМ СУДДЕЮ ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ У ВИГЛЯДІ ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ

У статті розглядається питання про порядок застосування слідчим суддею запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо особи, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Ключові слова: слідчий суддя, запобіжний захід, тримання під вартою, підозрюваний.

Конституцією України встановлено, що ніхто не може бути заарештований або триматися під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом (ч. 2 ст. 29). Порядок прийняття рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою регулюється статтями § 1 глави 18 нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, який набрав чинності з 20.11.2012 р.

Вагомий внесок у розроблення проблематики застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою зробили такі науковці, як В. Бринцев, К. Горелкіна, П. Каркач, Д. Кисленко, О. Коріняк, В. Маляренко, Г. Мацьків, О. Мохонько, П. Пилипчук, М. Погорельський, В. Рожнова, О. Тищенко, Т. Фулей, В. Чорнобук, М. Шавкун, О. Шило та ін. Однак дослідження ними проводилося ще під час дії Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р.

Метою цієї статті є розгляд питання про врегулювання у чинному КПК порядку прийняття слідчим суддею рішення про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою щодо особи, яка затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Відповідно до ч. 1 ст. 183 КПК, тримання під вартою є винятковим запобіжним заходом, який застосовується слідчим суддею виключно у разі, якщо прокурор доведе, що жоден із більш м'яких запобіжних заходів не може запобігти ризикам, передбаченим ст. 177 цього Кодексу. Такий захід не може бути застосований під час досудового розслідування, окрім як:

- до особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачено основне покарання у виді штрафу в розмірі по-

над 3 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, – виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, буде доведено, що підозрюваний не виконав обов'язки, покладені на нього при застосуванні іншого, раніше обраного запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує;

- до раніше судимої особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до трьох років, – виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 КПК, буде доведено, що, перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні іншого злочину;

- до раніше судимої особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до п'яти років, – виключно у разі, якщо прокурором, крім наявності підстав, передбачених ст. 177 цього Кодексу, буде доведено, що, перебуваючи на волі, ця особа переховувалася від органу досудового розслідування чи суду, перешкоджала кримінальному провадженню або їй повідомлено про підозру у вчиненні цього злочину;

- до раніше не судимої особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад п'ять років;

- до раніше судимої особи, яка підозрюється у вчиненні злочину, за який законом передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк понад три роки.

Як і будь-який інший запобіжний захід, тримання під вартою застосовується під час

досудового розслідування слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженого з прокурором, або за клопотанням прокурора. Розгляд цього клопотання здійснюється слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого провадиться досудове розслідування (ч. 1 ст. 184 КПК). Виняток із цього положення передбачений у ч. 1 ст. 192 КПК. Розгляд клопотання про застосування запобіжного заходу до особи, затриманої без ухвали слідчого судді про дозвіл на затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, може здійснюватися слідчим суддею місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого особа була затримана. Із змісту ч. 2 ст. 211 КПК випливає, що такий розгляд можливий тільки за умови, що затримана без ухвали слідчого судді особа не могла бути доставлена у строк не пізніше шістдесяти годин з моменту затримання до місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування.

Визначення слідчого судді для розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу здійснюється під час його реєстрації автоматизованою системою документообігу суду за принципом вірогідності (ч. 3 ст. 35 КПК).

Слідчий суддя має ретельно перевіряти відповідність поданого клопотання слідчого, прокурора про застосування запобіжного заходу вимогам ч. 1 ст. 184 КПК. За загальним правилом, таке клопотання повинно містити: короткий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, в якому підозрюється особа; правову кваліфікацію кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; виклад обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилення на матеріали, що підтверджують ці обставини; посилення на один або кілька ризиків, зазначених у ст. 177 КПК; виклад обставин, на підставі яких слідчий, прокурор дійшов висновку про наявність одного або кількох ризиків, зазначених у його клопотанні, і посилення на матеріали, що підтверджують ці обставини; обґрунтування неможливості запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні, шляхом застосування більш м'яких запобіжних заходів; обґрунтування необхідності покладення на підозрюваного конкретних обов'язків, передбачених ч. 5 ст. 194 КПК.

Очевидно, що у клопотанні про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не повинна зазначатися обставина, передбачена п. 7 ч. 1 ст. 184 КПК. Пояснюється це тим, що відповідно до ч. 5 ст. 194 цього Кодексу обґрунтування необхідності покладення на підозрюваного конкретних обов'язків, передбачених ч. 1 цієї статті, має міс-

титися лише у клопотанні про обрання запобіжного заходу, не пов'язаного з триманням під вартою.

Заслуговує на увагу те, що слідчий суддя при розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу, крім наявності ризиків, вказаних у ст. 177 КПК, на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 178 цього Кодексу оцінити дотримання підозрюваним умов запобіжних заходів, застосованих до нього раніше. Тому вважаємо за доцільне доповнити ч. 1 ст. 184 КПК положенням про те, що у клопотанні про застосування запобіжного заходу слідчий, прокурор зобов'язаний навести відомості про застосування до підозрюваного таких заходів.

Слідчий суддя повинен перевірити, чи дотримані слідчим, прокурором вимоги ч. 3 ст. 184 КПК. До клопотання про застосування запобіжного заходу мають бути додані: копії матеріалів, якими слідчий, прокурор обґрунтовує доводи клопотання; перелік свідків, яких слідчий, прокурор вважає за необхідне допитати під час судового розгляду щодо запобіжного заходу; підтвердження того, що підозрюваному надані копії клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу. Підтвердженням вручення копій цих документів є розпис особи про їх отримання, надання розписки, відеозапис вручення, а також будь-які інші дані, що підтверджують факт їх одержання підозрюваним [1, с. 475].

Крім того, до клопотання про застосування запобіжного заходу має бути доданий витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого воно подається, протокол затримання підозрюваного (ч. 6 ст. 132, ч. 2 ст. 192 КПК). Такий протокол має бути доданий у випадку, якщо на розгляд слідчого судді подається клопотання про застосування запобіжного заходу до особи, яку затримано без ухвали про дозвіл на затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення.

Слідчий суддя має з'ясувати також, чи дотримані слідчим, прокурором вимоги ч. 2 ст. 184 КПК щодо надання підозрюваному копії клопотання та матеріалів, якими обґрунтовується необхідність застосування запобіжного заходу, не пізніше ніж за три години до початку розгляду клопотання.

Як повинен діяти слідчий суддя, якщо слідчим, прокурором не дотримані вимоги ст. 184 КПК, роз'яснив Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у інформаційному листі «Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України» від 04.04.2013 р. № 511-550/04/-13. У пункті 5 цього листа зазначено, що у ви-

падку недотримання слідчим, прокурором вимог ст. 184 КПК слідчий суддя розглядає відповідне клопотання та відмовляє у його задоволенні.

Відповідно до ст. 177 КПК запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, як і будь-який інший захід, застосовуються слідчим суддею тільки з метою забезпечення виконання підозрюваним покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: переховуватися від органів досудового розслідування та суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку із речей чи документів, які мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжити кримінальне правопорушення, у якому підозрюється.

Підставою для застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді вважати, що підозрюваний може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК.

Вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу, крім наявності ризиків, зазначених у ст. 177 КПК, слідчий суддя на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі відповідно до ст. 178 цього Кодексу: вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється; вік і стан здоров'я підозрюваного; міцність соціальних зв'язків підозрюваного в місці його постійного проживання, у тому числі наявність у нього родини й утриманців; наявність у підозрюваного постійного місця роботи або навчання; репутацію підозрюваного; майновий стан підозрюваного; наявність судимостей у підозрюваного; дотримання підозрюваним умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини.

Слід зазначити, що перелік обставин, які слід враховувати слідчому судді при вирішенні питання про застосування запобіжно-

го заходу, не є вичерпним. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ у п. 10 згаданого інформаційного листа роз'яснив, що цей перелік підлягає розширеному тлумаченню з огляду на фактичні обставини, встановлені у кримінальному провадженні.

Слідчий суддя може визнати такими обставинами, наприклад, сприяння розкриттю злочину, вжиття заходів із відшкодування (компенсації) шкоди, завданої потерпілому, інші пом'якшуючі обставини [2, с. 405]. Врахування інших обставин при застосуванні запобіжного заходу, наприклад невизнання підозрюваним своєї вини, його поведінки при проведенні з ним слідчих дій чи під час судового розгляду, є неприпустимим [3, с. 5].

Із змісту ст. 186 КПК можна дійти висновку, що розгляд слідчим суддею клопотання про застосування запобіжного заходу щодо затриманої особи має бути здійснений невідкладно після її доставки до суду. У юридичній літературі з цього приводу зазначається: якщо затриману особу доставили до слідчого судді з клопотанням про обрання запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою з матеріалами кримінального провадження, то він зобов'язаний негайно розглянути клопотання [4, с. 394]. Із цього правила є виняток. Якщо підозрюваний перебував на свободі, то слідчий суддя повинен розглянути таке клопотання не пізніше сімдесяти двох годин з моменту його фактичного затримання.

Відповідно до ч. 2 ст. 211 КПК затримана без ухвали слідчого судді особа не пізніше шістдесяти годин із моменту затримання має бути доставлена до суду для розгляду клопотання про обрання стосовно неї запобіжного заходу.

Порядок розгляду слідчим суддею клопотання про застосування запобіжного заходу регулюється ст. 193 КПК. Такий розгляд здійснюється за участю прокурора, підозрюваного, його захисника.

Доставленому у судові засідання підозрюваному слідчий суддя зобов'язаний роз'яснити його права: мати захисника; знати суть і підстави підозри; знати підстави його затримання; відмовитися давати пояснення, показання з приводу підозри; давати пояснення щодо будь-яких обставин його затримання та тримання під вартою; досліджувати речові докази, документи, показання, на які посилається прокурор, та надавати речі, документи, показання інших осіб на спростування доводів прокурора; заявляти клопотання про виклик і допит свідків, показання яких можуть мати значення для вирішення питань цього розгляду.

На слідчого суддю також покладається обов'язок вжити необхідних заходів для забезпечення підозрюваного захисником, якщо: останній заявив клопотання про залу-

чення захисника; участь захисника є обов'язковою; слідчий суддя вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника.

За клопотанням сторін або за власною ініціативою слідчий суддя має право заслухати будь-якого свідка чи дослідити будь-які матеріали, що мають значення для вирішення питання про застосування запобіжного заходу. Будь-які твердження чи заяви підозрюваного, зроблені під час розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу, не можуть бути використані на доведення його винуватості у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється.

На нашу думку, у ст. 193 КПК недостатньо повно визначений порядок розгляду слідчим суддею клопотання про застосування запобіжного заходу. Вважаємо за доцільне доповнити цю статтю положенням, що у судовому засіданні слідчий суддя оголошує, яке клопотання розглядатиметься; з'ясовує, хто з учасників розгляду з'явився, необхідні дані про них; роз'яснює підозрюваному право заявляти відводи у межах судового дослідження; повідомляє своє прізвище, прізвище прокурора та секретаря судового засідання, захисника; з'ясовує наявність відводів і клопотань, вирішує їх; допитує підозрюваного; заслуховує думку прокурора та захисника.

Критерії для застосування запобіжного заходу визначені у ч. 1 ст. 194 КПК. Слідчий суддя має постановити ухвалу про його обрання, якщо за результатами розгляду клопотання встановить, чи доводять надані сторонами кримінального провадження докази обставини, які свідчать про: наявність обґрунтованої підозри у вчиненні підозрюваним кримінального правопорушення; наявність достатніх підстав вважати, що існує хоча б один із ризиків, передбачених ст. 177 КПК, на які вказує слідчий, прокурор; недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризику або ризикам, зазначеним у клопотанні.

Вимоги до ухвали слідчого судді про застосування будь-якого запобіжного заходу визначені у ч. 1 ст. 196 КПК. У ній мають бути зазначені відомості про: кримінальне правопорушення (його суть і правову кваліфікацію із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність), у якому підозрюється особа; обставини, які свідчать про існування ризиків, передбачених ст. 177 КПК; обставини, які свідчать

про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання цим ризикам; посилення на докази, які обґрунтовують ці обставини; запобіжний захід, який застосовується.

Про додаткові вимоги до ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою йдеться у ч. 4 ст. 196 КПК. Слідчий суддя зобов'язаний визначити у цій ухвалі дату закінчення її дії у межах строку, передбаченого цим Кодексом.

Згідно з ч. 3 ст. 183 КПК слідчий суддя при постановленні ухвали про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою зобов'язаний визначити розмір застави, достатньої для забезпечення виконання підозрюваним обов'язків, передбачених цим Кодексом, крім випадків, визначених ч. 4 даної статті. В ухвалі слідчого судді має бути зазначено, які обов'язки з передбачених ст. 194 КПК будуть покладені на підозрюваного у разі внесення застави, наслідки їх невиконання, обґрунтовано обраний розмір застави, а також можливість її застосування, якщо таке рішення прийнято у кримінальному провадженні, передбаченому ч. 4 цієї статті.

Згідно з ч. 5 ст. 196 КПК копія ухвали слідчого судді про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою підлягає врученню підозрюваному негайно після її оголошення. Слід зазначити, що під час досудового розслідування така ухвала може бути оскаржена в апеляційному порядку (п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК). Тому, на нашу думку, доцільно доповнити ч. 5 ст. 196 цього Кодексу положенням про те, що одночасно з врученням підозрюваному копії ухвали про застосування запобіжного заходу слідчий суддя зобов'язаний роз'яснити йому порядок і строки її апеляційного оскарження.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 т. Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; За ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х., 2012. – 664 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.
3. Попелюшко В. О. Запобіжні заходи в новому КПК України: поняття, мета, підстави, порядок та суб'єкти застосування // Адвокат. – 2012. – № 9. – С. 4–6.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. – Х., 2013. – 1104 с.

Стаття надійшла до редакції 13.06.2013 р.

The question on the application of the investigating judge remand in custody in respect of a person suspected of committing a criminal offense.

В статье рассматривается вопрос о порядке применения следственным судьей меры пресечения в виде содержания под стражей в отношении лица, подозреваемого в совершении уголовного правонарушения.



УДК 343.9

Жанна Рибалко,*здобувачка кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ПОНЯТТЯ ТА ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ТЕХНІЧНИХ ЗАСОБІВ, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

У статті аналізуються основні нормативно-правові акти, що регламентують порядок використання технічних засобів у кримінальному провадженні, а також наукові позиції із зазначених питань, пропонується авторське бачення визначення технічних засобів, що застосовуються у кримінальному провадженні, визначаються перспективні напрями подальших розвідок з досліджуваних питань.

Ключові слова: технічні засоби, кримінальне провадження, спеціальна техніка.

Сучасні вчені звертають увагу на необхідність більш широкого використання наукового потенціалу суспільства в кримінальному процесі. Об'єктивна необхідність застосування в кримінальному провадженні технічних засобів зумовлюється не тільки прагненням учасників кримінального процесу спростити та прискорити процес розслідування злочинів, а й властивостями останніх значно розширювати діапазон можливостей людського сприйняття.

Здатність об'єктивно відображати події, що відбуваються, запам'ятовувати їх з дрібними подробицями, довгостроково зберігати та багаторазово відтворювати робить технічні засоби найважливішим інструментом забезпечення об'єктивного розслідування кримінальних справ і фактором, що сприяє дотриманню прав і свобод громадян [1, с. 2].

При вивченні проблем, пов'язаних із використанням технічних засобів у кримінальному провадженні, необхідно перш за все з'ясувати, що розуміється під терміном «технічні засоби». Це одне з найважливіших питань, яке потребує вирішення, оскільки кримінальне судочинство (маючи на увазі суворе дотримання процесуальної форми) не допускає використання понять, значення яких або тлумачення не є однозначним [2, с. 123].

Використання науково-технічних засобів у розкритті та розслідуванні злочинів вивчали Д. Бегов, В. Бірюков, І. Ієрусалимов, Є. Лук'янчиков, Ю. Пілюков, О. Пунда та багато інших учених, однак ступінь дослідженості зазначеної наукової проблематики у контексті вимог Кримінального процесуального

кодексу (далі – КПК) України залишається недостатнім.

Метою цієї статті є аналіз основних нормативно-правових актів, що регламентують порядок використання технічних засобів у кримінальному провадженні, а також наукових позицій учених із зазначених питань.

У нормативно-правових актах, що регламентують порядок використання технічних засобів у кримінальному провадженні, вживаються такі поняття, як «технічні засоби», «криміналістична техніка», «спецтехніка», «спеціальна техніка», «засоби спецтехніки по боротьбі із злочинністю», «спеціальні засоби», «спеціальні технічні засоби», «оперативна техніка» тощо. Однак практично кожне з них не має чіткого визначення і вказівки на те, про які саме «науково-технічні засоби» йдеться. У деяких нормативних документах одночасно використовуються два або більше перелічених термінів (як правило, без відповідних коментарів і роз'яснень, що порушує логіко-сміслову структуру тексту) [1, с. 3].

У чинному КПК України поняття «технічний засіб» застосовується досить широко (наприклад, у статтях 27 (обов'язковість фіксування судового провадження технічними засобами), 42 (права підозрюваного на застосування технічних засобів при проведенні процесуальних дій), 56 (права потерпілого на застосування технічних засобів при проведенні процесуальних дій), 71 (права спеціаліста на користування технічними засобами), 73 (обов'язки секретаря судового засідання щодо фік-

сування засідання технічними засобами), 99 (визначення у якості документів носіїв інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії), 103 (форми фіксування кримінального провадження) тощо), однак його загальне визначення відсутнє.

Досить часто термін «спеціальні технічні засоби» використовується в законодавчих і нормативних актах, що стосуються діяльності Служби безпеки України. Тут йдеться в основному про технічні засоби, які застосовуються для проведення оперативно-розшукової діяльності та призначені для негласного отримання інформації, а також у зв'язку з функціями органів Служби безпеки України щодо ліцензування не уповноважених на здійснення оперативно-розшукової діяльності фізичних і юридичних осіб, що пов'язана з розробленням, виготовленням спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку, інших засобів негласного отримання інформації, торгівлею спеціальними технічними засобами для зняття інформації з каналів зв'язку, іншими засобами негласного отримання інформації.

Ситуація, за якої термін «технічні засоби» використовується у кримінально-процесуальному законодавстві, але його визначення у нормативних актах відсутнє, є характерною не лише для України. Так, М. Капустіна, досліджуючи питання процесуальної регламентації фіксації доказової інформації в Україні й інших державах (Білорусь, Вірменія, Казахстан, Узбекистан, Киргизька Республіка, Росія) [3], встановила, що такого роду визначення є лише в кримінально-процесуальних кодексах країн Центральної Азії – Казахстану, Узбекистану, Киргизії. Зокрема, в КПК Казахстану та Киргизії дається визначення поняття науково-технічних засобів, під якими розуміють прилади, спеціальні пристосування, матеріали, що правомірно застосовуються для виявлення, фіксації, вилучення та дослідження доказів. У КПК Узбекистану в ч. 2 ст. 91 «Допоміжні засоби закріплення доказів. Додатки до протоколів» дається таке загальне визначення НТЗ – це апарати, прибори, прилади, матеріали [3, с. 109].

У кримінально-процесуальних кодексах інших країн, що аналізувалися, терміни «науково-технічний засіб» або «технічний засіб» використовуються, проте їх загального визначення не запропоновано [3, с. 110]. За цих умов слід погодитися з І. Хараберюшем, який вважає, що синонімами поняття «технічні засоби» виступають технічні, програмно-технічні, програмні засоби, пристрої, автоматизовані системи, речовини [1, с. 4].

О. Пундою, за результатами дослідження можливостей використання даних, одержаних у результаті застосування науково-технічних засобів, для доказування в кримінальному процесі, сформульоване визначення технічних засобів як сукупності приладів, пристроїв, апаратури, інструментів і матеріалів, що застосовуються відповідно до закону спеціально уповноваженими особами для досягнення науково обґрунтованого результату, який сприяв би захисту прав і законних інтересів учасників кримінального процесу, повному та швидкому розкриттю злочинів, викриттю осіб, винних у їх вчиненні [4, с. 8]. Досліджуючи застосування науково-технічних засобів під час здійснення оперативно-розшукових заходів для доказування в кримінальному процесі, науковець вводить поняття «спеціальний науково-технічний засіб», але не пояснює значення терміна «спеціальний» і не визначає особливості цих засобів.

Досліджуючи питання використання оперативно-технічних засобів у протидії злочинам, що вчиняються у сфері нових інформаційних технологій, І. Хараберюш, В. Мацюк, В. Некрасов, О. Хараберюш звертають увагу на те, що виходячи із сучасних поглядів науковців в інформаційній сфері й оперативно-розшуковій діяльності та враховуючи, що за допомогою програмних і програмно-технічних засобів можна виявити та задокументувати злочини у сфері нових інформаційних технологій, слід включити програмні та програмно-технічні засоби, які використовуються для протидії злочинам у сфері нових інформаційних технологій, до поняття «спеціальна техніка» [5, с. 31]. За цих умов цілком логічно виглядає позиція І. Хараберюша, який пропонує використовувати термін «спеціальна техніка» (сукупність технічних, програмно-технічних і програмних засобів, спеціальних пристроїв, автоматизованих систем, речовин, науково обґрунтованих способів і тактичних прийомів їх використання правоохоронними органами із суворим дотриманням принципу законності для протидії злочинності) [1, с. 4].

Ми пропонуємо таке визначення: *технічні засоби, що застосовуються у кримінальному провадженні, – це сукупність технічних, програмно-технічних і програмних засобів, спеціальних пристроїв, автоматизованих систем, речовин та науково обґрунтованих способів і тактичних прийомів їх використання, що застосовуються відповідно до закону спеціально уповноваженими особами для досягнення науково обґрунтованого результату, який сприяв би захисту прав і законних інтересів учасників*

кримінального процесу, повному та швидкому розкриттю злочинів, викриттю осіб, винних у їх вчиненні.

Висновки

Проведений аналіз основних нормативно-правових актів, що регламентують порядок використання технічних засобів у кримінальному провадженні, а також – наукових позицій із зазначених питань дозволив сформулювати авторське бачення визначення технічних засобів, що застосовуються у кримінальному провадженні.

Перспективним напрямом подальших досліджень ми вважаємо систематизацію (класифікацію) технічних засобів, що можуть використовуватися в кримінальному провадженні.

Стаття надійшла до редакції 16.07.2013 р.

The paper analyzes the basic regulations governing the use of technology in criminal proceedings as well – scientific positions on those issues. The proposed definition of the author's vision of technical means used in criminal proceedings. Identified areas for further research on the issues discussed.

В статье анализируются основные нормативно-правовые акты, регламентирующие порядок использования технических средств в уголовном производстве, а также научные позиции по указанным вопросам, предлагается авторское видение определения технических средств, применяемых в уголовном производстве, определяются перспективные направления дальнейших исследований по рассмотренным вопросам.

Список використаних джерел

1. Хараберюш І. Ф. Використання науково-технічних засобів у правоохоронній діяльності // Часопис академії адвокатури України. – 2011. – № 3. – С. 1–7.
2. Головин Б. Н., Кобрин Р. О. Лингвистические основы учения о терминах. – М., 1987. – 236 с.
3. Капустіна М. В. Процесуальна регламентація фіксації доказової інформації в Україні та інших державах: порівняльне дослідження // Теорія та практика судової експертизи і криміналістики. – Х., 2009. – Вип. 9. – С. 108–113.
4. Пунда О. О. Використання даних, одержаних в результаті застосування науково-технічних засобів, для доказування в кримінальному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 18 с.
5. Хараберюш І. Ф., Мацюк В. Я., Некрасов В. А., Хараберюш О. І. Використання оперативно-технічних засобів у протидії злочинам, що вчиняються у сфері нових інформаційних технологій. – К., 2007. – 196 с.



УДК 347.77

Наталія Жмур,здобувачка Юридичного інституту
Національного авіаційного університету

ЗАХИСТ СЛУЖБОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ: стан вітчизняного законодавства

У статті досліджується нормативно-правова база вітчизняного законодавства у сфері захисту службової інформації, визначаються основні недоліки нормативно-правового регулювання суспільних відносин у цій сфері.

Ключові слова: службова інформація, конфіденційна інформація, що є власністю держави, державна таємниця, захист службової інформації.

Право на інформацію визнається одним із природних прав людини. Ненадання інформації відповідними державними інституціями за зверненнями чи запитами людини становить собою загрозу інформаційній безпеці України. Але нині у вітчизняному законодавстві спостерігається термінологічна плутанина, коли нарівні з поняттям «службова інформація» застосовуються й інші не закріплені законодавством поняття; критерії та порядок віднесення відомостей до такої інформації також не є однозначним. Тому актуальним напрямом наукової діяльності є окреслення стану нормативно-правового регулювання суспільних відносин у сфері захисту службової інформації.

Метою цієї статті є аналіз вітчизняного законодавства у сфері захисту службової інформації.

У законодавстві незалежної України термін «службова інформація» не застосовувався. Натомість вперше в Концепції (Основах державної політики) національної безпеки України, затвердженій Постановою Верховної Ради України від 16.01.1997 р., закріплювалося, що витік конфіденційної інформації, яка є власністю держави є однією із загроз національній безпеці в інформаційній сфері. У подальшому цей термін застосований у Кримінальному кодексі (далі – КК) України, згідно з яким встановлювалася кримінальна відповідальність за передачу іноземній стороні конфіденційної інформації, що є власністю держави, особою, якій ці відомості були довірені у зв'язку з виконанням службових обов'язків (ст. 330).

У 2004 р. до Закону України «Про інформацію» внесені зміни та доповнення, відпо-

відно до яких до інформації, яка є власністю держави та знаходиться в користуванні органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій усіх форм власності, з метою її збереження може бути встановлено обмежений доступ, тобто їй надано статус конфіденційної. Відповідні зміни були внесені і до Кодексу України про адміністративні правопорушення (ст. 212⁵ «Порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави» передбачала адміністративну відповідальність за «порушення порядку обліку, зберігання і використання документів та інших носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави, яке призвело до розголошення такої інформації».

Що становить собою така інформація, які критерії та порядок надання такій інформації статусу конфіденційної, що є власністю держави на законодавчому рівні не закріплювалось і державні органи надавали різним нормативним актам (указам і розпорядженням Президента України, постановам, інструкціям, наказам органів виконавчої влади тощо) грифи «опублікуванню не підлягає» та «не для друку».

Дослідники стверджували, що до більшості нормативно-правових актів було необґрунтовано обмежено доступ грифами, не передбаченими чинним законодавством, та пропонували зняти всі незаконні обмежувальні грифи з нормативних актів, виданих державними органами України. Ті з них, що насправді містять державні секрети, повинні бути віднесені до державної таємниці відповідно до Закону України «Про державну таємницю» або до відомостей з грифом «Для службово-

го користування», а інші – без винятку та в повному обсязі повинні бути відкриті для суспільства [1].

Нині законними можна визнати тільки такі грифи обмеження доступу, як: «особливої таємності», «цілком таємно», «таємно» для державної таємниці та «для службового користування» для службової таємниці (згідно з Інструкцією про порядок обліку, зберігання і використання документів, справ, видань та інших матеріальних носіїв інформації, які містять конфіденційну інформацію, що є власністю держави, затвердженою постановою Кабінету Міністрів України від 27.11.1998 р.).

Із прийняттям Закону України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. уперше класифіковано інформацію з обмеженим доступом на таємну, конфіденційну та службову. У зв'язку з цим поняття «конфіденційна інформація, що є власністю держави» в усіх відмінках замінено словами «службова інформація».

Згідно з нормативно-правовим актом до службової інформації може належати така інформація: що міститься в документах суб'єктів владних повноважень, яка становить внутрішнє службове кореспонденцію, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробленням напряму діяльності установи або здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та/або прийняттю рішень; зібрана в процесі оперативно-розшукової, контррозвідальної діяльності, у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці.

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, інші суб'єкти владних повноважень зобов'язані створювати переліки відомостей, що становлять службову інформацію. Перелік відомостей, що можуть становити службову інформацію, може складатися лише щодо «інформації, зібраної в процесі оперативно-розшукової, контррозвідальної діяльності, у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці». Натомість, не може бути складений вичерпний перелік «інформації, що міститься в документах суб'єктів владних повноважень, які становлять внутрішнє службове кореспонденцію, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробленням напряму діяльності установи або здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та/або прийняттю рішень». Це пов'язано із неможливістю визначити коло всіх питань, які можуть бути порушені у службовій кореспонденції.

Нині більшість державних інституцій мають такі переліки:

Міністерство аграрної політики та продовольства України – наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України «Про затвердження Переліку відомостей, що становлять службову інформацію в Міністерстві аграрної політики та продовольства України» від 12.09.2012 р.;

Міністерство освіти і науки України – наказ Міністерства освіти і науки України «Про затвердження Переліку конфіденційної інформації, що є власністю держави у галузі освіти і науки України, затверджений наказом Міністра освіти і науки України» від 28.03.2008 р.;

Міністерство внутрішніх справ України – наказ МВС України «Про Перелік відомостей, що становлять службову інформацію в системі Міністерства внутрішніх справ України» від 14.05.2012 р.;

Міністерство екології та природних ресурсів – наказ Міністерства екології та природних ресурсів «Про затвердження переліку службової інформації, якій надається гриф «для службового користування»» від 28.11.2012 р.;

Міністерство економічного розвитку і торгівлі України – наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Перелік відомостей, що становлять службову інформацію в Міністерстві економічного розвитку і торгівлі України» від 13.07.2012 р.;

Міністерство енергетики та вугільної промисловості України – наказ Міністерства енергетики та вугільної промисловості України «Про затвердження Переліку відомостей, що становлять службову інформацію і якій присвоюється гриф обмеження доступу «для службового користування» у Міненерговугілля України» від 19.10.2011 р.;

Міністерство закордонних справ України – наказ Міністерства закордонних справ України «Про затвердження Переліку службової інформації, що є власністю держави» від 29.06.2011 р.;

Міністерство культури України – накази Міністерства культури України «Про затвердження Інструкції про порядок обліку, зберігання і використання документів та інших матеріальних носіїв, які містять відомості, що становлять службову інформацію» від 09.06.2011 р. та «Про затвердження Переліку відомостей, що становлять службову інформацію» від 09.06.2011 р.;

Міністерство оборони України – наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Переліку відомостей Міністерства оборони України, які містять службову інформацію (ПІІ – 2012)» від 26.06.2012 р.;

Міністерство охорони здоров'я України – накази Міністерства охорони здоров'я Укра-

їни «Перелік відомостей, що містять службову інформацію в МОЗ України» від 16.08.2011 р. та «Перелік відомостей, що містять конфіденційну інформацію в МОЗ України» від 16.08.2011 р.;

Міністерство регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України – наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України «Перелік відомостей, що становлять службову інформацію у Міністерстві регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України» від 11.05.2012 р.;

Міністерство фінансів України – наказ Міністерства фінансів України «Перелік відомостей Міністерства фінансів України, що становлять службову інформацію» від 15.08.2011 р.;

Міністерство юстиції України – накази Міністерства юстиції України «Про затвердження Інструкції про порядок обліку, зберігання і використання документів та інших матеріальних носіїв, які містять відомості, що становлять службову інформацію у Міністерстві юстиції України» від 08.06.2011 р. та «Про затвердження Переліку відомостей, що становлять службову інформацію у Міністерстві юстиції України» від 08.06.2011 р.;

Міністерство соціальної політики України – наказ Міністерства соціальної політики України «Про затвердження Переліку службової інформації Міністерства соціальної політики України, якій надається гриф обмеження доступу «для службового користування»» від 26.12.2011 р.

Слід зазначити, що не мають таких переліків Міністерство молоді та спорту України, Міністерство інфраструктури України, Міністерство промислової політики України, Міністерство доходів і зборів України. Це пов'язано з тим, що зазначені інституції створені недавно. Наприклад, Указом Президента України від 24.12.2012 р. утворено Міністерство доходів і зборів України шляхом реорганізації Державної митної служби України та Державної податкової служби України. Нині ця установа не має відповідного переліку службової інформації, хоча кожна попередня з них мала (Державна митна служба України затвердила «Перелік відомостей, які містять конфіденційну інформацію митних органів, спеціалізованих митних установ і організацій, що є власністю держави, і документів та інших матеріальних носіїв такої інформації, яким надається гриф обмеження доступу «для службового користування»» наказом Держмитслужби від 22.04.2009 р.).

Отже, у відомчому законодавстві спостерігається термінологічна плутанина, неуніфікованість понять: нарівні з поняттям «службо-

ва інформація» застосовується поняття «конфіденційна інформація, що є власністю держави», «службова інформація, що є власністю держави» тощо. Крім того, деякі інституції не розробили відповідні переліки відомостей, яким надається гриф обмеження доступу «для службового користування».

У вітчизняному законодавстві закріплюється *перелік орієнтовних критеріїв віднесення до службової інформації*. Вони повинні: створюватися за кошти державного бюджету або перебувати у володінні, користуванні чи розпорядженні організації;

- використовуватися з метою забезпечення національних інтересів держави;

- не належати до державної таємниці;

- унаслідок розголошення такої інформації можливе: порушення конституційних прав і свобод людини та громадянина; настання негативних наслідків у внутрішньополітичній, зовнішньополітичній, економічній, військовій, соціальній, гуманітарній, науково-технологічній, екологічній, інформаційній сферах та у сферах державної безпеки і безпеки державного кордону; створення перешкод у роботі державних органів.

Розроблені також рекомендації віднесення публічної інформації до службової згідно із Законом «Про доступ до публічної інформації» Представником Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини з питань доступу до публічної інформації та захисту персональних даних. Так, до службової інформації відповідно до ст. 9 Закону України «Про доступ до публічної інформації» можуть бути віднесені лише такі категорії публічної інформації:

- внутрішньовідомча службова кореспонденція, доповідні записки, рекомендації, якщо вони пов'язані з розробленням напрямку діяльності установи або здійсненням контрольних, наглядових функцій органами державної влади, процесом прийняття рішень і передують публічному обговоренню та/або прийняттю рішень;

- інформація, зібрана у процесі оперативно-розшукової, контррозвідальної діяльності, у сфері оборони країни, яку не віднесено до державної таємниці.

Інформація може бути віднесена до службової:

- виключно в інтересах національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету та неупередженості правосуддя;

- якщо розголошення інформації може завдати істотної шкоди цим інтересам;

• якщо шкода від оприлюднення такої інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні.

У кожному конкретному випадку при вирішенні питання щодо віднесення публічної інформації до службової, а також у кожному наступному випадку запитування інформації, яка була віднесена до службової, розпорядник обов'язково повинен обґрунтувати: якому саме з інтересів загрожує розголошення інформації (наприклад, національній безпеці, територіальній цілісності); у чому полягатиме шкода в разі розголошення цієї інформації; яким чином істотна шкода від оприлюднення інформації переважає суспільний інтерес в її отриманні.

Якщо документ має гриф «для службового користування», то це є недостатнім для відмови в доступі до нього. У доступі до службової інформації може бути відмовлено лише в разі проходження «трискладового тесту» з урахуванням конкретної ситуації та обставин справи. Письмова відмова в задоволенні запиту з посиланням на віднесення інформації до службової повинна містити обґрунтування відповідно до застосованого «трискладового тесту». У разі відсутності такого обґрунтування відмову слід вважати неправомірною.

Слід зазначити, що незважаючи на прийняття відповідних нормативно-правових актів у сфері службової інформації вести мову

про сформованість та ефективність правового регулювання відповідних суспільних відносин не можна. Кількість порушень у цій сфері постійно збільшується. Заслужовує на увагу точка зору В. Ліпкана та В. Баскакова, які вважають: «Сучасний стан адміністративно-правового регулювання суспільних відносин у сфері інформації з обмеженим доступом в Україні потребує поліпшення та узгодження з міжнародними стандартами» [2, с. 262].

Таким чином, питання загального визначення та систематизації службової таємниці потребують додаткового дослідження й адекватного закріплення на законодавчому рівні, що може розглядатися в контексті загальних проблем систематизації інформаційного законодавства України [3].

Список використаних джерел

1. *Секретні матеріали: що ховала влада під грифами «не для друку» та «опублікуванню не підлягає»*: Інформаційний портал Харківської правозахисної групи. – Режим доступу: <http://www.maidan.org.ua>.

2. Ліпкан В. А., Баскаков В. Ю. Адміністративно-правовий режим інформації з обмеженим доступом в Україні / За ред. В. А. Ліпкана. – К., 2013. – 344 с.

3. Ліпкан В. А., Залізняк В. А. Систематизація інформаційного законодавства України / За ред. В. А. Ліпкана. – К., 2012. – 304 с.

Стаття надійшла до редакції 24.06.2013 р.

This article examines the legal framework of national legislation in the protection of proprietary information, identifies the major shortcomings of legal regulation of social relations in this sphere.

В статье исследуется нормативно-правовая база отечественного законодательства в сфере защиты служебной информации, определяются основные недостатки нормативно-правового регулирования общественных отношений 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 № 6 від 26.06.2013 р.)