

5
2014 (221)

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

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА
ІМ. АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА 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.
МАЙДАНИК Р.
МАМУТОВ В.
НАВРОЦЬКИЙ В.
СТЕЦЕНКО С.
ТОРГАШИН О.
ШАКУН В.
ШЕВЧЕНКО Я.

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Лариса Кінашук

Проблеми розкриття аудиторської таємниці:
морально-етичний та правовий аспекти 3

Олена Черненко

Правове становище державних (національних)
акціонерних компаній за законодавством України 6

Анастасія Токунова

Удосконалення організації факторингової діяльності в Україні 10

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ірина Саракун

Зміст права на одержання дивідендів у законодавстві
Польщі й України 13

Маріанна Біленко

Нормативна основа регулювання відносин
будівельного підряду 16

Людмила Литовченко

Право на захист цивільних прав та інтересів 20

Дарина Кушерець

Юридичний зміст цивільних правовідносин
у сфері охорони майнових прав фізичних та юридичних осіб 25

Сергій Вавженчук, Богдан Бондаренко

Проблеми розуміння клірингу цінних паперів як правової
категорії 29

Галина Миронова

Право дитини на медичну інформацію 33

Олег Гриняк

Окремі аспекти набуття права спільної власності 38

Микита Бернацький

Деякі питання набуття та здійснення права власності на житло
юридичними особами приватного права 41

Олена Андреева

Цивільно-правова характеристика ризику неможливості виконання
договірних зобов'язань: поняття та практичне значення 45

Володимир Бобрик

Суд присяжних у цивілістичному процесі України:
аргументи «за» і «проти» 49

Анастасія Завгородня

Правові презумпції й їх вплив на встановлення істини
у цивільному судочинстві 54

На першій сторінці
обкладинки –
пам'ятник
Магдебурзькому
праву в м. Києві

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО		
Сергій Вітвіцький	Адміністративний контроль у системі державного контролю	59
Олена Климок	Громадські ради та мобільні групи в системі громадського контролю за діяльністю Міністерства внутрішніх справ України	64
Анфіса Нашинець-Наумова	Правове забезпечення формування системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві	68
АГРАРНЕ ПРАВО		
Максим Гребенюк	Правові аспекти забезпечення продовольчої безпеки на столичному рівні	72
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ		
Юлія Дорохіна, Олександр Дудоров	Безготівкові гроші як предмет злочинів проти власності	78
Роман Мовчан	Про предмет злочину, передбаченого ст. 239 ² Кримінального кодексу України	83
Геннадій Піщенко, Данило Гундза	Декриміналізація чи посилення відповідальності (дискусійні питання щодо ст. 309 Кримінального кодексу України)	87
РЕЦЕНЗІЯ		
Вадим Харченко	Сучасні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України	91
А. Т. Комзюк	Грунтовне довідникове галузеве видання	3-я стор. обкл.

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака
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 ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 4 від 23.04.2014 р.)**

УДК 346.1 : 336.027.2

Лариса Кінашук,д-р юрид. наук, доцент,
м. Київ

ПРОБЛЕМИ РОЗКРИТТЯ АУДИТОРСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ: морально-етичний та правовий аспекти

У статті досліджуються перспективи вироблення єдиних критеріїв при прийнятті рішення про розкриття аудиторської таємниці як виду інформації з обмеженим доступом, пропонується створити чітку систему критеріїв поведінки аудиторів з урахуванням морально-етичного та правового аспектів для недопущення несанкціонованого розкриття аудиторської таємниці.

Ключові слова: аудитори, аудиторська діяльність, аудит, аудиторська таємниця, конфіденційна інформація, Міжнародні стандарти аудиту, надання впевненості та етики.

На сьогодні актуальними, але мало дослідженими є питання аудиторської таємниці. Адже аудиторській діяльності притаманні специфічні відносини із замовниками аудиту. Аудитор завжди виступає довіреною особою того, кому надає фінансово-правову допомогу, тому такою важливою стає саме довіра до аудитора. У довірі виражається правова природа стосунків аудитора з особами, які до нього звертаються, закладається моральна сторона їх відносин. Основним принципом аудиторської діяльності є конфіденційність, дотримання якої є необхідною та найважливішою передумовою довірчих стосунків між аудитором і клієнтом, без яких неможливе належне надання фінансово-правової допомоги. Тому збереження конфіденційності будь-якої інформації, отриманої аудитором від клієнта у процесі проведення аудиторського фінансового контролю, є обов'язком аудитора у відносинах з усіма суб'єктами права. Сьогодні виникають питання щодо збереження аудиторської таємниці, можливості поєднання морально-етичної та правової сторони аудиторської діяльності. Поширюючи загальні проблеми права на розуміння аудиторської таємниці, слід виділити дві основні тенденції: всі суспільні відносини регулюються через право; розмежування моралі та права. Аналіз професійної діяльності аудитора, свідчить про різне розуміння аудиторської таємниці. Тому стає гострою потреба створення чіткої системи критеріїв правильності вибору того чи іншого варіанту поведінки в ситуаціях зіткнення, суперечності різних обов'язків і прав аудитора, що підтверджує актуальність порушеної у статті проблеми.

Погляди науковців на проблему розкриття аудиторської таємниці як виду інформації

з обмеженим доступом змінювалися під впливом наукової думки, розвитку економіки та суспільних відносин, із формуванням відповідних морально-етичних принципів. Серед науковців ведуться дискусії щодо порядку розкриття аудиторської таємниці як виду інформації з обмеженим доступом. Але основним недоліком у дослідженнях цієї проблеми є слабе юридичне трактування морально-етичного аспекту.

Сьогодні існують певні наукові напрацювання з питань розкриття аудиторської таємниці як виду інформації з обмеженим доступом. Теоретичною базою статті стали наукові праці представників юридичної й економічної науки різних періодів, які зверталися до проблем аудиту, аудиторської діяльності, аудиторської таємниці. Беззаперечний вплив на формування авторської позиції мали праці економістів Ф. Бутинця, Н. Дорош, С. Ільїної та інших. Враховуючи комплексний характер аудиторської діяльності вивчалися наукові роботи представників різних галузей юриспруденції, а саме, Л. Воронової, М. Кучерявенка, О. Вінника, В. Щербини та інших.

Мета цієї статті полягає у вивченні та виробленні єдиних критеріїв при прийнятті рішення про розкриття аудиторської таємниці як виду інформації з обмеженим доступом, створенні чіткої системи морально-етичних і правових критеріїв поведінки аудитора, що не допустить несанкціонованого розкриття аудиторської таємниці.

Для інтересів замовника аудиту та для іміджу аудиторства важливо, щоб система таких критеріїв була єдиною і передбачуваною. Саме це досягається закріпленням у кодексах

орієнтирів, які розроблені самими аудиторів. При прийнятті рішення щодо розкриття конфіденційної інформації, відповідно до Міжнародних стандартів аудиту [1, с. 26], надання впевненості й етики, професійні бухгалтери повинні брати до уваги таке: чи зашкодить розкриття інформації інтересам усіх сторін, у тому числі третій стороні, на чій інтереси це може вплинути, якщо клієнт або роботодавець дасть згоду на розкриття інформації професійним бухгалтером; чи відома та підтверджена вся відповідна інформація, щоб бути практичною; у випадках, коли ситуація стосується непідтверджених фактів, неповної інформації або непідтверджених висновків, професійний бухгалтер повинен використовувати своє професійне судження щодо того, як розкрити інформацію, якщо це необхідно; спосіб розкриття інформації та кому вона адресована, наприклад, професійний бухгалтер повинен бути впевнений, що всі сторони, на які спрямоване це розкриття, є відповідними одержувачами.

Проте, незважаючи на запропонований перелік обставин, при прийнятті рішення щодо розкриття конфіденційної інформації, в процесі професійної діяльності в аудиторів виникають складності.

На сьогодні немає законодавчого визначення аудиторської таємниці. У Законі України «Про аудиторську діяльність» від 22.04.1993 р. № 3125-ХІІ передбачено, що аудитор й аудиторські фірми зобов'язані зберігати в таємниці інформацію, отриману при проведенні аудиту та виконанні інших аудиторських послуг, а також не розголошувати відомості, що є предметом комерційної таємниці, не використовувати їх у власних інтересах або в інтересах третіх осіб. Нормативні акти, якими регулюються правовідносини у сфері аудиторської таємниці, не носять ознак системної цілісності та завершеності. Існує значна кількість законодавчих актів, які надають право окремим державним органам, одержувати інформацію, що є аудиторською таємницею, а в окремих випадках встановлюють відповідальність за недотримання вимог щодо надання інформації. Тому, як вважають Я. Гончарук та В. Рудницький [2, с. 62], аудитор як незалежний працівник не зобов'язаний повідомляти правоохоронні органи про факти зловживань і шахрайства. Проте таку точку зору можна підтримати лише частково.

Дійсно, аудиторська діяльність регулюється чинним законодавством, тобто не існує професійної діяльності аудитора поза законом. Іншими словами, якщо діяльність аудитора визначається законом, тоді це збігається з його професією. Проте питання про аудиторську таємницю є важливим, і має розглядатися як із правової, так і моральної точки зору, що передбачає аналіз засад професійної етики аудитора. Морально-етичні аспекти

безпосередньо не регулюються законом, тому термін «професійна етика» відносно аудитора є досить штучним. У той самий час рівень професійності, як етична проблема, може розглядатися в контексті проблеми кваліфікації аудитора. Тому слід розрізняти професійну етику та професійність аудитора.

Морально-етичні принципи діють опосередковано та можуть впливати чи виражатися так звану ментальність національної культури, яка може тлумачитися як дії або лише як мотив, намір. Оскільки аудитору в процесі проведення аудиту неодноразово доводиться стикатися з діями, що пов'язані з порушеннями законодавства, то гіпотетично існує значна ймовірність того, що в діях індивідуального підприємця чи в діях керівника організації, яка перевіряється, може мати місце склад злочину.

Дійсно, у результаті допущених відхилень у звітності не тільки перекручуються показники роботи суб'єкта господарювання, а й вони можуть бути засобом реалізації протиправних дій. Існує два види неточностей, зазначає Н. Дорош [3, с. 44]: помилки та відхилення від норм. Відхилення від норм – це навмисно неправильне відображення й подання даних обліку та звітності однією чи кількома особами із складу керівництва чи службовців підприємства. Помилка – ненавмисне викривлення фінансової інформації в результаті арифметичних чи логічних похибок у облікових записях, недогляду в повноті обліку чи неправильного подання фактів господарської діяльності, наявності й стану майна, розрахунків тощо. Тобто всі перекручення у фінансово-бухгалтерській звітності суб'єкта господарювання можна поділити на помилки і шахрайство. Стаття 190 КК України зводить шахрайство до обману чи зловживання довірою. Як зазначає Б. Усач, шахрайство – це навмисно неправильне відображення і представлення даних обліку та звітності службовими особами й керівниками підприємства [4, с. 66]. На нашу думку, точним є визначення поняття шахрайства, яке запропонував Дж. Робертсон, – це навмисне внесення фіктивної інформації у фінансові звіти з метою введення будь-кого в оману, яке несе за собою збиток для інвесторів і кредиторів [5, с. 496]. Помилка, пише Б. Усач [4, с. 66], – це ненавмисне перекручення фінансової інформації в результаті арифметичних чи логічних помилок у облікових записях і розрахунках, недогляду в дотриманні повноти обліку, неправильного представлення в обліку фактів господарської діяльності, наявності майна, вимог і зобов'язань. Тобто помилка – це ненавмисне перекручення фінансової інформації в результаті арифметичних чи логічних помилок, здійснених через некомпетентність, халатність і неухважність. Отже, з точки зору права шахрайство відрізняється від помилки наявністю чи відсутністю наміру, особливо незаконного

особистого збагачення. Тому аудитор повинен звернути увагу на обставини, що пом'якшують вину і відповідальність клієнта. Зрозуміло, що аудитор порадить відмовитися від вчинення злочину та вкаже на можливі наслідки. Аудитор попадає в складне становище: він має зберегти таємницю тоді, як, з іншого боку, його можуть звинуватити в змові з обвинуваченим. Тобто аудитор, який отримав достовірні дані про можливий тяжкий злочин, вступає в суперечність зі своїм статусом громадянина. Як бачимо, в нашому розумінні, морально-етичні норми не суперечать юридичним, але й не можуть замінити їх. Правила аудиторської етики виражають і підтверджують необхідність їх саме для аудиторської професії.

Аудитор діє відповідно до закону та визначених професійних стандартів і етичних норм. Більше того, інтереси громадян не повинні суперечити інтересам самого суспільства, власне держави. А це означає, що навіть ведучи мову про морально-етичні принципи, аудитор діятиме згідно із законом. Тому, на нашу думку, є необхідність (при виявленні шахрайства у веденні фінансово-господарської діяльності та бухгалтерської документації) в інформуванні органів внутрішніх справ шляхом передачі їм матеріалів за цими фактами для детального розгляду та прийняття відповідного рішення.

Міжнародні стандарти аудиту, надання впевненості й етики [1, с. 26] наводять перелік обставин, за яких професійні бухгалтери можуть або повинні розкрити конфіденційну інформацію, або ж зазначене розкриття буде доречним. До таких обставин належать: розкриття, що дозволяється законом і санкціонується роботодавцем; розкриття, що вимагається законом, наприклад, надання документів або інших доказів у ході процесуальних дій, надання відомостей відповідним органам

влади щодо виявлення порушень законодавства; існування професійного обов'язку або права розкрити інформацію, якщо це не заборонено законом (на дотримання вимог, визначених організацією-членом або професійною організацією, щодо перевірки якості, у відповідь на запит або при розслідуванні, яке проводиться організацією-членом або регуляторним органом; для захисту професійних інтересів професійного бухгалтера в ході процесуальних дій; відповідно до технічних стандартів та етичних вимог).

З урахуванням викладеного, на нашу думку, наведений перелік слід доповнити таким положенням: розкриття дозволяється при виявленні фактів шахрайства в процесі здійснення фінансово-господарської діяльності та ведення бухгалтерського обліку і фінансової звітності. Крім того, вирішити питання дотримання аудитором конфіденційності інформації можна шляхом законодавчого визначення кола суб'єктів, які мають право ознайомлюватися з відомостями, що є аудиторською таємницею, без згоди клієнта, а також їх компетенцію щодо прийняття рішення про запит аудиторської інформації.

Список використаних джерел

1. Міжнародні стандарти аудиту, надання впевненості та етики. – К., 2007. – 1172 с.
2. Гончарук Я., Рудницький В. Аудит. – К., 2007. – 443 с.
3. Дорош Н. І. Міжнародний досвід становлення та розвитку аудиторського контролю // Вісник податкової служби України. – 1999. – № 28. – С. 41–45.
4. Усач Б. Ф. Контроль і ревізія. – К., 2002. – 253 с.
5. Робертсон Дж. К. Аудит / пер. с англ. – М., 1993. – 496 с.

Стаття надійшла до редакції 13.05.2014 р.

This paper investigates the prospects of development of uniform criteria when deciding on disclosure of audit secrecy as a form of classified information. The author gives a clear set of criteria based on the behavior of auditors ethical and legal issues in order to prevent unauthorized disclosure of audit secret.

В статье исследуются перспективы выработки единых критериев при принятии решения о раскрытии аудиторской тайны как вида информации с ограниченным доступом, предлагается создать четкую систему критериев поведения аудиторов с учетом морально-этического и правового аспектов для недопущения несанкционированного раскрытия аудиторской тайны.



УДК 346.24

Олена Черненко,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ПРАВОВЕ СТАНОВИЩЕ ДЕРЖАВНИХ (НАЦІОНАЛЬНИХ) АКЦІОНЕРНИХ КОМПАНІЙ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

У статті розглядається правове становище державних (національних) акціонерних компаній в Україні, формулюються пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства, що регулює діяльність державних (національних) акціонерних компаній.

Ключові слова: державна власність, державне підприємство, державне корпоративне підприємство, державна (національна) компанія.

До цього часу на законодавчому рівні не визначені поняття «державна (національна) акціонерна компанія», правове становище державних (національних) акціонерних компаній врегульоване не законом, а постановами Кабінету Міністрів України або Указами Президента України про конкретні національні та державні акціонерні компанії. Відсутність належного законодавчого регулювання згаданих компаній зумовлює актуальність обраної теми дослідження.

Окремі аспекти, пов'язані з правовим становищем державних (національних) акціонерних компаній в Україні, розглядалися у працях таких учених, як Л. Винар, О. Вінник, І. Селіванова, В. Щербина та ін.

Метою цієї статті є аналіз правового становища державних (національних) акціонерних компаній та внесення пропозицій щодо вдосконалення чинного законодавства України в досліджуваній сфері.

Особливим різновидом акціонерних товариств, створених за участю держави, є державні акціонерні компанії (далі – ДАК) та національні акціонерні компанії (далі – НАК). Визначення та розмежування понять «державна акціонерна компанія» та «національна акціонерна компанія» в законодавстві України відсутні. Як синоніми ці поняття вживаються, зокрема, в Указі Президента України «Про невідкладні заходи щодо впорядкування діяльності державних (національних) акціонерних та холдингових компаній» від 07.11.2001 р. № 1049.

Правове становище державних (національних) акціонерних компаній має низку особливостей порівняно з акціонерними товариствами, створеними у процесі корпоратизації/приватизації. По-перше, це **відсутність загальної нормативної підстави створення державних (національних) акціонерних компаній** (аналогічної Указу Президента України «Про корпоратизацію підприємств»). Ці суб'єкти створювалися Кабінетом Міністрів України, як правило, на виконання низки указів Президента України, присвячених впорядкуванню відносин у певних галузях (сферах) економіки України. Так, НАК «Нафтогаз України» утворена на виконання Указу Президента України «Про реформування нафтогазового комплексу України» від 25.02.1998 р. № 151/98, НАК «Енергетична компанія України» – на виконання Указу Президента України «Про заходи щодо підвищення ефективності управління електроенергетичним комплексом» від 22.01.2004 р. № 69 (втратив чинність), ДАК «Укрресурси» – на виконання Указу Президента України «Про реформування системи матеріально-технічного забезпечення народного господарства» від 21.12.1994 р. № 789. Деякі державні акціонерні компанії утворені Кабінетом Міністрів України з власної ініціативи: ДАК «Хліб України» відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 22.08.1996 р. № 1000.

По-друге, **особи засновника й акціонера державних (національних) акціонерних компаній формально не збігаються**. Так, відповідно до Статуту НАК «Нафтогаз України», затвердженого постановою Кабінету Мініст-

рів України від 25.05.1998 р. № 747, засновником Компанії є держава в особі Кабінету Міністрів України (п. 21), акціонером Компанії до прийняття в установленому порядку рішення про приватизацію пакета її акцій – держава в особі Міненерговугілля. Повноваження вищого органу управління Компанією фактично розподілені між двома зазначеними владними суб'єктами. Так, у період до проведення перших загальних зборів акціонерів, які скликаються після прийняття рішення про приватизацію пакета акцій Компанії, повноваження вищого органу управління Компанії здійснює Міненерговугілля в установленому законодавством порядку (п. 50 Статуту). Однак до виконання плану розміщення акцій Компанії або продажу не менш як 75 % її акцій рішення про зміну статутного капіталу приймає Кабінет Міністрів України (п. 36). З-поміж повноважень, що належать до виключної компетенції загальних зборів акціонерів згідно з п. 51 Статуту, одну частину здійснює Міненерговугілля, іншу – Кабінет Міністрів України. Персональний склад наглядової ради, у тому числі її голова, затверджується Міненерговугілля за погодженням з Кабінетом Міністрів України (п. 66). У період до проведення перших загальних зборів акціонерів, які скликаються після прийняття рішення про приватизацію пакета акцій Компанії, рішення про припинення Компанії приймає Кабінет Міністрів України (п. 119). Дуалізм у здійсненні повноважень вищого органу управління притаманний також іншим державним (національним) акціонерним компаніям. Так, згідно із Статутом НАК «Енергетична компанія України» засновником Компанії є держава в особі Кабінету Міністрів України, акціонером Компанії – держава в особі Міненерговугілля.

По-третє, **майно державних (національних) акціонерних компаній формувалося шляхом передачі до їх статутних капіталів майна державних підприємств (організацій) та акцій корпоратизованих підприємств галузі (підгалузі) економіки.** Натомість статутний фонд ВАТ, що створювалося в процесі корпоратизації/приватизації, формувався виключно за рахунок майна конкретного державного підприємства [1, с. 217]. Так, статутний капітал НАК «Нафтогаз» сформовано шляхом передачі до нього: 100 % акцій державних акціонерних товариств, які утворювалися на базі державних підприємств, майно яких не підлягає приватизації; пакетів акцій, залишених у державній власності, відкритих акціонерних товариств; майна акціонерного товариства «Укргазпром» і його дочірніх підприємств у зв'язку з їх реорганізацією; майна Державної акціонерної холдингової компанії «Укргаз» у зв'язку з її

ліквідацією; акцій (часток, паїв), що належать державі у статутному капіталі господарських товариств (підприємств).

Значний науковий і практичний інтерес викликає питання про правовий титул майна державних (національних) акціонерних компаній. Положення статутів державних (національних) акціонерних компаній, що стосуються правового титулу їх майна, є, по-перше, такими, що потребують системного тлумачення, по-друге – специфічними для кожного статуту. Так, відповідно до Статуту НАК «Нафтогаз України» майно Компанії складається з основних засобів, обігових коштів, акцій (часток, паїв) у статутному (складеному) капіталі господарських товариств, а також інших активів, відображених у бухгалтерському балансі Компанії (п. 27). Здійснюючи право власності, Компанія володіє, користується та розпоряджається належним їй майном і вчиняє стосовно нього будь-які дії, що не суперечать закону та меті діяльності Компанії (п. 29). З цього випливає, що правовим титулом майна НАК є право власності (при цьому йдеться про все її майно). Разом із тим передані Компанії пакети акцій, які належать державі у статутному капіталі господарських товариств, і державне майно, яке не підлягає приватизації та передане Компанії в користування, не можуть бути відчужені у будь-який спосіб без рішення засновника. Списання та передача зазначеного майна здійснюється відповідно до законодавства за рішенням засновника або Міненерговугілля (п. 31). Обмеження правомочності розпорядження окремими видами майна характерне не для права власності, а для похідного речового права – права господарського відання. Однак Статут, що розглядається, не використовує терміна «право господарського відання». Крім того, згідно з ч. 1 ст. 136 Господарського кодексу (далі – ГК) України обмеження правомочності розпорядження окремими видами майна суб'єкта права господарського відання можуть встановлюватися виключно законом, а не статутом. Це ставить під сумнів можливість кваліфікувати право державної (національної) акціонерної компанії на акції інших державних підприємств як право господарського відання.

Дещо по-іншому питання правового титулу майна вирішене для НАК «Енергетична компанія України». Так, майно державних підприємств та адміністративний будинок по вул. Хрещатик, 34 у м. Києві закріплюються за Компанією на праві господарського відання для забезпечення її діяльності, тобто наявна пряма вказівка на право господарського відання як правовий титул відповідного майна.

Встановлено, що Компанія в порядку, визначеному Статутом, володіє, користується

та розпоряджається належним їй майном, вчиняючи стосовно нього будь-які дії, що не суперечать законодавству, меті та предмету діяльності Компанії.

Пакети акцій і майно, закріплені у державній власності та передані до статутного капіталу Компанії, можуть відчужуватися з державної власності лише з дозволу Кабінету Міністрів України. Стосовно них не можуть вчинятися дії, наслідком яких може бути відчуження відповідних корпоративних прав з державної власності.

Вважаємо за необхідне законодавчо закріпити, що *«акції (частки, паї), що належать державі у статутному капіталі господарських товариств (підприємств), а також інше майно, визначене статутом державної (національної) акціонерної компанії, належать державній (національній) акціонерній компанії на праві господарського відання»*, а також визначити перелік обмежень правомочності розпорядження об'єктами права господарського відання.

По-четверте, **державні (національні) акціонерні компанії поєднують функції суб'єкта господарювання та суб'єкта управління об'єктами державної власності**. Так, відповідно до п. 6 Статуту НАК «Нафтогаз України» предметом діяльності Компанії є: видобування нафти та природного газу; постачання природного і скрапленого газу; створення й експлуатація транзитних міждержавних систем транспортування нафти, нафтопродуктів і природного газу, інші види господарської діяльності. Разом із тим Компанія є господарською структурою, яка здійснює управління об'єктами державної власності, зокрема корпоративними правами, що належать державі у статутному капіталі господарських товариств і передані до статутного капіталу Компанії (п. 12 Статуту).

Здійснення функцій суб'єкта управління об'єктами державної власності наближає державні (національні) акціонерні компанії до *державних холдингових компаній*. В юридичній літературі є випадки отождолення державних (національних) акціонерних компаній з державними холдинговими компаніями [2, с. 194–195]. З цим не можна погодитись, оскільки Закон України «Про холдингові компанії в Україні» встановлює низку особливостей правового становища холдингових компаній (у тому числі державних), які не властиві державним (національним) акціонерним компаніям:

- статутний капітал холдингової компанії формується за рахунок вкладів засновників у формі холдингових корпоративних пакетів акцій (часток, паїв), а також додаткових вкладів у формі майна, коштів і нематеріальних активів, необхідних для забезпечення діяль-

ності холдингової компанії. Частка у формі майна, коштів і нематеріальних активів, необхідних для забезпечення діяльності холдингової компанії, не повинна перевищувати 20 % статутного капіталу холдингової компанії (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про холдингові компанії в Україні»). Це свідчить про те, що основним призначенням холдингової компанії є здійснення організаційно-господарських повноважень. У той самий час статутний капітал державної (національної) акціонерної компанії може включати як акції (частки), так і майно (при цьому обмежень розміру частки майна у статутному капіталі немає). Державна (національна) акціонерна компанія здійснює як організаційно-господарські повноваження, так і безпосередню господарську діяльність, що дозволяє кваліфікувати її як різновид державного корпоративного підприємства;

- встановлені однозначні приписи щодо правового режиму майна державної холдингової компанії. Так, державні пакети акцій (часток, паїв) і державне майно, передані державою до статутного капіталу державної холдингової компанії, не можуть бути відчужені або перебувати в заставі, використані для формування статутних капіталів будь-яких підприємств. Державній холдинговій компанії забороняється вчиняти будь-які дії, що можуть призвести до відчуження акцій (часток, паїв) або майна, внесених до її статутного капіталу, до завершення процесу її приватизації. Пакети акцій (часток, паїв) або інше майно, передані до статутного капіталу державної холдингової компанії, перебувають у державній власності та закріплюються за нею на праві господарського відання (частини 9, 10, 13 ст. 6 Закону України «Про холдингові компанії в Україні»). Правовий режим майна державних (національних) акціонерних компаній є подібним, однак статутами конкретних компаній встановлюються окремі відхилення від загальної схеми;

- відповідно до ч. 6 ст. 126 ГК України, якщо корпоративне підприємство через дії або бездіяльність холдингової компанії виявиться неплатоспроможним і визнається банкрутом, то холдингова компанія несе субсидіарну відповідальність за зобов'язаннями корпоративного підприємства. Цей припис не стосується державних (національних) акціонерних компаній. Так, відповідно до п. 17 Статуту НАК «Нафтогаз України» Компанія не відповідає за зобов'язаннями акціонерів, дочірніх підприємств і господарських товариств, у статутному (складеному) капіталі яких Компанії належать пакети акцій (частки, паї) (п. 17).

Л. Винар вважає, що оскільки термін «компанія» не притаманний законодавству України, з метою уніфікації правової термінології

потрібно вживати термін «товариство» [3, с. 10–11]. Ця пропозиція не може бути підтримана, оскільки державні (національні) акціонерні компанії не можна змішувати з державними акціонерними товариствами, які не здійснюють функцій суб'єкта управління об'єктами державної власності. Заслугує на увагу також зауваження І. Лукач щодо словосполучення «холдингова компанія»: терміни «холдинг» і «компанія» злилися в єдине ціле не тільки у правовій, а й суспільній свідомості [2, с. 206]. Приблизно те саме стосується і державних (національних) акціонерних компаній.

Враховуючи специфіку державних (національних) акціонерних компаній (порівняно з державними холдинговими компаніями) вважаємо за доцільне передбачити на законодавчому рівні (у проекті Закону України «Про державні акціонерні товариства» [4, с. 15]) окремий розділ, присвячений особливостям створення та функціонування державних (національних) акціонерних компаній.

При цьому пропонуємо визначити *державну (національну) акціонерну компанію як акціо-*

нерне товариство, яке створюється за рішенням Кабінету Міністрів України шляхом передачі до його статутного капіталу акцій (часток), майна державних підприємств, перебуває під контролем держави, поєднує функції суб'єкта господарювання та суб'єкта управління об'єктами державної власності з метою розв'язання найважливіших економічних і соціальних завдань, забезпечення збалансованого розвитку відповідних галузей (сфер) економіки.

Список використаних джерел

1. Селіванова І. А. Про різновиди акціонерних компаній, створених за участю держави // Університетські наукові записки. – 2007. – № 2. – С. 214–219.
2. Лукач І. В. Правове становище холдингових компаній. – К., 2008. – 240 с.
3. Виняр Л. В. Правовий статус юридичних осіб, заснованих державою: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 2006. – 19 с.
4. Вінник О. М. Науково-практичний коментар Закону України «Про акціонерні товариства». – К., 2009. – 312 с.

Стаття надійшла до редакції 24.03.2014 р.

We have discussed the legal status of state (national) joint stock companies in Ukraine and given our suggestions as far as the perfection of the current legislation is concerned. It must regulate the activity of state (national) joint stock companies.

В статье рассматривается правовое положение государственных (национальных) акционерных компаний в Украине, формулируются предложения по совершенствованию действующего законодательства, регулирующего деятельность государственных (национальных) акционерных компаний.



УДК 346.22

Анастасія Токунова,*канд. юрид. наук,
науковий співробітник
Інституту економіко-правових досліджень НАН України*

УДОСКОНАЛЕННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ФАКТОРИНГОВОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

У статті розглядаються проблеми поліпшення організації факторингової діяльності в Україні, пропонуються способи вдосконалення законодавства щодо факторингу в банківській сфері.

Ключові слова: факторинг, факторингова діяльність, факторингові компанії, вдосконалення законодавства, банки.

Актуальність теми дослідження зумовлюється необхідністю впорядкування сфери факторингу в Україні. В останні роки обсяг факторингових послуг і кількість суб'єктів, які працюють у відповідній сфері, зростають. Проте ще швидше зростає масив судової практики, аналіз якої свідчить про значну кількість спорів щодо факторингу. Разом із тим у науковій і фаховій літературі з'являються публікації щодо недосконалості нормативно-правової бази, яка регулює відносини щодо факторингу, недостатності методологічних засад здійснення останнього (зокрема, цими проблемами займалися такі науковці, як А. Галкіна, Л. Кожина, О. Кузьменко, Р. Малимоненко, Н. Мехеда, О. Пальчук, І. Покаместов, К. Сурніна, Я. Чапчадзе [1–9] та інші). Разом із тим пропозицій із вказівкою на конкретні заходи для вирішення проблемних ситуацій майже не висувається.

Метою цієї статті є вдосконалення організації факторингової діяльності в Україні.

Слід зазначити, що факторингова діяльність може відбуватися в декількох основних формах залежно від суб'єктів, які надають відповідні послуги. Так, можливим є надання факторингових послуг безпосередньо банками. Крім того, ця діяльність може здійснюватися спеціалізованими факторинговими компаніями. Зважаючи на те, що у випадку саме факторингової компанії одним із ключових буде питання щодо наявності джерел для надання достатнього обсягу коштів на здійснення фінансування клієнтів, розрізняються декілька видів таких компаній. По-перше, це компанії, які використовують для отримання коштів банки або інші фінансові установи. Часто вони є дочірніми або належать цим фінансовим ус-

тановам. Що стосується переваг такої форми, то створення банківськими установами підконтрольних факторингових компаній дозволяє уникнути обмежень щодо статутного капіталу, а також щодо здійснення відповідних видів діяльності. Банк може дозволити кредитувати підконтрольні йому компанії, надавати гарантії та, відповідно, розширювати коло операцій і клієнтів, беручи на себе мінімальні ризики. Зокрема, до таких компаній належать Raiffaisen Factor Bank AG, BNP Paribas Factor, UniCredit Factoring [10, с. 165].

Існують також факторингові компанії, що належать великим промисловим фірмам і транснаціональним корпораціям (General Motors Acceptance Corporation, General Electric Capital, Lloyds TSB Commercial Finance) [11, с. 785]. Як правило, вони обслуговують лише внутрішні операції окремих великих промислових компаній та їх постачальників. Основною метою при цьому виступає не стільки надання додаткових кредитних ресурсів, скільки децентралізація адміністративних функцій, оцінка платоспроможності, управління кредитом, інкасування дебіторської заборгованості. Такі компанії мають мінімальний рівень ризику, а обсяг їх операцій обмежується потребами учасників [12, с. 9–10].

Фактори змішаного типу створюються промисловими компаніями за участю найбільш великих компаній першого типу; вони використовують у своїй діяльності досвід роботи останніх та обслуговують, перш за все, операції промислових компаній-засновників. На сьогодні компанії змішаного типу прагнуть до розширення своїх зв'язків, удосконалення організації факторингу та переходу до обслуговування зовнішніх клієнтів [13, с. 19–20]. Прикладом такої компанії може бути італійська «Оліветті факторинг» [12, с. 10]. Відповідно до світової практики 78,5 % суб'єк-

тів, які надають факторингові послуги, є дочірніми компаніями банків, 12,5 – відділами останніх, 9 % – небанківські установи [14, с. 128].

Що стосується вибору перспективного напрямку запровадження факторингу для нашої країни, то найбільш доцільним буде здійснення розвитку через створення факторингових компаній першого типу (таких, що фінансуються банками) або змішаного типу.

Слід зазначити, що на сьогодні в Україні наявною є ситуація, коли учасниками-факторами на ринку є саме банки. Такий підхід є негативним з ряду причин. По-перше, в банках факторинг розвивається в межах кредитного напрямку. Наявний дефіцит кваліфікованих спеціалістів із факторингу призводить до того, що до факторингового відділу переходять спеціалісти з кредитних департаментів і, природно, застосовують у своїй роботі прийоми та навички, притаманні саме кредитуванню. Так, у дослідженнях зазначається, що робота з факторинговими ризиками вимагає специфічного підходу, передусім, скорингових систем оцінки (скоринговою є система, яка прораховує кредитне рішення на основі наявних у банку історій, пристосовуючи наявні дані до характеристики можливого позичальника). У більшості банків такої системи немає; використовується система оцінки, близька до кредитної. У багатьох великих банках факторинг не залишився у зв'язку з тим, що керівництво банку не розуміло, як повинен функціонувати цей продукт [15].

У літературі зазначається, що основна проблема, з якою зіткнулися фактори в Європі, полягала в неправильному розумінні сутності факторингу. Багато компаній сприймали факторинг як альтернативу банківському кредитуванню та не звертали уваги на додаткові фінансові послуги, що надавалися фактором [16, с. 22]. Насправді факторинг якісно відрізняється від кредитування продуктом, і це іноді призводить до неефективності банку як фактора, до спалювання сутності послуги факторингу, що надається. Більше того, у країнах, де факторинг найбільш далекий від банківського бізнесу, обсяги його надання є значними і, навпаки, там, де ці показники є низькими, факторинг – це банківський бізнес або здійснюється в межах банку [17, с. 15].

На жаль, в Україні тенденція до надання факторингу в межах кредитних послуг закріплена на нормативному рівні. Так, Закон України «Про банки і банківську діяльність» закріплює положення щодо факторингу у ст. 49 «Кредитні операції». Незважаючи на те, що у ст. 47 цього акта визначено, що такі кредитні операції є видами діяльності банку, подібне формулювання призводить до закономірного та логічного висновку про необхідність роз-

глядати факторинг не як особливий вид банківської діяльності, а як вид особливої кредитної послуги. Подолання такої негативної ситуації можливе шляхом удосконалення законодавства, зокрема, слід змінити окремі норми Закону України «Про банки і банківську діяльність». Доцільно віднести факторинг у цьому нормативному акті до безпосередньо банківських послуг, включивши положення щодо нього в ст. 47 відповідного Закону. Пропонуємо викласти частини 3, 4 ст. 47 Закону України «Про банки і банківську діяльність» у такій реакції:

«До банківських послуг належать:

- 1) залучення у вклади (депозити) коштів та банківських металів від необмеженого кола юридичних і фізичних осіб;
- 2) відкриття та ведення поточних (кореспондентських) рахунків клієнтів, у тому числі у банківських металах;
- 3) розміщення залучених у вклади (депозити), у тому числі на поточні рахунки, коштів і банківських металів від свого імені, на власних умовах та на власний ризик;
- 4) здійснення операцій на ринку цінних паперів від свого імені;
- 5) надання гарантій і поручительств та інших зобов'язань від третіх осіб, які передбачають їх виконання у грошовій формі;
- 6) лізинг;
- 7) факторингові послуги: фінансування під відступлення права грошової вимоги (у тому числі надання позики та здійснення авансових платежів), пов'язане з цим ведення обліку (головної бухгалтерської книги) щодо дебіторської заборгованості, пред'явлення до сплати грошових вимог від імені клієнтів або від свого імені, захист від несплат боржників, надання консультаційних та інформаційних послуг тощо.

Банківські послуги, перелічені у пунктах 1–3, дозволяється надавати виключно банку».

Необхідно також сформулювати ч. 1 ст. 49 у такій редакції: «Як кредитні в цій статті розглядаються операції, зазначені в пунктах 3–6 частини 3 статті 47 цього Закону». Викладення Закону України «Про банки і банківську діяльність» у такому вигляді дозволить не тільки вдосконалити його в частині правового регулювання факторингових правовідносин, а й поліпшити структуру акта, оскільки у ст. 47 кредитним послугам присвячено ч. 3, а інші, відірвано від цієї норми, розташовані у ст. 49. У запропонованому варіанті у ст. 47 буде вказано загальний перелік видів банківських послуг, а у ст. 49 – які саме з них будуть кредитними, встановлюватимуться особливості здійснення кредитних операцій. Це зробить нормативно-правовий акт, що розглядається, більш логічним і точним.

Висновки

Проведений аналіз свідчить про доцільність створення факторів окремо від банків із можливістю отримання від останніх фінансування або у вигляді компаній змішаного типу для вдосконалення організації факторингової діяльності в Україні.

Викладення у новій редакції ч. 3, 4 ст. 47, ч. 1 ст. 49 Закону України «Про банки і банківську діяльність» сприяє вдосконаленню законодавства щодо факторингу в банківській сфері.

До перспективних напрямів наукових досліджень у сфері, що розглядається, слід віднести вдосконалення статусу клієнта та боржника за договором факторингу, а також формування методичних рекомендацій щодо здійснення факторингу.

Список використаних джерел

1. Галкіна А. С. Модель розвитку факторингових та форфейтингових операцій комерційного банку // *Фінанси, учет, банки*. – Д., 2007. – Вип. 13. – С. 60–71.
2. Кожина Л. М. Снижение риска выполнения факторинговых операций: автореф. дис. ... канд. экон. наук. – М., 2008. – 27 с.
3. Кузьменко О. М. Сутність факторингу як засобу фінансування суб'єктів господарювання // *Фінанси, облік і аудит*. – К., 2009. – Вип. 13. – С. 233–240.
4. Малимоненко Р. А. Особливості вітчизняного факторингу // *Правовий вісник Української академії банківської справи*. – 2010. – № 1. – С. 71–75.
5. Мехеда Н. Г., Шафранська Т. Ю., Сологуб М. П., Смаглій Г. Г. Проблеми фінансово-кредитної системи та шляхи їх подолання // *Вісник Черкаського університету*. – 2009. – № 151. – С. 157–164.
6. Пальчук О. І. Факторинг на ринку фінансових послуг. – К., 2011. – 164 с.
7. Покаместов И. Е. Эффективная организация факторингового бизнеса: автореф. дис. ... канд. экон. наук. – М., 2007. – 27 с.
8. Сурнина Е. С. «Факторинговый» учет: Законодательные разночтения // *Культура народов Причерноморья*. – 2002. – Т. 3, № 50. – С. 105–107.
9. Чатчадзе Я. А. Договор факторинга: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2000. – 191 с.
10. Ковтонюк О. В. Особливості реалізації міжнародного факторингу в контексті глобальної фінансової кризи // *Культура народов Причерноморья*. – 2009. – № 172. – С. 165–168.
11. Вергун В. А., Ступницький О. І. Практика використання портфелю факторингових послуг в Україні в умовах фінансової кризи // *Проблеми развития внешнеэкономических связей и привлечения иностранных инвестиций: региональный аспект*. – Д., 2010. – Ч. 3. – С. 784–788.
12. Иваш И. И. Факторинговые операции: сущность и особенности проведения в Республике Беларусь. – Минск, 2005. – 27 с.
13. Покаместов И. Е. Факторинг. – М., 2009. – 232 с.
14. Біда С. О., Новодворський Я. В. Сучасні тенденції застосування фінансових інструментів дисконтування // *Зовнішня торгівля: право та економіка*. – 2009. – № 1. – С. 124–130.
15. Дослідження ринку факторингу [Електронний ресурс] // Офіційний сайт рейтингового агентства «Експерт». – Режим доступу: <http://www.raexpert.ru/researches/factoring/factoring/part1/> (станом на 10.03.2014).
16. Гасников К. Д. Сравнительная характеристика договора финансирования под уступку денежного требования (факторинга) по праву России и Англии: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005. – 214 с.
17. Маханова Т. А. Развитие рынка факторинговых услуг в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. экон. наук. – М., 2010. – 23 с.

Стаття надійшла до редакції 01.04.2014 р.

In the article suggestions for improving the organization of factoring business were made. Ways to improve legislation on factoring in the banking sector were proposed.

В статье рассматриваются проблемы улучшения организации факторинговой деятельности, предлагаются способы совершенствования законодательства о факторинге в банковской сфере.



УДК 347.5

Ірина Саракун,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник Лабораторії проблем корпоративного права
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ЗМІСТ ПРАВА НА ОДЕРЖАННЯ ДИВІДЕНДІВ У ЗАКОНОДАВСТВІ ПОЛЬЩІ Й УКРАЇНИ

У статті розглядається зміст права на одержання дивідендів у Республіці Польща та в Україні, аналізуються дискусійні аспекти, пов'язані з правозастосуванням в обох країнах.

Ключові слова: право на одержання дивідендів, привілейовані акції, привілейовані дивіденди, акціонерне товариство.

Адаптація корпоративного законодавства Польщі до законодавства Європейського Союзу зумовила внесення певних змін у діяльність акціонерних товариств. Актуальним залишається з'ясування змісту корпоративного права у чинному законодавстві Польщі [1] для України.

Шляхом проведення наукового аналізу нормативного врегулювання корпоративного права у Польщі можна встановити певні аналогії та відмінності його змісту в обох країнах, а також сформулювати низку висновків, що й визначають **мету цієї статті**.

Як і в Законі України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514-VI, згідно з положеннями Торгового кодексу (Kodeks spółek handlowych) акціонер має право *вимагати виплату дивідендів*, коли: прибуток товариства призначений до виплати акціонеру; він був акціонером товариства на день виплати дивідендів; сплинув термін виплати дивідендів [2]. Акціонер має право на участь у прибутку (виявленому у фінансовому звіті, складеному ревізором), який призначений до виплати загальними зборами акціонерів (§ 1 ст. 347 Торгового кодексу Польщі). Статут не може бути віднесено це повноваження до компетенції інших органів. Натомість до компетенції правління належить підготовка та представлення на загальних зборах акціонерів фінансового звіту за минулий оборотний рік, формування внесків, які стосуються поділу прибутку або покриття витрат. Звіт і внески підлягають оцінці наглядовою радою.

Грошова сума, призначена до поділу між акціонерами, не може бути вища, ніж сума обчислена відповідно до:

- прибутку за останній оборотний рік;
- нерозподілених прибутків за останні роки;
- прибутку з резервного капіталу, який може бути призначений на виплату дивідендів (ст. 348 Торгового кодексу);
- прибутку, що надійшов з резервного капіталу (фонду), який може бути призна-

чений на виплату дивідендів. Відповідно до ст. 348 Торгового кодексу він може бути призначений на виплату дивідендів, якщо приписи закону або положення статуту товариства не встановлюють інше;

- непокритих витрат;
- власних акцій;
- грошових сум, які згідно з законом або статутом повинні бути призначені з прибутку за останній оборотний рік на резервний (запасний) капітал.

Днем виплати дивідендів вважається день, на який складається список акціонерів, які мають право на одержання дивідендів. Згідно із статутом особами, які мають право на одержання дивідендів за даний оборотний рік, є акціонери, яким належать акції в день прийняття рішення про розподіл прибутку. Керуючись закріпленим у статуті положенням, чергові загальні збори можуть перенести день виплати дивідендів. Однак він не може бути визначений пізніше, ніж у термін до двох місяців, від дня прийняття загальними зборами рішення про призначення прибутку до виплати акціонерам (ст. 348 Торгового кодексу).

Закон не встановлює дня виплати дивідендів у публічному товаристві. Натомість день виплати дивідендів зобов'язані визначати чергові загальні збори. Вони можуть визначати день виплати дивідендів:

- на день прийняття рішення;
- у період наступних трьох місяців від того дня.

Дивіденди виплачуються в день, визначений у рішенні загальних зборів. Якщо рішення загальних зборів такого дня не вказують, вони виплачуються в день, встановлений наглядовою радою (§ 4 ст. 348 Торгового кодексу).

Чергові загальні збори публічного товариства також зобов'язані до встановлення терміну виплати дивідендів (§ 3 ст. 348 Торгового кодексу). У ст. 347 § 2 Торгового ко-

дексу вказується два *способи* розподілу прибутку, призначеного для виплати між акціонерами:

- рівномірний поділ щодо кількості акцій, якщо вони повністю оплачені;
- рівномірний поділ щодо внесених на акції платежів, які застосовуються тоді, коли акції не повністю оплачені.

Статут може передбачати інший спосіб поділу прибутку. Однак слід враховувати положення Торгового кодексу, що стосуються:

- передумов права на дивіденди (ст. 348);
- зарахування на рахунок дивідендів (ст. 349);
- терміну, від якого акціонер може виконувати повноваження щодо дивідендів, пов'язаних із привілейованими акціями (§ 4 ст. 541);
- обмежень, які відносяться до привілейованих акцій у сфері дивідендів;
- прав участі (п. 1 § 2 ст. 304);
- природи акціонерного товариства та добрих звичаїв (§ 3 і 4 ст. 304).

Згідно з положеннями Торгового кодексу акціонери мають право на участь у прибутках товариства ще в ході оборотного року.

Виконавчий орган товариства може виплатити акціонерам аванс у рахунок дивідендів тільки тоді, коли виконані такі *умови*:

- виконавчий орган уповноважений статутом до його виплати (§ 1 ст. 349 Торгового кодексу);
- фінансовий звіт товариства за останній оборотний рік, затверджений загальними зборами, показує прибуток;
- на виплату авансу надала згоду наглядова рада (§ 1 ст. 349 Торгового кодексу);
- товариство володіє достатніми для виплати засобами, тобто такими, які гарантують, що виплата авансу в рахунок дивідендів не наражає товариство на втрату фінансових потоків (здатності до регулювання зобов'язань).

Аванс не може бути вищий ніж грошова сума, обчислена відповідно до:

- половини прибутку, досягнутого від кінця останнього оборотного року (він має бути вказаний у фінансовому звіті, складеному компетентним ревізором);
- резервного капіталу, утвореного з прибутку, яким із метою виплати авансів у рахунок дивідендів може розпоряджатися виконавчий орган;
- непокритих витрат з минулих років;
- власних акцій.

У випадку, якщо статут не встановлює інше (§ 3 ст. 374 Торгового кодексу), аванс виплачується пропорційно до кількості наявних акцій або до проведених внесків за акції.

Як зазначають науковці, на практиці може виникнути питання щодо того, чи добросовісні акціонери, які отримали нарахування на дивіденди (аванс), повернути їх на підставі § 1 ст. 350 Торгового кодексу, якщо наприклад, для цього не було підстав. Тобто щодо виплати авансу за умов, вказаних у § 1 ст. 349 Торгового кодексу, якщо і по закінченню оборотного

року виявилось, що товариство понесло втрати [3, с. 389; 4, с. 476].

У Торговому кодексі зазначається що акціонери, які всупереч приписам права або положенням статуту отримали яку-небудь плату від товариства, зобов'язані її повернути (§ 1 ст. 350). Однак цей обов'язок не застосовується до добросовісних акціонерів, які всупереч приписам права або постановам статуту отримали дивідендні виплати (§ 1 ст. 350 Торгового кодексу). Натомість за повернення безпідставно виплаченого прибутку солідарно відповідають ті члени виконавчого органу або наглядової ради, які несуть відповідальність за здійснення неналежних виплат (§ 1 ст. 350 Торгового кодексу).

Що стосується дивідендів з *привілейованих акцій*, то на підставі приписів Торгового кодексу можна виділити три їх *види*:

- визнання за привілейованими акціями більшої частини прибутку, ніж за акціями простими (через відступлення від засад наявності частки прибутку пропорційного до кількості акцій);
- визнання першості задоволення перед рештою акцій;
- визнання права на виплату простроченого дивіденду з прибутку в наступних роках.

Іншими словами, право до визначеної частини прибутку накопичується тоді, коли товариство не виплачує дивіденди, однак не довше, ніж протягом наступних трьох оборотних років, і тоді в такій накопиченій формі підлягає виплаті товариством уперше (§ 4 ст. 353 Торгового кодексу).

На відміну від привілейованих акцій, акціям які мають право голосу, може належати тільки привілей участі в більшій частині прибутку, призначеного до поділу. Натомість у повному обсязі дивідендні привілеї можуть належати тільки німим акціям (§ 3 ст. 353 Торгового кодексу).

На нашу думку, саме цей клас привілейованих акцій є найбільш привабливим для інвесторів. Тому слід зупинитися на його особливостях і короткій характеристиці.

Згідно із § 3 ст. 353 Торгового кодексу в обмін на привілей, надані такими акціями, для них може бути виключене право голосу. Саме тому ці акції іменуються «*німими*». Останнім може бути надана ширша сфера привілеїв щодо дивідендів, ніж акціям із правом голосу. Однак німі привілейовані акції не можуть розраховувати на гарантування дивідендів незважаючи на те, в якому розмірі загалом товариство отримає прибуток (ст. 348 Торгового кодексу). Натомість німих акцій стосується обмеження вказане в § 1 ст. 353 Торгового кодексу щодо авансу в рахунок дивідендів (§ 3 ст. 353 Торгового кодексу). Цьому класу акцій належить більша частка в прибутку через першість виплат. Згідно із § 3 ст. 353 Торгового кодексу німих акцій не стосуються приписи про обмеження розміру

привілейованих дивідендів; німа акція може також користуватися першістю задоволення перед рештою акцій. Викладене свідчить, що привілейований дивіденд, належний німим акціям, може полягати:

- в участі у більшій частині прибутку (наприклад, на німі акції припадає п'ятикратний розмір прибутку);
- у першості задоволення права до визначеної для поділу частини прибутку без права участі в частині прибутку, який залишився (наприклад, право на отримання на засаді першості з суми до поділу прибутку 20 злотих на кожну німу акцію);
- у комбінації першості задоволення й участі в частині прибутку, яка залишилась у такий спосіб, що на привілейовану німу акцію завжди припадає вища сума, ніж на акції звичайні (наприклад, найперше виплачується певний мінімальний дивіденд (наприклад, 4 % номінальної вартості) привілейованим акціям, а решта прибутку товариства, призначеного на дивіденди, ділиться рівномірно між усіма акціями) [3, с. 389].

Згідно із ст. 353 Торгового кодексу статут може передбачати, що акціонеру, власнику німої акції, якому не виплачено повністю або частково дивіденди в даному оборотному році, належить відшкодування з прибутку в наступних роках, однак не пізніше, ніж протягом наступних трьох оборотних років. Поняття «невиплачені дивіденди» згідно із § 4 ст. 353 Торгового кодексу означає привілейовані дивіденди, які залишаються не повністю або частково виплачені товариством у зв'язку з відсутністю у товариства засобів, які відповідно до ст. 348 можуть бути призначені на виплату дивідендів, або неприйняттю загальними зборами акціонерів рішення про виплату дивідендів.

Формулювання «повністю» або «частково» означають, що йдеться про дивіденди в такому розмірі, який би припадав, якщо б прибуток «у даному оборотному році» був поділений між акціонерами. Згідно із § 4 ст. 353 Торгового кодексу такі дивіденди підлягають накопиченню за невикрашений період. Він не може перевищувати трьох наступних оборотних років. Так, накопичені дивіденди підлягають виплаті на засадах першості у випадку, коли загальні збори акціонерів приймуть рішення про його виплату.

Разом із тим не всі привілейовані дивіденди можуть підлягати накопиченню. Їх виплата може стосуватися тільки таких привілейованих дивідендів, величину яких можна визначити незважаючи на те, що товари-

ство насправді не виплачувало будь-які дивіденди, наприклад дивіденди в розмірі 5 % номінальної вартості кожної акції, або 10 злотих на кожну акцію. Однак, якщо товариство взагалі не виплачує дивідендів, то відповідно не може йтися ні про спосіб їх підрахунку, ні про їх накопичення.

Таким чином, аналіз наведених положень Торгового кодексу Республіки Польща свідчить про більш детальні (іноді чіткіші), на відміну від українського акціонерного законодавства, норми, що забезпечують право на одержання акціонерами дивідендів. Зокрема, вони стосуються способів розподілу прибутку, призначеного для виплати дивідендів; можливості виплати авансу в рахунок дивідендів; видів привілеїв щодо дивідендів, які надаються власникам привілейованих акцій; способів нарахування дивідендів і можливості їх накопичення; коротшого строку виплати дивідендів.

Разом із тим ми вважаємо, що до вразливих питань правового регулювання у цій сфері можна віднести підрахунок і розмір виплати накопичених дивідендів, а також положення щодо безпідставної виплати авансу на дивіденди.

Схожими з вітчизняним законодавством є приписи, що стосуються підстав виплати дивідендів і обмежень на їх виплату, тощо.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок** про в цілому позитивний досвід Польщі у сфері правового регулювання одержання дивідендів [5, с. 16–22; 6, с. 62–70]. Він може стати корисним при вдосконаленні положень Закону України «Про акціонерні товариства», який доволі лаконічно регламентує зазначені відносини.

Список використаних джерел

1. Яценко І. С. Корпоративне право Республіки Польща: основні положення. – К., 2008. – 232 с.
2. Kodeks spółek handlowych // stan prawny: 1 września 2013 r. – Wydawnictwo OD.NOVA.
3. Prawo spółek handlowych: Podrecznik akademicki. 4 wydanie. Redakcja naukowa: Andrzej Koch i Jacek Napierała // Wydanie przez: Wolters Kluwer Polska SA. – Warszawa, 2013.
4. Kidyba Andrzej. Prawo handlowe. 13 wydanie poprawione i uaktualnione. Wydawnictwo C. H. Beck. – Warszawa, 2011.
5. Саракун І. Б. Реалізація права на одержання дивідендів акціонерного товариства // Актуальні питання цивільного та господарського права. – 2009. – № 6.
6. Саракун І. Б. Здійснення корпоративних прав учасниками (засновниками) господарських товариств (цивільно-правовий аспект). – К., 2009. – 156 с.

Стаття надійшла до редакції 31.03.2014 р.

The article considers the content of the right to receive dividends in the Republic of Poland and Ukraine are analyzed controversial aspects associated with law enforcement in both countries.

В статті розглядається зміст права на одержання дивідендів в Республіці Польща і в Україні, аналізуються дискусійні аспекти, пов'язані з правозастосуванням в обох країнах.



УДК 347.454.3

Маріанна Біленко,

канд. юрид. наук,
науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

НОРМАТИВНА ОСНОВА РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН БУДІВЕЛЬНОГО ПІДРЯДУ

Стаття присвячена визначенню нормативної основи правового регулювання договірних відносин за договором будівельного підряду.

Ключові слова: зобов'язання, договір, будівельний підряд, договір підряду, підрядник, замовник, договірні відносини.

Будівництво як вид виробничої діяльності має своїм призначенням створення будівель і споруд шляхом виконання комплексу робіт. Йому властиві характерні особливості, пов'язані, перш за все, із специфікою, властивою продукції будівництва та виробничому процесу в будівництві. Будинки, споруди, підприємства й інші об'єкти, що є продукцією будівництва, різноманітні, складні за конструкцією, великі за розмірами та масою, що зумовлює особливості та різноманітність проведення будівельних робіт.

Метою цієї статті є визначення нормативної основи правового регулювання договірних відносин, зумовлених будівельною діяльністю.

Основними особливостями будівельного виробництва є [1, с. 18–19]:

- на відміну від промислового виробництва в будівництві продукція нерухома та використовується лише там, де вона створена. Після завершення будівництва переміщуються лише трудові ресурси та знаряддя праці (будівельні машини й устаткування) з одного об'єкта на інший. Ця особливість будівництва зумовлює своєрідність організаційних форм управління, вимагає правильного розміщення будівельних організацій для того, щоб звести до мінімуму втрати часу, витрати на переміщення будівельної техніки та кадрів з одного будівельного майданчика на інший;
- процес виготовлення продукції будівництва займає тривалий період часу (обчислюється не лише місяцями, а й при будівництві великих об'єктів – роками), отже, на тривалий час залучає робочу силу та засоби виробництва в будівельний процес;
- будівельне виробництво пов'язане з багатьма галузями та підприємствами (об'єднаннями, фірмами). Від підприємств одних галу-

зей воно отримує сировину, матеріали та обладнання для виробництва будівельної продукції. З підприємствами (фірмами, об'єднаннями) інших галузей воно пов'язане тим, що здійснює роботи на замовлення за завданнями підприємств-замовників. Робота на замовлення відіграє важливу роль у здійсненні будівництва та введенні в дію готових об'єктів підприємств-замовників, на які покладається планування капітальних вкладень, забезпечення будівництва проектно-кошторисною документацією, постачання для споруджуваних виробничих підприємств необхідного технологічного й енергетичного обладнання.

Відносини з будівництва регулюються за допомогою системи нормативно-правових актів (будівельного законодавства) та договорами будівельного підряду. Так, відповідно до ч. 2 ст. 875 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України договір будівельного підряду укладається на проведення нового будівництва, капітального ремонту, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель (зокрема житлових будинків), споруд, виконання монтажних, пусконаладжувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних із місцезнаходженням об'єкта. Згідно із ст. 317 Господарського кодексу (далі – ГК) України будівництво об'єктів виробничого й іншого призначення, підготовка будівельних ділянок, роботи з обладнання будівель, завершення будівництва, прикладні й експериментальні дослідження та розробки тощо, які виконуються суб'єктами господарювання для інших суб'єктів або на їх замовлення, здійснюються на умовах підряду.

Будівельне законодавство – це система нормативних актів, що регулюють відносини в сфері будівництва [2, с. 23]. Будівельна діяльність не опосередковується лише горизонтальними (договірними) зв'язками [3, с. 37]. Її якість забезпечується також встановлен-

ням ліцензійних умов, будівельних норм, обов'язкової сертифікації будівельної продукції, що зумовлює вступ суб'єктів до вертикальних правовідносин.

Сучасна система нормативно-правових актів, що регулює відносини за договором будівельного підряду, багато чого успадкувала від радянської. У СРСР правове забезпечення якості будівельних робіт, як зазначає Н. Трофуненко, мало свою специфіку [4, с. 37]. По-перше, це наявність централізованого правового регулювання, зумовленого функціонуванням адміністративно-командної системи управління економікою. М. Черняк вважає, що централізація досить часто справляла негативний вплив на якість будівельних робіт, оскільки більшість рішень приймалася органами господарського управління, відсутність відповідальності яких призводила до прорахунків у проектуванні, породжувала безвідповідальність за поставку неякісних будівельних матеріалів, за зрив введення об'єктів в експлуатацію [5, с. 60]. По-друге, це неузгодженість значної кількості нормативно-правових актів із питань будівництва, оскільки більшість із них носила відомчий характер, фрагментарно регулювала суспільні відносини, що негативно позначалося на якості робіт.

Аналіз радянської системи правових актів свідчить про окреме правове регулювання будівельної діяльності на рівні закону та про паралельне існування значної кількості підзаконних актів. Негативний наслідок такого закріплення полягає у тому, що підзаконні акти могли змінюватися без узгодження з іншими актами, внаслідок чого виникали протиріччя, що позначилися на процесі виконання робіт і призводила до спорів між учасниками таких правовідносин. Разом із тим слід зазначити, що сучасна система нормативно-правових актів, які регулюють відносини у сфері будівництва, також є надзвичайно складною, оскільки містить велику кількість нормативних актів, прийнятих на рівні як закону, так і підзаконних актів.

Положення про договір будівельного підряду знайшли відображення в ЦК України (гл. 61 «Підряд»), зокрема у параграфі 3 гл. 61. Положення про договір підряду на капітальне будівництво для задоволення потреб держави, територіальних громад і окремих суб'єктів господарювання міститься в нормах ГК України (гл. 33 «Капітальне будівництво») відповідно до його предмета регулювання та в інших законах і підзаконних нормативно-правових актах України. У науковій літературі, звертається увага на належність договору підряду на капітальне будівництво до господарського права [6], хоча судова практика із вирішення господарських спорів не є однозначною в застосуванні положень ЦК і ГК України.

За договором будівельного підряду підрядник зобов'язується збудувати та здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші

будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник – надати підряднику будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх (ч. 1 ст. 875 ЦК України). Схоже визначення договору підряду на капітальне будівництво містить і ГК України (ч. 1 ст. 318), але сам договір названо договором підряду на капітальне будівництво.

Слід зазначити, що законодавець у ГК України запозичив деякі положення ЦК 1963 р. Так, ЦК України передбачає, що за невиконання чи неналежне виконання зобов'язань за договором будівельного підряду винна сторона сплачує неустойку, встановлену договором або законом, та відшкодовує збитки в повному обсязі, а ч. 1 ст. 322 ГК України передбачено, що за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво винна сторона сплачує штрафні санкції, а також відшкодовує другій стороні збитки (понесені другою стороною витрати, втрату або пошкодження її майна, недержані доходи) в сумі, не покритій штрафними санкціями, якщо інший порядок не встановлено законом. Таке запозичення, як зазначає Д. Сопільняк, може викликати певні складності при вирішенні спору стосовно відповідальності винної сторони за невиконання або неналежне виконання зобов'язань за договором [7, с. 316].

Правова колізія між згаданими кодифікованими актами щодо назви цих договорів певним чином спрощується схожістю предметів договорів. Так, договір будівельного підряду загалом відобразив і регулює специфіку економічних відносин як капітального, так і некапітального будівництва, що здійснюється відповідно до проектно-кошторисної документації, незалежно від юридичної характеристики об'єкта будівництва [8]. Як стверджує Р. Майданик, предметом договору будівельного підряду може виступати будь-який об'єкт незалежно від технічних особливостей об'єкта будівництва, пов'язаних із складом використаних при їх спорудженні матеріалів, наявністю чи відсутністю інженерних комунікацій та «заглибленого фундаменту» як основного елемента, що тісно пов'язує його із землею [9, с. 486]. Крім того, вказівка у наведених визначеннях договору будівельного підряду на те, що підрядник зобов'язується збудувати та здати замовникові об'єкт або виконати будівельні роботи, може покласти край дискусії у літературі з приводу об'єкта цього договору: що ним вважати – діяльність підрядника з виконання робіт чи завершений будівництвом об'єкт, чи перше й друге разом узяті?

Отже, незважаючи на розбіжності у назві договору, ЦК і ГК України містять норми,

які, по суті, регулюють однорідні відносини. У зв'язку з цим постає питання: норми якого нормативно-правового акта мають застосовуватися у кожному конкретному випадку?

Значний масив приватноправових відносин охоплюється ГК України. Оскільки господарським є договір, який, по-перше, укладений між суб'єктами господарювання або між суб'єктами господарювання й негосподарюючими суб'єктами – юридичними особами (тобто встановлюється спеціальний суб'єкт зобов'язальних правовідносин), по-друге, змістом якого будуть взаємні права й обов'язки сторін у сфері господарювання, правила ГК України застосовуватимуться як спеціальні, якщо є спеціальний суб'єкт і сфера, в якій виникають права й обов'язки.

У ЦК України окремим видам підрядних договорів, що містяться в главі 61, передусе так звана загальна частина – параграф 1 «Загальні положення про підряд», норми якого діють у випадках, коли йдеться про моделі підряду, які не належать до жодного із виділених у ЦК України різновидів цього типу договорів, а на ті, що виділені, поширюється дія загальних норм лише за умови, якщо вони не суперечать спеціальним нормам або спеціальні норми, присвячені регулюванню цих різновидів підрядних договорів, відсутні.

На жаль, у вітчизняному законодавстві є низка прогалин, які жодним чином не регулюють ті чи інші правовідносини. У такому випадку слід застосовувати саме норми загальних положень. І законодавець, враховуючи тезу про неможливість урегулювання всіх без винятку правовідносин, що виникатимуть у майбутньому, передбачив ст. 8 ЦК України (оскільки, як зазначає В. Белов, ще жоден народ не зміг врегулювати все, не зміг створити ні внутрішньо несуперечливого, ні бездоганно чіткого законодавства [10, с. 63]). Отже, якщо ЦК України у параграфі 3 гл. 61 не регулює певні умови договорів будівельного підряду, мають застосовуватися загальні положення про підряд, визначені параграфом 1 гл. 61 ЦК України.

Окремі норми, що регулюють відносини у сфері будівництва, містяться також:

- у Земельному кодексі (далі – ЗК) України щодо використання земельних ділянок під забудову;

- Законі України «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р., який визначає правові й економічні засади будівництва в Україні (відповідно до ст. 1 цього Закону інвестиції у відтворення основних фондів і на приріст матеріально-виробничих запасів здійснюються у формі капітальних вкладень); договір будівельного підряду, у свою чергу, – це правова форма реалізації капітальних вкладень;

- Законі України «Про основи містобудування» від 16.11.1992 р., який визначає основні засади містобудування як складної (комплексної) діяльності;

- Законі України «Про відповідальність підприємств, установ та організацій за правопорушення у сфері містобудування» від 14.10.1994 р., який встановлює відповідальність за порушення вимог спеціального будівельного законодавства як виконавцями, так і замовником за договором будівельного підряду;

- Законі України «Про наукову і науково-технічну експертизу» від 10.02.1995 р., який визначає основні засади проведення науково-технічної експертизи, у тому числі експертизи інвестиційних програм і проектів будівництва;

- Законі України «Про архітектурну діяльність» від 20.05.1999 р., згідно з яким об'єкти будівництва мають відповідати встановленим архітектурним вимогам; та інших.

Джерелами правового регулювання підрядних відносин у сфері будівництва є також значна кількість підзаконних нормативно-правових актів. Так, основними підзаконними нормативно-правовими актами є постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві» від 01.08.2005 р. № 668, Рекомендації із складання додатків до договору підряду в капітальному будівництві, постанова Кабінету Міністрів України «Про прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» від 13.04.2011 р., постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку затвердження проектів будівництва і проведення їх експертизи» від 11.05.2011 р., накази Міністерства будівництва, архітектури і житлово-комунального господарства України «Про затвердження Примірного договору підряду у капітальному будівництві» від 27.10.2005 р. № 3, «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури» від 27.01.2009 р. № 47.

У Загальних умовах укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві закріплені положення щодо укладення договорів підряду, строків виконання робіт, договірної ціни, прав та обов'язків сторін, щодо ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва та їх страхування, забезпечення робіт проектною документацією, матеріальними ресурсами та послугами, залучення до виконання робіт субпідприємців і робочої сили, щодо організації виконання та фінансування робіт, приймання та передачі закінчених робіт, проведення розрахунків за виконані роботи, а також положення щодо гарантійних строків, якості закінчених робіт, відповідальності сторін за порушення зобов'язань за договором підряду на капітальне будівництво та порядку врегулювання спорів, внесення змін до договору та його розірвання, особливостей укладення та виконання договорів підряду на капітальне

будівництво за участю іноземних суб'єктів господарювання тощо.

Загальні умови є обов'язковими для врахування під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві незалежно від джерел фінансування робіт, а також форми власності замовника та підрядника (субпідрядників). Однак цим підзаконним актом не регулюється процес «до початку будівництва».

На даний час у країнах романо-германської системи права договір підряду продовжує регулюватися нормами цивільних кодексів. В англо-американському праві підрядні відносини регулюються в основному правилами, виробленими судовою практикою, а спеціальні закони є лише в окремих штатах США. У країнах романо-германської системи права, на відміну від країн із англо-американськими правовими традиціями, де підрядні відносини традиційно вважаються одним із видів договору особистого найму, підряд розглядається як самостійний вид договору. При укладанні договорів будівельного підряду особливу роль відіграють типові договори, розроблені національними та міжнародними промисловими організаціями й об'єднаннями підприємств.

У системі будівельного законодавства велика увага приділяється техніко-економічним нормам, передбаченим у будівельних нормах і правилах (державних, відомчих, регіональних), стандартах (державних, відомчих), технічних умовах (наприклад, Правила визначення вартості будівництва ДБН Д.1.1-1-2000, затверджені наказом Державного комітету будівництва, архітектури та житлової політики України від 27.08.2000 р. № 174). Повне уявлення щодо правового регулювання відносин підряду на капітальне будівництво можна отримати, звернувшись до Додатку А до Державних будівельних норм України: Проектування. Склад, порядок розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва ДБН А.2.2-3-2004, затверджених наказом Державного комітету України з будівництва та архітектури від 20.01.2004 р. № 8.

Серед науковців давно обговорюється проблема систематизації будівельного законодавства. Значна кількість положень нормативно-правових актів у сфері будівництва дублюється в документах різної юридичної сили, що не сприяє систематизації й ефективному застосуванню законодавства в досліджу-

ваній сфері. Аналіз нормативно-правової бази у сфері будівельної діяльності свідчить про необхідність систематизації норм про права й обов'язки суб'єктів правовідносин у сфері будівництва. Дійсно, незважаючи на значну кількість як нормативно-правових, так і підзаконних нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини, вони не завжди складаються в чітку та послідовну систему регулювання, містять суперечливі положення, що зумовлює складність реалізації та захисту прав та інтересів суб'єктів правовідносин у сфері будівництва.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що при аналізі положень ЦК України, ГК України й інших нормативно-правових актів, що регулюють підрядні відносини у сфері будівництва, заслуговують на увагу не лише змістовні розходження в статтях, а й розбіжності в термінах, якими позначаються однакові за своїм змістом підрядні договори. Вважається, що така ситуація, безумовно, має бути виправлена шляхом як узгодження змісту норм чинного законодавства, так і уніфікації термінів, що у ньому вживаються.

Список використаних джерел

1. Гриценко Г. М. Правове регулювання капітального будівництва за державні кошти: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2011.
2. Доценко-Белоус Н. А. Правовая энциклопедия инвестирования строительства. – К., 2006.
3. Віхров О. П. Організаційно-господарські правовідносини у галузі будівельної діяльності // Підприємництво, господарство і право. – 2008. – № 10.
4. Трофуненко Н. В. Господарсько-правове забезпечення якості будівельних робіт: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2010.
5. Черняк М. Я. Новое в правовом регулировании капитального строительства // Сов. гос-во и право. – 1962. – № 4.
6. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). – К., 2006. – 592 с.
7. Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 29–30 квітня 2004 р., м. Харків. – К., 2004.
8. Курамжина Н. В. Договор подряда на строительство торговых и офисных центров. – М., 2005. – 200 с.
9. Майданик Р. А. Договір будівельного підряду // Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2008. – Т. 2.
10. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под ред. В. А. Белова. – М., 2007.

Стаття надійшла до редакції 24.03.2014 р.

The article is devoted to the important and topical issue – the definition of the normative foundations of the legal regulation of contractual relations under construction contracts.

Статья посвящена определению нормативной основы правового регулирования договорных отношений по договору строительного подряда.



УДК 347.122

Людмила Литовченко,*канд. істор. наук, доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

ПРАВО НА ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

У статті розглядаються проблемні питання про місце та роль права на захист цивільного права й інтересу у структурі суб'єктивного цивільного права, досліджується розсуд у механізмі здійснення права на захист.

Ключові слова: суб'єктивне цивільне право, здійснення цивільних прав, здійснення права на захист, розсуд.

Приватноправовий характер цивільних відносин зумовлює можливість кожної особи особисто вирішувати питання про захист свого суб'єктивного цивільного права й інтересу. Так, у ст. 15 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України від 16.01.2003 р. № 435-IV закріплено право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування, а також право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. Згідно із ст. 20 ЦК право на захист особа здійснює на свій розсуд. У контексті наведених положень ЦК України постає питання про місце та роль розсуду у здійсненні особою права на захист свого суб'єктивного права й інтересу.

Наукові праці І. Берестової, Ю. Білоусова, Т. Боднар, В. Борисової, Д. Горбася, І. Дзери, А. Довгерта, І. Жилінкової, Н. Кузнецової, В. Луця, Р. Майданика, Т. Підлубної, С. Погрібного, Ю. Притики, З. Ромовської, М. Стефанчука, Є. Харитоновна, Я. Шевченко та інших учених, у яких висвітлюються проблемні питання суб'єктивного цивільного права та його захисту, синтезують у цілому значний науковий доробок із цієї проблематики та слугують теоретичним підґрунтям для подальших досліджень. Проте питання про місце та роль розсуду учасника цивільних відносин у здійсненні ним права на захист свого суб'єктивного права й інтересу залишається не дослідженим.

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні взаємозв'язку категорій «захист суб'єктивного права й інтересу» і «розсуд у цивільному праві».

У науковій цивілістичній думці від середини XIX ст. не припиняються дискусії стосовно змісту суб'єктивного права та місця в його структурі такого елемента, як право на захист. На початку XX ст. Г. Шершеневич визначав суб'єктивне право як владу здійснювати інтереси, забезпечену й обмежену нормами об'єктивного права [1, с. 605] і доводив, що громадянин за власним розсудом і бажанням розпоряджається правом, яке йому належить [1, с. 546]. Критикуючи концептуальні положення представників історичної та реалістичної шкіл права Ф. Савіні та Р. Ієрінга стосовно того, що право на позов розглядалося ними як невід'ємна властивість і засіб здійснення управомоченою особою свого приватного суб'єктивного права у разі протидії з боку інших осіб, Г. Шершеневич висловив підтримку іншого концептуального підходу, що поширився наприкінці XIX ст., згідно з яким право на позов характеризувалося не як приватне, а як публічне суб'єктивне право, яке може бути пристосоване до приватного суб'єктивного права як засіб домагання, тобто звернення управомоченої особи до держави з вимогою про захист. Він зазначав, що ця можливість звернення до держави за сприянням і дає ту забезпеченість інтересам, яка надає їм правовий характер. Якщо відняти цю можливість звернення, то зникне і саме суб'єктивне право [1, с. 613]. Спів по суті виявив проблему, що залишається і досі актуальною й яку можна сформулювати так: чи є право на захист однією з правомочностей у структурі суб'єктивного цивільного права, чи воно є самостійним, відособленим суб'єктивним цивільним правом.

На думку Ю. Гамбарова, сучасника Г. Шершеневича, захист цивільного права його су-

б'єктом (носієм) є одним із елементів структури будь-якого суб'єктивного права й як «формальний момент суб'єктивного права» здійснюється у формах позову, заперечення, вдавання до дозволеного самоуправства, оголошення про недійсність тих чи інших дій тощо. Усі ці засоби захисту права складають його санкцію, без якої право не може обійтись, але яку не слід змішувати із самим правом [2, с. 389, 390]. Стосовно останнього свого міркування Ю. Гамбаров, зазначав, що римське право не уявляло права інакше ніж у формі його судового здійснення і тому сприймало позов як саме право у його діючому стані, справедливо акцентував на тому, що сучасне уявлення про право вважає позов не підставою, а наслідком права й у більшості випадків, додатком до нього. Право існує і до того, як воно втілюється у позові; існує у силу абстрактної норми, а не тільки свого судового захисту в даному конкретному випадку [2, с. 390]. Ю. Гамбаров справедливо доводив, що конкретне суб'єктивне право, як і похідне від нього право на захист, не отожднюється і не вичерпується правом на позов, хоча позов слідує за правом і зв'язаний із ним міцними узами [2, с. 391].

Інший учений з цієї плеяди Є. Васьковський обстоював думку про те, що захист цивільного права є правомочністю, елементом суб'єктивного права, яке особа здійснює при посередництві суду в цивільному судочинстві, пред'являючи позов. Учений вважав, що до предмета цивільного права відносяться права в їх судовому здійсненні, а до предмета цивільного процесу – судове здійснення прав, тобто у разі порушення суб'єктивного права особа може здійснити його за посередництва суду [3]. Викладене свідчить, що позиція Є. Васьковського була співзвучною доктрині римського права.

У цивілістичній науці радянського періоду питання про захист суб'єктивного цивільного права його носієм докладно досліджувалося В. Грибановим, який зазначив, що при дискусійності питання про зміст суб'єктивного цивільного права безспірним і загальновизнаним у літературі є положення про те, що, визнаючи за тією чи іншою особою визначені суб'єктивні права й обов'язки, цивільне законодавство надає управомоченій особі право на їх захист. Це зрозуміло, оскільки суб'єктивне право, надане особі, але не забезпечене від його порушення необхідними засобами захисту, є «декларативним правом» [4, с. 104–105]. На думку вченого, право на захист, передбачає можливість (правомочність) звернутися до компетентних державних чи громадських органів і можливості (правомочності) правоохоронного характеру, що випливають із норм чинного цивільного та ци-

вільно-процесуального законодавства (наприклад, пред'явлення позову, заходи самозахисту й оперативного впливу). Виходячи із цього вчений доводив, що з матеріально-правової точки зору немає перешкод, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті як одну з правомочностей суб'єктивного права [4, с. 106].

Загальноприйнятим у сучасній теорії права вважається положення, згідно з яким структуру суб'єктивного права формують три істотні правомочності: правомочність на власні позитивні дії – право позитивної поведінки правомочної особи; правомочність на чужі дії – право вимагання відповідної поведінки від правозобов'язаної особи; правомочність домагання – право на захист, тобто можливість звертатися за підтримкою та захистом держави у разі порушення суб'єктивного права з боку правозобов'язаної особи [4, с. 352–353]. Зазначена теоретична конструкція суб'єктивного права, згідно з якою право на захист позиціонується як правомочність і елемент структури суб'єктивного права, відображає в цілому сукупність юридичних можливостей, наданих об'єктивним правом суб'єкту права. У такому контексті заслуговує на увагу той факт, що загальне регулювання права на захист цивільних прав та інтересів регламентоване у главі 3 («Захист цивільних прав та інтересів») розділу I («Основні положення») книги 1 («Загальні положення») ЦК України у логічному зв'язку з регламентуванням підстав виникнення цивільних прав та обов'язків, здійснення цивільних прав і виконання обов'язків (глава 2 цього розділу). За загальним правилом, особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд, а нездійснення нею своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, встановлених законом (ст. 12 ЦК). Право на захист особа також здійснює на свій розсуд і нездійснення нею права на захист не є підставою для припинення цивільного права, що порушене, крім випадків, встановлених законом (ст. 20 ЦК).

Загальні положення ЦК України щодо здійснення цивільних прав та їх захисту поширюються на цивільні відносини в усій їх різноманітності. При цьому законодавець в окремих книгах ЦК України конкретизує зміст права на захист. Так, у главі 20 ЦК України («Загальні положення про особисті немайнові права фізичної особи») визначені зміст і способи захисту особистого немайнового права. Заслуговує на увагу те, що у ст. 275 ЦК не йдеться про здійснення захисту особистого немайнового права на власний розсуд суб'єкта права, але це не звужує змісту цього права, адже норма ч. 1 ст. 20 ЦК має загальний характер, її дія поширюється на всі

випадки цивільно-правового захисту суб'єктивних цивільних прав. Крім того, у ЦК України визначено речово-правові заходи та засоби захисту права власності (глава 29), конкретизовано зміст права на захист речових прав на чуже майно (ст. 396), визначені спеціальні заходи захисту права інтелектуальної власності (ст. 432). Отже, право на захист цивільних прав та інтересів у його матеріально-правовому значенні врегульоване як одна з юридичних можливостей, що надана об'єктивним правом як гарантія суб'єкту права стосовно підтримки та захисту державою його суб'єктивного права у разі порушення, невизнання чи оспорування з боку правозобов'язаної особи.

У контексті глави 3 ЦК України право на захист визначається як самостійне суб'єктивне цивільне право, що виникає в учасника цивільних відносин у разі порушення належного йому цивільного права або інтересу, невизнання або оспорування цивільного права. Для розуміння зазначеного важливою є думка Н. Кузнецової про те, що право на захист, як і будь-яке суб'єктивне цивільне право, особа здійснює на свій розсуд на засадах диспозитивності та вільного волевиявлення, адже для права на захист законодавцем встановлено загальний для цивільних прав режим правового регулювання [5, с. 30]. Л. Баранова, З. Ромовська справедливо акцентують увагу на тому, що у ЦК України право на захист цивільних прав та інтересів закріплено як самостійне суб'єктивне право, яке виникає з підстав, визначених у ст. 15 ЦК [6, с. 201; 7, с. 482]. З. Ромовська навіть категорично висловлює думку про те, що право на захист – це «самостійне право, а не прив'язка до конкретного права» [7, с. 482].

Викладене свідчить, що проблемним залишається питання про місце та роль права на захист в системі цивільних прав. Вважаємо, що про самостійність права на захист цивільного права й інтересу слід вести мову, коли йдеться про його здійснення. Коли ж законодавець гарантує захист суб'єктивного цивільного права від порушення, оспорування чи невизнання, слід вести мову про захист як правомочність (юридичну можливість) у структурі цього права. У зв'язку з цим слушною видається думка Д. Горбася про те, що здійснення права на захист його носієм є різновидом загального поняття здійснення суб'єктивного права [8, с. 7–8].

Суб'єктивне цивільне право на захист не можна ототожнювати з власне суб'єктивним регулятивним цивільним правом, адже останнє існувало і до його порушення, а право на захист виникає у суб'єкта цивільного правовідношення внаслідок виникнення підстав, визначених у ст. 15 ЦК. Це означає, що пра-

во на захист як самостійне суб'єктивне цивільне право виникає лише в особи, яка володіє певним суб'єктивним цивільним правом, причому у момент порушення, невизнання чи оспорування цього права іншою особою. За таких обставин розсуд правомочної особи щодо захисту свого суб'єктивного права формуватиметься під впливом двох чинників: залежно від природи та змісту належного особі суб'єктивного регулятивного цивільного права і характеру його порушення та залежно від природи і змісту права на захист. Усвідомлюючи необхідність захисту свого суб'єктивного цивільного права та маючи волю на вчинення відповідних дій щодо захисту, особа виявлятиме розсуд стосовно вибору форм, способів і меж захисту.

Законодавець передбачив можливість нездійснення правомочною особою права на захист, яке може бути виявом її свідомого особистого вибору, вчиненого на власний розсуд або внаслідок її необізнаності щодо можливостей захисту правовими засобами свого порушеного суб'єктивного цивільного права, або з інших причин. Проте відповідно до ч. 2 ст. 20 ЦК нездійснення особою права на захист не буде підставою для припинення належного їй суб'єктивного цивільного права, що порушене, крім випадків, встановлених законом. Очевидно, зазначеною нормою законодавець гарантує правомочній особі охорону її суб'єктивного права.

Реалізація права на захист цивільного права або інтересу відбувається у формі домагання правомочної особи до юрисдикційного органу або уповноваженої особи захистити її порушене, невизнане або оспоруване суб'єктивне цивільне право (юрисдикційна форма), а також у формі самозахисту (не юрисдикційна форма). Учасник цивільних відносин на власний розсуд обирає форму захисту свого суб'єктивного права. Його розсуд законом не обмежується, проте залежить від змісту конкретного суб'єктивного права, що зазнало порушення.

За змістом суб'єктивне цивільне право на захист складається з можливостей, здатних забезпечити його здійснення. Реалізація цих можливостей відбувається на розсуд правомочної особи. Так, відповідно до ст. 391 ЦК, власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном. Використовуючи юрисдикційну форму захисту та звертаючись через суд з позовом до правозобов'язаної особи, він здійснює право на захист свого порушеного суб'єктивного права власності на певну річ, використовуючи ряд юридичних можливостей, що є змістом суб'єктивного права на захист, а саме: правомочність на власну активну дію, що виражається у

пред'явленні позову; правомочність вимоги до порушника свого суб'єктивного права припинити перешкоджання здійсненню власником свого суб'єктивного права, звернену через суд; правомочність вимоги до суду розглянути справу, відкрити за пред'явленням позовом, та ухвалити рішення. На власний розсуд власник може не вдаватися до використання юрисдикційної форми захисту й обмежитися вимогою до порушника свого права припинити перешкоджання у здійсненні ним (власником) права користуватися та розпоряджатися своїм майном. При цьому правомочність на активну дію власник реалізує зверненням із вимогою до порушника свого права.

Здійснення права на захист завжди відображає активну волю цілеспрямовану поведінку правомочної особи, її свідомий вибір певного варіанта правової поведінки, вибір, який у суб'єктивному сенсі є актом інтелектуально-вольової діяльності особи, в об'єктивному (юридичному) значенні – виявленням її волі на учинення конкретних дій, спрямованих на досягнення значимої мети – відновлення порушеного, невизнаного або оспорюваного суб'єктивного цивільного права.

Суб'єктивне цивільне право на захист розуміємо як охоронне право, що реалізується правомочною особою у рамках виникаючого матеріального охоронного цивільного правовідношення. Це право має зміст, який відрізняється від змісту регулятивного цивільного суб'єктивного права, що зазнало порушення, характеризується відмінним суб'єктивним складом ніж відповідне регулятивне цивільне суб'єктивне право та по суті переходить межі чисто цивільного правовідношення. Навряд чи можна стверджувати, що між особою, яка звернулася за захистом свого порушеного права чи інтересу до суду (статті 3, 15 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України від 18.03.2004 р. № 1618-IV), та судом або іншим юрисдикційним органом виникають цивільні регулятивні правовідносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх суб'єктів.

Таким чином, матеріальне правовідношення, що виникає у сфері цивільно-правового регулювання у порядку захисту цивільного права та реалізується, зокрема, пред'явленням позову, має охоронний характер і слугує містком між сферами регулювання цивільного права та цивільного процесуального права. З моменту відкриття провадження у цивільній справі виникають процесуальні регулятивні правовідносини між позивачем (особою, яка вважає, що її суб'єктивне цивільне право порушено) і судом, а також між судом і відповідачем (особою, на яку вказав

позивач як на порушника свого суб'єктивного цивільного права). Разом із тим цивільне процесуальне правовідношення, що виникає між заінтересованою особою (позивачем), яка звернулася у встановленому законом порядку за захистом свого права, та судом, який у межах цивільної юрисдикції зобов'язаний у відповідній процесуальній формі розглянути звернення заінтересованої особи й ухвалити законне рішення, не виходить за межі приватноправового регулювання, оскільки об'єктом такого правовідношення є відновлення цивільного права заінтересованої особи засобами цивільно-правового захисту. У зв'язку з викладеним заслуговує на увагу думка З. Ромовської про те, що право на захист поєднує у собі матеріальні та процесуальні елементи, а норми матеріального та процесуального права, які регулюють способи, форми, порядок захисту, – це єдиний комплексний інститут правового захисту [7, с. 485].

Що ж являє собою розсуд у механізмі здійснення права на захист цивільних прав та інтересів? У цивільному праві розсуд (у його юридичному значенні) доречно характеризувати як простий легітимний дозвіл на вибір учасником цивільних відносин певного варіанта своєї правової поведінки щодо здійснення суб'єктивного права [9]. Цей вибір є вільним за загальним правилом (ст. 12 ЦК), свідомим і об'єктивується у діях носія суб'єктивного права. У такому виборі розсуд виявляється в його об'єктивному сенсі, який і має юридичне значення як чинник персоніфікації суб'єктивного права, а у механізмі здійснення суб'єктивного права – як інструмент індивідуалізації моделі правової поведінки, визначеної нормами об'єктивного права. Слід зазначити, що розсуд у суб'єктивному сенсі відображає свідому, інтелектуально-вольову діяльність особи, поєднуючи в собі вищі функції психічної діяльності особистості – мислення та волю активність.

Висновки

У контексті ЦК України право на захист визначається як самостійне суб'єктивне цивільне право, що виникає в учасника цивільних відносин у разі порушення належних йому цивільного права або інтересу, невизнання або оспорювання цивільного права. Зазначене не суперечить загальноприйнятій у сучасній теорії права конструкції суб'єктивного права, згідно з якою право на захист позиціонується як правомочність і елемент структури суб'єктивного права. Право на захист цивільних прав та інтересів виявляє свої юридичні можливості як самостійне суб'єктивне право у разі його здійснення з підстав, визначених у ст. 15 ЦК.

Суб'єктивне цивільне право на захист не ототожнюється з власне суб'єктивним регулятивним цивільним правом, що зазнало порушення. Суб'єктивне цивільне право на захист має зміст, який відрізняється від змісту регулятивного цивільного суб'єктивного права, характеризується відмінним суб'єктивним складом ніж відповідне регулятивне суб'єктивне право і по суті переходить межі чисто цивільного матеріального правовідношення у разі використання юрисдикційної форми захисту.

Здійснення права на захист завжди відображає активну волю цілеспрямовану поведінку правомочної особи, її свідомий вибір певного варіанта правової поведінки. На власний розсуд правомочна особа обирає форму захисту свого суб'єктивного права, її розсуд законом не обмежується, проте залежить від змісту конкретного суб'єктивного права, яке зазнало порушення. Розсуд особи, який у його об'єктивному сенсі має юридичне значення як чинник персоніфікації суб'єктивного права, у механізмі здійснення суб'єктивного права на захист виявляється як інструмент індивідуалізації моделі правової поведінки, визначеної нормами об'єктивного права.

Стаття надійшла до редакції 30.03.2014 р.

The article highlights problematic issues of the place and role of law in protecting civil rights and interest in the structure of subjective civil law, the author researches discretion in the mechanism of the right to protection.

В статье рассматриваются проблемные вопросы о месте и роли права на защиту гражданского права и интереса в структуре субъективного гражданского права, исследуется условие в механизме осуществления права на защиту.

Список використаних джерел

1. Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. – М., 1910–1912. – Вып. 1–4, 7. – 805 с.
2. Гамбаров Ю. С. Гражданское право. – М., 2003. – 816 с.
3. Васильковский Е. В. Учебник гражданского права. – СПб., 1894 [Електронний ресурс]. – [Режим доступу: http://civil.consultant.ru/elib/books/24/page_21.html#33].
4. Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000. – 411 с.
5. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар / А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова, В. В. Луць та ін.; За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К., 2004. – 928 с.
6. Приватноправові механізми здійснення та захисту суб'єктивних прав фізичних та юридичних осіб / В. Л. Яроцький, В. І. Борисова, І. В. Спасько-Фатєєва та ін.; За ред. В. Л. Яроцького. – Х., 2013. – 272 с.
7. Ромовська З. Українське цивільне право: Загальна частина. – К., 2005. – 560 с.
8. Горбась Д. В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.
9. Литовченко Л. А. Розсуд як простий легітимний дозвіл в цивільному праві України // Теоретичні засади та практика реалізації правової політики: Міжнар. наук.-практ. конф., м. Запоріжжя, 29.12.2013 р. / За ред. С. В. Дьоменко, О. В. Малько. – Запоріжжя, 2013. – С. 125–130.



УДК 347.2

Дарина Кушерець,*канд. екон. наук,
доцент кафедри «Менеджмент зовнішньоекономічної діяльності»
Університету сучасних знань*

ЮРИДИЧНИЙ ЗМІСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН У СФЕРІ ОХОРОНИ МАЙНОВИХ ПРАВ ФІЗИЧНИХ ТА ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Стаття присвячена розкриттю юридичного змісту цивільних правовідносин у сфері охорони майнових прав, дослідженню форм даного виду правовідносин.

Ключові слова: цивільні правовідносини, охорона майнових прав, самозахист, правопорушення, захист, форми правовідносин, власник.

Суспільні відносини, як і будь-яке складне соціально-правове утворення, потребують свого регулювання за допомогою норм права, моралі чи звичаю. Відносини у сфері охорони майнових прав фізичних та юридичних осіб являють собою складну систему, якій притаманні загальні ознаки будь-яких суспільних відносин, а також окремі ознаки, що стосуються особливостей їх регуляторів і форм існування. Цій категорії правовідносин (через домінуюче уявлення про незначні можливості її практичного використання) вчені-юристи не приділяють достатньої уваги.

Метою цієї статті є вивчення правової природи, складових і форми вираження цивільних відносин у сфері охорони майнових прав фізичних та юридичних осіб.

Відповідно до ч. 1 ст. 325 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України суб'єктами права власності є фізичні й юридичні особи. Суб'єктами державної чи комунальної власності є відповідно органи державної влади й органи місцевого самоврядування (статті 326, 327 ЦК України). При цьому право такої власності є недоторканим (ч. 1 ст. 321 ЦК України). Одночасно законодавець покладає на власників всі зобов'язання, які пов'язуються з охороною, утриманням і захистом свого майна. Формула «Власність зобов'язує» (ч. 4 ст. 319 ЦК України та ч. 3 ст. 13 Конституції України) є універсальною, впливаючи не лише на питання охорони, а й захисту майнових прав як фізичних, так і юридичних осіб. Виходячи з його змісту фізичні та юридичні

особи в питаннях охорони свого майна і майнових прав можуть укласти правочини на дво- чи багатосторонній основі. Таке право гарантується та забезпечується ч. 2 ст. 202 ЦК України.

Активні охоронні функції щодо збереження майна як фізичних осіб підприємців, так і юридичних осіб можуть мати місце і відповідно до ч. 1 ст. 134 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України, коли працівники несуть матеріальну відповідальність у повному розмірі шкоди, у випадках коли між працівником і підприємством, установою, організацією укладено письмовий договір про взяття на себе працівником повної матеріальної відповідальності за забезпечення цілісності майна й інших цінностей, переданих йому для зберігання. Крім того, майнові права фізичних осіб охороняються самими особами в порядку самозахисту. Частина 1 ст. 19 ЦК України в цьому зв'язку зазначає, що самозахист це право особи щодо захисту своїх цивільних прав та прав іншої особи від порушень і протиправних посягань.

Таким чином, законодавець у понятті самозахисту у трудових і цивільних правовідносинах поєднує як поняття охорони (захист від протиправних посягань на права особи чи права інших осіб), так і безпосередньо захисту особою своїх майнових прав та прав іншої особи.

О. Антонюк розглядає самозахист з точки зору цивільно-правового захисту зазначаючи. Він вважає, що самозахист – це можливість особи у разі порушення свого цивільного права або інтересу, цивільного права чи інтересу іншої особи, виникнення реальної за-

грози такого порушення застосовувати доцільну й адекватну протидію, яка не заборонена законом і не суперечить моральним засадам суспільства, спрямована на попередження або припинення цього порушення чи ліквідації його наслідків¹. У цьому розширеному понятті самозахисту поєднується питання охорони (попередження, припинення реальної загрози порушення прав чи інтересів особи) і захисту (за рахунок застосування доцільної й адекватної протидії неправомірних дій і припинення таких дій).

Враховуючи той факт, що ні законодавець, ні науковці не виокремлюють питання охорони майнових прав, це поняття мігрує то до поняття «власність зобов'язує», то до поняття «захист від порушення», то до поняття «власність є недоторканною», то до поняття «самозахист» тощо. З розвитком інституту приватної власності та виникненням на цій основі нових правовідносин, передусім у питаннях, пов'язаних із збереженням як свого майна, так і майна інших осіб, виникла гостра потреба виділити поняття «охорона майнових прав фізичних і юридичних осіб», а також поняття «охоронна діяльність» в окреме квазі право, яке на сучасному етапі розвитку цивільного права отримало своє концептуальне закріплення у Законі України «Про охорону діяльності» від 22.03.2012 р. № 4616-VI. Безумовно, це не є тим загальноохоплюючим законом, який би міг визначати охоронне право як квазі право. Даний Закон лише закріпив окремі штрихи розвитку охоронного права та має виключно прикладне спрямування. Разом із тим цінність цього Закону полягає в тому, що він сприяв появі нових правовідносин, змістом яких є надання послуг у сфері охорони власності як фізичних, так і юридичних осіб. Такі правовідносини перебувають в активній стадії, оскільки пов'язані з безпосередніми діями, характерними для охоронних заходів. Інша частина правовідносин, що мають місце у сфері охорони майнових прав як фізичних, так і юридичних осіб, перебуває в пасивному стані. Це зумовлено тим, що всі охоронні заходи (як безпосереднього, так і технічного спрямування) спрямовані на відносно невизначене коло осіб і розраховані, як правило, на довготривалий строк. У такому стані вони можуть знаходитися доволі довго, оскільки іншою стороною зазначених правовідносин є правопорушник, який не індивідуалізований. Лише з моменту, коли відбу-

ваються незаконні посягання на майнові права чи інтереси особи, пов'язані з охороною майнових прав, такі правовідносини переходять від пасивної (охорона майнових прав) до активної (безпосередній захист майна) форми, оскільки з цього часу вони вже мають чітке визначення сторін.

Таким чином, поняття «охорона майнових прав» дає можливість встановити момент, із якого виникає право на охорону як самого майна, так і майнових прав, момент, з якого право на охорону трансформується у право на захист майна та майнових прав (самозахист). Шляхом такої трансформації персоніфікується особа-порушник, що дає можливість власнику не лише захистити, а й відновити своє майнове право як у суді (ч. 1 ст. 16 ЦК України, ст. 3 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України), так і в порядку самозахисту (ст. 19 ЦК України), оскільки за відсутності персоніфікованої особи захист порушеного права чи інтересу неможливий.

Якщо ж вести мову про предмет охорони майнових прав фізичних і юридичних осіб, то такий предмет полягає в обмеженні доступу до майна, що перебуває під охороною за рахунок профілактичних і визначених обмежень, які передбачає власник, закон, підзаконні акти відносно необмеженого та неперсоніфікованого кола осіб із метою збереження майна і запобігання його пошкодженню. У той самий час неможливо індивідуалізувати все майно, що перебуває під охороною, ні законом, ні навіть власником. У таких випадках зазначаються лише основні предмети охорони, в які входять усі їх складові елементи.

Якщо в першому визначеному суб'єктивним складом випадку (власник – охоронник) правовідносини у сфері охорони майнових прав визначені та з цих підстав перебувають в активному стані, то в іншому випадку (власник – не персоніфікована особа-порушник з невизначеного кола осіб) правовідносини, виходячи з їх суб'єктного складу, носять усічений характер і з цих підстав перебувають у пасивному стані. Разом із тим при персоніфікації правопорушника охоронні правовідносини набувають активної форми, трансформуючись у сферу захисту майнових прав.

Аналогічна трансформація категорії «охорона майнових прав» у їх захист має місце і при самозахисті, де пасивні дії особи чи осіб, з одного боку, спрямовані на недопущення реального посягання на майно особи та, відповідно, на її майнові права, а з іншого – допускають можливість безпосереднього захисту майнових прав, їх відновлення, що має місце у суді чи в адміністративному порядку. І це дій-

¹Антонюк І. О. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2004.

сно так, оскільки у ЦК України зазначається, що кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування (ч. 1 ст. 15). Таким чином, законодавець під поняттям «кожна особа» розуміє власника, в якого належним чином оформлені та зареєстровані в єдиному реєстрі рухомого чи нерухомого майна його майнові права. І це є складовою питання цивільних правовідносин, пов'язаних із охороною майнових прав як фізичних, так і юридичних осіб, оскільки саме зазначені складові інституту охорони майнових прав та інтересів створюють підстави для безпосереднього їх захисту в разі вчинення правопорушень.

Слід зазначити, що саме поняття «охорона майнових прав» є ширшим за поняття «охорона майнових прав фізичних та юридичних осіб». Це може бути зумовлене розширенням суб'єктного складу власників, оскільки (крім фізичних і юридичних осіб) сюди можна віднести державу й органи місцевого самоврядування як власників майна та майнових прав, які не лише охороняються, а й у разі порушення захищаються їх суб'єктами.

Таким чином, застосовуючи аналогію в дослідженні поняття «охорона майнових прав фізичних і юридичних осіб» та поняття «охорона майнових прав» ми можемо стверджувати, що правовідносини, які виникають у сфері охорони майнових прав держави й органів місцевого самоврядування також виступають у двох формах: активній і пасивній (усічені), визначаються такі форми за їх суб'єктним складом.

Викладене має суто прикладний характер, оскільки дає можливість розвивати спеціалізоване законодавство в сфері охорони майнових прав щодо всіх суб'єктів, які мають право власності відносно свого майна. Сьогодні ж ці питання розкидані по різних законодавчих актах: законах України «Про міліцію», «Про службу безпеки України», «Про охоронну діяльність». Таким чином, наявність чіткого сформульованого предмета правовідносин охоронного характеру дають можливість визначити:

- сторони охоронних правовідносин відповідно до законів України чи договору;
- конкретизувати предмет охорони через договір чи закон, оскільки відсутність предмета охорони не утворює правовідносин у сфері охорони майнових прав.

Слід зазначити, що до безпосереднього змісту правовідносин у сфері охорони майнових прав відносяться засоби охорони майнових прав, якими є: автоматизовані та технічні

пристрої; сама людина чи група людей об'єднана єдиною метою. Така група заходів спрямована на безпосередні охоронні дії, що здійснюються за рахунок організаційних заходів власників, які, крім того, зумовлені місцем знаходження майна.

Охоронні заходи у питаннях платежів, що здійснюються за рахунок грошових коштів як фізичних, так і юридичних осіб при укладенні господарських договорів, договорів по відчуженню майна, посвідчуваних нотаріусами, можуть здійснюватися за рахунок попередньої оплати, акредитивної форми розрахунків тощо.

Всі правовідносини у сфері охорони майнових прав як фізичних, так і юридичних осіб пов'язується з місцем знаходження їх майна. Це є ще однією складовою елементів таких правовідносин. При цьому в правовідносинах, предметом яких є охорона майна та майнових прав, суттєву роль відіграє не просто місце знаходження рухомого чи нерухомого майна особи, а й та межа на місцевості, чи місці, яка відокремлює охоронну зону від неохоронної. З цих підстав ми можемо вести мову про те, що фактична охорона завжди має свої межі, а тому охоронні заходи не можуть бути безмежними, оскільки в такому разі вони могли б вступати у протиріччя з іншими охоронними заходами інших фізичних чи юридичних осіб. Так, у спорах відносно межі між земельними ділянками охорона обмежується тією лінією, яка проходить по периметру такої ділянки, а її юридичний статус підтверджено технічною документацією на таку ділянку (державним актом, витягом із державного реєстру нерухомості, рішенням органів самоврядування тощо). Таким чином, охорона майнових прав завжди пов'язується з земельною ділянкою чи тим місцем, де знаходиться майно, що перебуває під охороною. При цьому охорона майна, у тому числі і майнові права, в часі та просторі завжди є поняттям строковим, оскільки охорона майна не є вічною. Це пов'язано з тим, що майно, у тому числі майнові права, виникають при його створенні, змінюються при відчуженні (зміна власника) і зникають при їх пошкодженні чи руйнації. Це об'єктивний розвиток природи речей. У зв'язку з цим можна констатувати, що правовідносини у сфері охорони майнових прав то виникають, то змінюються, то закінчуються, то трансформуються переходячи у сферу захисту майнових прав.

Отже, *охорона майнових прав* (як фізичних, так і юридичних осіб) – це низка обумовлених законом, договором чи звичаєм цивільних правовідносин, предметом яких є дії

власника, спрямовані по відношенню до невизначеного кола осіб на предмет обмеженого їх доступу до певної території чи місця, де знаходиться на збереженні як рухоме, так і нерухоме майно власника.

Таким чином, поняття «охорона майнових прав фізичних і юридичних осіб» завжди пов'язується з місцем знаходження майна і з цих підстав входить до предмета охорони майнових прав. Виходячи із такого поняття охорони майнових прав як фізичних, так і юридичних осіб, є всі підстави вести мову про те, що основою правовідносин у сфері охорони майнових прав є: волевиявлення власника – людини чи групи людей; обмеження щодо доступу до території чи місця, де знаходиться майно; застереження, що стосуються невизначеного кола осіб.

Такий висновок носить, перш за все, прикладний характер, оскільки розширює практичний зміст поняття «охорона майнових прав» і дає можливість на цій підставі виділити з нього окремі види охорони майнових прав. Такі види охорони майнових прав, на нашу думку, мають формуватися насамперед з урахуванням вели-

чини охоронної лінії, за межами якої знаходиться на збереженні майно власника. В зв'язку з цим можна виділити: локальну охорону майна та майнових прав (самозахист); масштабну охорону майна та майнових прав (майнові комплекси); глобальну охорону майна та майнових прав (охорона державного кордону).

Висновки

Охорона прав власності як фізичних, так і юридичних осіб – це дії власника, обумовлені нормами права щодо збереження свого майна від незаконного посягання з боку потенційного, заздалегідь невстановленого та необмеженого кола осіб. Разом із тим інститут охорони майнових прав фізичних і юридичних осіб не є остаточним у питаннях недоторканності та збереження майна і майнових прав. Його необхідно розглядати як перший і обов'язковий захід, який передуює захисту майнових прав. Відсутність охорони не лише полегшує незаконне посягання на майно та майнові права, а й ускладнює захист таких прав у майбутньому.

Стаття надійшла до редакції 16.04.2014 р.

The article is devoted to the legal content of the disclosure of civil legal relations in the sphere of property rights, the study of forms of this type of relationship and the development of the author's classification.

Статья посвящена раскрытию юридического содержания гражданских правоотношений в сфере охраны имущественных прав, исследованию форм данного вида правоотношений.



УДК 347.457

Сергій Вавженчук,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного та трудового права,***Богдан Бондаренко,***юридичний факультет
Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана*

ПРОБЛЕМИ РОЗУМІННЯ КЛІРИНГУ ЦІННИХ ПАПЕРІВ ЯК ПРАВОВОЇ КАТЕГОРІЇ

У статті розглядається правова категорія клірингу цінних паперів, аналізуються доктринальні підходи до розуміння цієї правової категорії, законодавство, що регулює клірингові правовідносини.

Ключові слова: кліринг, ознаки клірингу, ринок цінних паперів, фондовий ринок.

Сучасні тенденції розвитку ринку цінних паперів формують нові завдання щодо їх подальшого правового регулювання. Недосконалість розуміння законодавцем основних правових категорій і, як наслідок, відсутність збалансованості у вживанні термінології в національному законодавстві створює проблеми у правозастосуванні навіть основних положень законодавства у сфері обігу цінних паперів. У зв'язку з внесенням змін до Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» та переведенням функцій щодо здійснення клірингу від депозитарія до спеціального суб'єкта посилюється увага до розуміння сутності поняття «кліринг». Оскільки зазначені зміни до законодавства не сприяли подоланню неясності щодо термінологічного апарату, постає необхідність дослідити кліринг як правову категорію.

Певні наукові опрацювання проблеми, що розглядається, знайшли своє відображення в працях таких науковців, як Ю. Ващенко, Е. Демушкина, С. Чуріна, Н. Лісова, А. Вікуліна та ін.

|| **Метою цієї статті** є аналіз клірингу цінних паперів як правової категорії.

Аналізуючи будь-який правовий термін перш за все заслуговує на увагу його етимологічне значення. Термін «кліринг» походить від англійського *clearing*, що в нашому контексті означає «зачистка», тобто «зарахування» [1, с. 86]. На початковому етапі цей

термін означав розрахунки, що у подальшому набуло поширення та з'явилося в українському законодавстві у наявному нині вигляді.

У правовому масиві щодо регулювання ринку цінних паперів законодавець у синонімічному значенні вживає такі два терміни, як «кліринг» і «клірингова діяльність». У контексті зазначеного постає справедливе запитання: чи мають вказані терміни однакове значення та правове навантаження. Якщо так, то навіщо вони в законодавстві, адже це створює плутанину в термінологічному апараті.

У словнику можна знайти різні визначення згаданих термінів: це система безготівкових розрахунків, заснована на заліку взаємних вимог і зобов'язань; клірингова діяльність є діяльністю з визначення взаємних зобов'язань (збір, звірка, коригування інформації по операціях з цінними паперами та підготовка бухгалтерських документів по ним), їх заліку з поставок цінних паперів і розрахунків по ним [2, с. 322]. Слід зазначити, що таке визначення сформовано у розумінні Закону Російської Федерації «Про ринок цінних паперів» від 22.04.1996 р.

Кліринг визначають також як форму міжнародних безготівкових розрахунків, при якій заборгованість країн одна одній погашається шляхом заліку взаємної заборгованості. Сальдо заборгованості, що залишається після заліку, погашається у порядку, встановленому платіжною угодою країн [3, с. 179]. Наведене визначення розкриває кліринг лише з одного боку, оскільки висвітлює тільки розрахунки між країнами, оминаючи правовідносини, які

мають місце між учасниками фондового ринку. Як наслідок, згадане визначення не розкриває сутність клірингу як правової категорії.

Викладене свідчить, що аналізовані поняття тлумачаться по-різному та мають різне смислове навантаження, оскільки клірингом визнається система розрахунків, а кліринговою діяльністю є спеціалізована професійна діяльність суб'єктів із спеціальним статусом, яка передбачає не тільки проведення розрахунків, а й визначення взаємних зобов'язань та їх залік.

На думку С. Чуріна, кліринг визначається як багатосторонні розрахунки на чистій основі. На його думку, кліринг полягає в тому, що заліки відбуваються за зобов'язаннями, які виникають між декількома суб'єктами (учасниками клірингу) з використанням спеціалізованої організації (оператора клірингу або клірингової палати) [4, с. 115]. Втім, залишається не зрозумілою така ознака, як розрахунок на чистій основі, адже автор її не розкриває. Дійсно, можна погодитися з викремленою специфікою клірингу (з огляду на вказівку спеціального суб'єкта). Також звертаємо увагу на те, що в даному визначенні С. Чурін не розмежовує припинення зобов'язання зарахуванням зустрічних однорідних вимог і розрахунки.

У визначенні клірингу, що міститься у Висновку Європейської асоціації депозитаріїв від 05.01.2009 р., також простежується економічний вектор розкриття сутності цього поняття. Європейська асоціація депозитаріїв визначає кліринг як процес встановлення розрахункових позицій, у тому числі розрахунок чистих позицій, і процес перевірки наявності цінних паперів, грошових коштів або доступності обох попередніх. Змушені констатувати, що в наведеному визначенні не розкрита повністю сутність клірингу, оскільки відсутні необхідні юридичні ознаки, зокрема взаємозалік (шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог і гарантування проведення розрахунків).

Ю. Ващенко вважає, що сутність клірингу полягає у припиненні обов'язків або зобов'язань учасників розрахунків шляхом заліку однорідних зустрічних або послідовних вимог [5, с. 4]. Науковець наголошує, що кліринг, заснований на цивільно-правовому договорі, є за своєю правовою природою довірливим заліком, а не окремим способом припинення зобов'язань. У контексті наведеного визначення заслуговує на увагу підхід автора до правової категорії клірингу саме через цивільно-правову призму [5, с. 21]. Ми поділяємо думку про те, що кліринг слід роз-

глядати саме через цивілістично-правовий зріз, оскільки фактичною підставою виникнення клірингових правовідносин є цивільний договір.

У законодавстві зарубіжних країн підходи до розуміння сутності клірингу різняться. Так, у Законі Республіки Казахстан від 29.06.1998 р. № 237-І про платежі та переказ коштів закріплено таке визначення: кліринг – це процес збору, звірки, сортування та заліку зустрічних вимог учасників клірингу і подальшого визначення їх чистих позицій (сальдо), а також виконання банком вказаних дій по зустрічним вимогам між його клієнтами. У наведеній дефініції має місце обмеження ознак клірингу через звуження суб'єктного складу. Незрозумілим є ототожнення законодавцем Грузії понять «кліринг» і «кліринговий договір». Розглядаючи договірне зобов'язання через призму системи безготівкових розрахунків, законодавець неприпустимо звужує його до виконання зобов'язання. Так, ст. 75 Закону Про Національний банк Грузії містить таке положення: кліринг, кліринговий договір – це система безготівкового розрахунку, яка спирається на взаєморозрахунок вимог і зобов'язань; використовується як усередині країни, так і в міжнародних розрахунках. Для порівняння розвитку законодавства у сфері клірингової діяльності, слід зазначити, що в Республіці Білорусь взагалі відсутнє визначення клірингу, що закріплене в спеціальному законі. З огляду на викладене, слід констатувати, що в основу нормативних дефініцій клірингу покладені різні ознаки.

Що стосується українського законодавства, то в ньому міститься декілька визначень терміна «кліринг», що різняться між собою. У Законі України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» кліринг визначається як отримання, звірка і поточне оновлення інформації, підготовка бухгалтерських та облікових документів, необхідних для виконання угод щодо цінних паперів, визначення взаємних зобов'язань, що передбачає взаємозалік, забезпечення та гарантування розрахунків за угодами щодо цінних паперів (ст. 1). Вжита законодавцем словесна конструкція «визначення взаємних зобов'язань» ускладнює розуміння правової природи клірингу, оскільки не розкриває сутності правовідносин, що розглядаються, та є калькою з російського «определение обязательств». У даному контексті звертаємо увагу на те, що в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України вжито термін «зарахування однорідних взаємних зобов'язань», а термін «визначення зо-

бов'язань» у ЦК відсутній. Також наголошуємо на необхідності приведення даного визначення у відповідність із ЦК України, оскільки термін «угода» в ньому не вживається [6, с. 242]. Як наслідок, законодавець мав використати термін не «угоди», а «правочини».

Слід зазначити, що існує інше визначення клірингу, яке міститься в Законі України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні». Так, відповідно до цього Закону, кліринг – це механізм, що включає збирання, сортування, реконсиляцію та проведення взаємозаліку зустрічних вимог учасників платіжної системи, а також обчислення за кожним із них сумарного сальдо за визначений період часу між загальними обсягами вимог і зобов'язань. За рахунок вживання терміна «реконсиляція» законодавець у наведеній нормативній дефініції значно розширює перелік ознак клірингу, оскільки згідно із ст. 1 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» реконсиляція визначається як процедура контролю, що полягає в ідентифікації та перевірці виконання кожного переказу за допомогою щонайменше трьох показників, визначених платіжною системою.

З аналізу визначення клірингу, наведеного у ст. 1 Закону України «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» випливає, що законодавець у даному нормативно-правовому акті наділяє кліринг такими ознаками, як вчинення відповідного комплексу дій щодо обробки інформації, підготовка документації (бухгалтерської й облікової), проведення взаємозаліку та гарантування проведення розрахунків.

Компаративний аналіз визначень клірингу, що містяться у ст. 1 Закону «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» та в ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» надає підстави стверджувати, що законодавець наділяє кліринг різними ознаками. Іншими словами, визначення клірингу, в Законі України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», крім іншого, передбачає проведення відповідних процедур контролю, а у визначенні що міститься у Законі «Про Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні» приділяється увага наявності таких ознак, як забезпечення та гарантування розрахунків за угодами щодо цінних паперів.

Проведений аналіз свідчить, що визначення клірингу, наведене у ст. 1 Закону «Про

Національну депозитарну систему та особливості електронного обігу цінних паперів в Україні», має нормативно закріплювати саме кліринг цінних паперів, оскільки предметом правового регулювання цього Закону є правові засади обігу цінних паперів у Національній депозитарній системі й особливості електронного обігу цінних паперів в Україні. Наголошуємо, що в зазначеному нормативно-правовому акті міститься загальне визначення клірингу, яке стосується не лише клірингу цінних паперів, а це свідчить про недотримання вимог юридичної техніки. Заслужовує також на увагу дефініція визначення клірингу у ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні». В цій нормі можна спостерігати схожий нормативний підхід. Законодавець визначає кліринг через категорію «механізм», що, у свою чергу, надзвичайно розширює розуміння клірингу, адже він в юридичній літературі розглядається як категорія, наділена широким юридичним змістом [7, с. 76–78]. Таким чином, використання терміна «механізм» підштовхує до висновку, що ця дефініція є загальним визначенням клірингу, а не тільки клірингу цінних паперів. Але, незважаючи на тяжіння законодавця до формулювання такого загального визначення, залишається незрозумілим наведення в ньому ознак, які розкривають сутність клірингу лише як способу розрахунків, оминаючи всі інші ознаки. Більше того, визначення клірингу цінних паперів мало б міститися в Законі України «Про цінні папери та фондовий ринок», оскільки він регулює відносини, що виникають під час розміщення, обігу цінних паперів і провадження професійної діяльності на фондовому ринку, з метою забезпечення відкритості та ефективності функціонування фондового ринку та саме в наведеному нормативно-правовому акті кліринг знаходить своє найбільш основне нормативне закріплення.

Висновки

Проведений аналіз свідчить, що: визначення клірингу, які містяться в нормативно-правових актах, не є тотожними в силу наділення їх різними ознаками, що, у свою чергу, розбалансовує термінологічний апарат на законодавчому рівні; у наукових колах відсутнє одностайне розуміння клірингу як правової категорії й єдиного підходу до визначення місця цієї категорії в правовій системі.

З наведеного логічно випливають основні блоки ознак клірингу:

ведення клірингових рахунків, підготовка розрахункових документів, збір та аналіз інформації про правочини щодо цінних паперів і виокремлення відповідних зобов'язань; припинення виокремлених зобов'язань, що виникають із правочинів щодо цінних паперів, шляхом зарахування зустрічних однорідних вимог;

надання розпоряджень та інформації за розрахунковими документами уповноваженим особам на виконання операцій по цінним паперам;

забезпечення виконання виокремлених зобов'язань.

З огляду на викладене вважаємо за необхідне навести визначення клірингу. *Кліринг – це сукупність дій, що здійснюються кліринговою установою на підставі договору клірингу та полягають у веденні клірингових рахунків, підготовці розрахункових документів, зборі, аналізі інформації про правочини щодо цінних паперів, а також виокремлення відповідних зобов'язань, припинення таких зобов'язань шляхом зарахування зустрічних*

однорідних вимог, надання розпоряджень та інформації за розрахунковими документами уповноваженим особам на виконання операцій по цінним паперам і забезпечення виконання виокремлених зобов'язань.

Список використаних джерел

1. *Англо-русский словарь* / Под ред. О. С. Ахматовой. – М., 1953. – 532 с.
2. *Сухарев А. Я.* Большой юридический словарь. – М., 2007. – 858 с.
3. *Мороз А. М.* Банківська енциклопедія. – К., 1993. – 327 с.
4. *Чурин С.* Правовые формы предпринимательских расчетов, основанных на зачете взаимных требований // *Хозяйство и право*. – 1999. – № 1. – С. 111–115.
5. *Ващенко Ю. В.* Правове регулювання клірингових розрахунків: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 208 с.
6. *Цивільне право України: Загальна частина* / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданника. – К., 2010. – 976 с.
7. *Кривицький Ю. В.* Механізм правового регулювання у сучасній теорії права // *Часопис Київського університету права*. – 2009. – № 4. – С. 74–79.

Стаття надійшла до редакції 11.04.2014 р.

Problems understanding securities clearing as a legal category. This paper examines the legal category securities clearing and analyzes the doctrinal approaches to the understanding of this legal category, a comprehensive analysis of the legislation that regulates the clearing relationship and provided the author's definition of clearing.

В статье рассматривается правовая категория клиринга ценных бумаг, анализируются доктринальные подходы к пониманию этой правовой категории, законодательство, регулирующие клиринговые правоотношения.



УДК 347.155.5 : 614.253.81

Галина Миронова,*старший науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ПРАВО ДИТИНИ НА МЕДИЧНУ ІНФОРМАЦІЮ

У статті розглядаються особливості правового регулювання надання інформованої згоди на медичне втручання в організм дитини у контексті законодавства України, міжнародно-правових стандартів та європейського досвіду.

Ключові слова: право дитини на інформацію, право дитини брати участь у прийнятті рішень стосовно себе, компетентність дитини пацієнта.

Умови правомірності проведення будь-якого медичного втручання за законодавством України – добровільна інформована згода особи, організм якої є об'єктом втручання. Особливими суб'єктами правовідносин із надання медичної допомоги є діти як категорія населення, яка не має достатньої здатності захистити себе самостійно, без допомоги дорослих. Це стосується й медичної сфери, адже вразливість дітей особливо помітна на фоні зростання рівня загальної агресивності як соціального світу, так і сучасних біомедичних технологій. Ще одним аргументом на користь актуальності проблем правового регулювання відносин медичної сфери за участю дітей є той факт, що діти на сьогодні стовідсотково є пацієнтами, тобто учасниками відносин з приводу медичного втручання. Ці факти зумовлюють необхідність правової визначеності у питаннях правового статусу дитини під час надання їй медичної допомоги й отримання добровільної інформованої згоди на медичне втручання в її організм. Адже закріплення юридичних прав суб'єктів правовідносин є необхідним елементом як правореалізації, так і підставності для охорони та захисту. Юридична легітимація прав означає також встановлення відповідних кореспондуючих обов'язків зобов'язаних сторін, зокрема держави, батьків і закладів охорони здоров'я. Тому правове закріплення та регламентація прав дитини в медичній сфері безпосередньо пов'язана з належним виконанням своїх обов'язків батьками, уповноваженими державними органами, відповідними медичними закладами та конкретними медичними працівниками.

Предметом статті є особливості правового регулювання права на інформовану згоду на медичне втручання в організм дитини за

українським законодавством. Проблема розглядається у світлі існуючих міжнародно-правових стандартів і можливостей запозичення європейського правового досвіду. Вказані питання останнім часом все частіше привертають до себе увагу цивілістів, які працюють із проблематикою особистих немайнових прав дитини. Методологічною основою для авторських пошуків є праці як вітчизняних (С. Антонова, С. Булеци, М. Самофал), так і зарубіжних (Jocelyn Hattab, Mike Shaw, Jacinta O. A. Tan) дослідників. Сформульовані цими й іншими науковцями позиції та висновки стали відправним пунктом для аналізу проблеми здійснення прав дитини у сфері надання медичної допомоги.

Концепція правосуб'єктності дитини-пацієнта щодо надання інформованої згоди на медичне втручання визначена законодавцем у статтях 284 і 285 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та 38 і 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я (далі – Основи). Згідно з духом і буквою цих статей малолітня особа не має права вчиняти правочини, пов'язані з її медичним обслуговуванням, зокрема не має права на вибір лікаря, методів лікування та на відмову від надання медичної допомоги. Діти віком від 14 років мають право на звернення за наданням медичної допомоги, вибір лікаря та методів лікування відповідно до його рекомендацій, згоду на надання їм медичної допомоги. Всі неповнолітні (очевидно, крім емансипованих) за законодавством України виведені за коло осіб, які мають право на медичну інформацію щодо себе. Згідно із п. 2 ст. 285 ЦК України та абзацом 2 ст. 39 Основ право на отримання інформації про стан здоров'я дитини або підопічного мають виключно дорослі, які опікуються дитиною, – батьки (усиновлювачі), опікуни, піклувальники.

Правові умови надання згоди неповнолітньою особою віком від 14 років у цивільному законодавстві України не відпрацьовані належним чином. З одного боку, законодавець надав таким особам право на згоду на медичне втручання, з іншого – позбавив прав на інформацію щодо стану свого здоров'я та на відмову від медичного втручання. Дослідники неодноразово вказували на наявність у даному питанні колізії норм законодавства: законодавцю слід було послідовно прив'язати вік неповнолітнього пацієнта до визначеного обсягу його правоздатності та дієздатності в контексті надання медичної допомоги й узгодити всі статті, що стосуються даного предмета.

Вважаємо, що норма, згідно з якою пацієнт віком від 14 років має суб'єктивне особисте немайнове право на згоду на медичне втручання в його організм, повинна бути визначальною для регулювання правовідносин із надання медичної допомоги дітям. Але правомірно відповідно до законодавства (як міжнародного, так і вітчизняного) є згода на медичне втручання, отримана із додержанням вимог як добровільності, так й інформованості. Інформована згода – це добровільне та компетентне прийняття пацієнтом запропонованого лікування, що ґрунтується на отриманні ним повної, об'єктивної та всебічної інформації відносно лікування, можливих ускладнень та альтернативних методів лікування [1]. По суті згода неповнолітнього без його інформованості є неправомірною, юридично неповноцінною, тож не може тягти за собою юридично значущі наслідки.

Слід зазначити, що в тексті ст. 284 ЦК України та статей 38 і 39 Основ не міститься прямої заборони для дитини від 14 років бути інформованою про стан свого здоров'я та для лікаря надати таку інформацію відповідній дитині. Отже, якщо лікар пропонує методи лікування дитині від 14 років, то логічно очікувати, що цій дитині буде надана відповідна медична інформація щодо стану здоров'я, суті й особливостей втручання, що пропонується, та відповіді на її запитання. І надання такої інформації лікарем є не протиправним діянням, а діянням, що очікується від лікаря, який дотримується вимог медичної етики та професійних стандартів у процесі медичного обслуговування неповнолітнього пацієнта. Заслуговує на увагу точка зору М. Самофала [2, с. 195], яка пропонує розв'язувати вказану колізію за аналогією права, зокрема, за принципом розумності, який є одним із засадничих принципів цивільного законодавства України (п. 6 ч. 1 ст. 3 ЦК України): якщо неповнолітній пацієнт визнається згідно із законом таким, що має право давати згоду на медичне втручання, необхідно одночасно ви-

знавати за ним право на інформацію про стан свого здоров'я. У протилежному випадку згода неповнолітнього не може бути усвідомленою й інформованою, отже, правомірною.

Спеціальний порядок щодо надання/отримання добровільної інформованої згоди у сфері медичного обслуговування неповнолітніх в Україні передбачений для тестування ВІЛ-інфекції. Порядок тестування на ВІЛ-інфекцію регулюється в Україні спеціальним законом «Про протидію поширенню хвороб, обумовлених вірусом імунodefіциту людини (ВІЛ), та правовий і соціальний захист людей, які живуть з ВІЛ» (далі – Закон) та наказом МОЗ України «Про затвердження Тимчасових стандартів надання медичної допомоги підліткам та молоді» від 02.06.2009 р. № 382 (далі – наказ МОЗ).

Положенням ст. 6 Закону передбачено, що тестування осіб віком від 14 років і старше проводиться добровільно, за наявності усвідомленої інформованої згоди особи, отриманої після надання їй попередньої консультації щодо особливостей тестування, його результатів і можливих наслідків, з дотриманням умов щодо конфіденційності персональних даних, у тому числі даних про стан здоров'я особи (п. 2 ст. 6). Даним законом здійснене спеціальне регулювання стосовно стандарту інформування пацієнта, який проходить тестування на ВІЛ-інфекцію. Відповідно до п. 2 ст. 7 обов'язковою складовою тестування на ВІЛ є кваліфіковане післятестове консультування, під час якого особа, в якій виявлено ВІЛ, має бути поінформована про профілактичні заходи, необхідні для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи, запобігання подальшому поширенню ВІЛ, про гарантії дотримання прав і свобод людей, які живуть з ВІЛ, а також про кримінальну відповідальність за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження та/або зараження ВІЛ. Як видно, до складу медичної інформації, зміст якої визначено у відповідному Рішенні Конституційного Суду України [3], додані обов'язкові пункти, щодо яких у медичних працівників є обов'язок інформувати особу, в якій виявлено ВІЛ. Ця інформація має конкретно стосуватися: профілактичних заходів, необхідних для підтримання здоров'я ВІЛ-інфікованої особи та запобігання подальшому поширенню ВІЛ; гарантій дотримання прав і свобод людей, які живуть із ВІЛ, на території України; кримінальної відповідальності за свідоме поставлення іншої особи в небезпеку зараження ВІЛ. Такий саме підхід щодо надання медичної інформації фізичним особам від 14 років застосовано у відомчому наказі МОЗ. Серед суттєвих умов правомірності тестування осіб віком від 14 років заслуговує на увагу наявність усвідомленої інформова-

ної згоди, отриманої після надання відповідній особі попередньої консультації щодо особливостей тестування, його результатів і можливих наслідків, із дотриманням умов щодо конфіденційності персональних даних, у тому числі даних про стан здоров'я особи. Фактично спеціальний узгоджений порядок тестування на ВІЛ-інфекцію в Україні, що передбачено як спеціальним Законом, так і відомчим наказом МОЗ, передбачає обов'язкову складову – наявність усвідомленої інформованої згоди неповнолітнього, щодо якого проводиться тестування.

Викладене свідчить, що спеціальне законодавство України з питань добровільної інформованої згоди дитини на медичне втручання є більш послідовним та узгодженим, ніж загальне (ЦК України й Основи), та передбачає вимогу щодо надання відповідної медичної інформації дитині віком від 14 років.

Питання щодо доцільності та правомірності надання інформації дитині про стан її здоров'я (медичної інформації) на сьогодні є доволі дискусійним серед науковців України. При вирішенні цього питання слід спиратися на методологію, викладену у міжнародних документах із прав дитини, які є чинними для України. Перш за все, йдеться про Конвенцію з прав дитини ООН (далі – Конвенція ООН). Відповідно до положень ст. 12 держави-учасниці погодилися забезпечувати дитині, здатній сформулювати власні погляди, право вільно висловлювати ці погляди з усіх питань, що стосуються дитини, причому поглядам дитини приділяється належна увага згідно з її віком і зрілістю. У статті 13 Конвенції ООН закріплено важливе положення щодо суті питання, яке розглядається: дитина має право вільно висловлювати свої думки, яке включає свободу шукати, одержувати та передавати інформацію й ідеї будь-якого роду, незалежно від кордонів, в усній, письмовій чи друкованій формі, у формі творів мистецтва чи за допомогою інших засобів на вибір дитини. Здійснення цього права може зазнавати деяких обмежень, проте ними можуть бути лише ті, що передбачені законом і необхідні: для поваги прав і репутації інших осіб; для охорони державної безпеки, громадського порядку (order public), здоров'я або моралі населення.

Виходячи з духу та логіки викладених положень, логічно припустити, що право дитини на добровільну інформовану згоду на медичне втручання є окремим аспектом більш широкого контексту прав дитини шукати, одержувати та передавати інформацію й ідеї будь-якого роду, вільно висловлювати власні погляди з будь-яких питань, що зачіпають її. Отже, право дитини на ознайомлення з інформацією про стан свого здоров'я та про сут-

ність запропонованих медичних втручань в її організм у доступній для свого віку та рівня розуміння формі є фундаментальним правом дитини, яке може бути обмежене за певних обставин, але не заборонене. Як правило, обмежити можна тільки те, що вже є в наявності. Хоча реалізація даного права дитини не є легкою справою як в юридичному, так і фактичному аспектах, все ж вихідні передумови вирішення питань щодо надання інформації про стан здоров'я дитини мають бути закріплені на найвищому міжнародно-правовому рівні права дитини.

Сучасні роз'яснення щодо тлумачення важливих положень Конвенції про права дитини в аспекті їх застосування у нормах національного права надано у Рекомендації Парламентської Асамблеї Ради Європи 1864 (2009) «Сприяння участі дітей у прийнятті рішень, що зачіпають їх». Зокрема, в контексті забезпечення умов правомірності прийняття рішень щодо лікування дитини ПАРЕ рекомендовано застосувати такі ключові пункти положень ст. 12 Конвенції ООН: дітей необхідно вислуховувати та дозволяти їм брати участь в обговоренні по всіх питаннях, передусім тих, що стосуються сімейного життя, *медичного обслуговування*, усиновлення (п. 7); погляди дитини та її життєвий досвід повинні займати центральне місце, особливо в питаннях усиновлення та *медичного втручання*, саме в цих сферах необхідно ретельно ставитися до встановлення мінімального віку, з якого вимагається попередня згода дитини, та коректувати за необхідністю цю межу в інтересах дитини (п. 8.1); право дитини висловити свою думку та брати участь у прийнятті рішень завжди має бути відповідним, добровільним, адаптованим до конкретної ситуації та в цілому розширювати можливості дитини (п. 8.3); в цілому не повинно бути мінімального обмеження за віком для вираження дитиною своїх думок (п. 8.3).

Цивільне законодавство України у регулюванні правовідносин з надання медичної допомоги виходить із формального вікового обмеження дієздатності дитини щодо інформованої згоди на медичне втручання. Такий у цілому обґрунтований підхід має свої суттєві недоліки та викликає додаткові питання щодо його практичного застосування у певних граничних ситуаціях, наприклад у вирішенні складних медико-етичних проблем прийняття рішень із питань медичних втручань щодо деяких категорій фізичних осіб, які знаходяться на межі визначених у цивільних законах станах правосуб'єктності. Це стосується, зокрема, ситуацій із правом неповнолітніх на отримання медичної інформації: законодавство бачить тільки дихотомію (наприклад, компетентність/некомпетентність) там, де в на-

явності динаміка розвитку та спектр здібностей. Але ж компетентність пацієнта як його здатність приймати медичні рішення – це щось інше, ніж цивільно-правова дієздатність.

Компетентність – дуже важлива складова правосуб'єктності пацієнта та першорядна умова правомірності медичного втручання. Так, Jocelyn Hattab дійшов висновку, що необхідно оцінювати дієздатність кожного підлітка та відповідно до отриманих результатів реально визначати їх права заради їх благополуччя та розвитку [4]. Отримання згоди на лікування дитини – дуже важлива проблема, що торкається кожного спеціаліста, який працює з дітьми. Важливо, щоб лікарі розуміли різницю між правоздатністю та клінічно визначеною компетентністю. То ж необхідно зберігати баланс, з одного боку, захищаючи інтереси дітей, які повністю не дієздатні, з іншого – поважати їх автономію, якщо вони здатні зробити свій вибір [5].

Фактично концепції компетентності пацієнта в українському праві немає на рівні як правового регулювання, так і доктринально, хоча є окремі аналітичні й юридичні пропозиції деяких авторів. Країни Західної Європи та Північної Америки мають достатній досвід правового вирішення проблемних ситуацій, пов'язаних із визначенням компетентності окремих груп пацієнтів у складних клінічних та етичних умовах. При цьому приватно-правове регулювання даної категорії відносин відбувається на ґрунті як відповідних законодавчих актів, так і прецедентної судової практики.

Підхід до дієздатності неповнолітніх у деяких європейських країнах є диференційованим: якщо неповнолітній здатен до розумного осмислення та висловлення своїх інтересів, то його лікування має здійснюватися за його згодою. Саме такий порядок передбачено у Нідерландах законом «Про медичний договір»: якщо лікар вважає такого неповнолітнього здатним розуміти свої інтереси, то його лікування повинно здійснюватися за його згодою та згодою законних представників, в іншому випадку достатньо згоди представників (батьків або опікунів). Також закон допускає лікування неповнолітніх, старших за 12 років, без згоди батьків у випадку, коли відмова від лікування може вірогідно спричинити істотну шкоду, а також коли неповнолітній усвідомлено погоджується на лікування всупереч незгоді батьків. Якщо відмова неповнолітнього не тягне істотної шкоди для здоров'я, то його воля підлягає виконанню, навіть усупереч позиції представників.

За англійським законодавством неповнолітнім від 16 до 18 років надано такі самі права стосовно згоди на лікування, як і дорослим: коли неповнолітній дає згоду на ліку-

вання, не обов'язково отримувати додатково згоду від батьків або опікуна [6]. Компетентність осіб до 16 років розглядається згідно з англійським правом у світлі основного принципу Рішення Gillick: «Право батьків визначати, чи буде їх неповнолітня дитина, що досягла шістнадцятилітнього віку, отримувати лікарські препарати, припиняється тоді, коли в неї у достатній мірі будуть розвинені розуміння та інтелект, що дозволить їй повністю усвідомити те, що їй пропонується (Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, [1986] AC 112). Данім рішенням неповнолітньому, що не досяг шістнадцятилітнього віку із розвиненим розумінням (компетентному за Gillick), забезпечується право самостійно давати згоду на лікування. Бути Gillick-компетентною для молодшої людини означає, що вона у стані зберегти інформацію, зважити наявні аргументи, висловити й обґрунтувати свої побажання; розуміє сутність проблеми, наслідки, ризики та переваги лікування, наслідки власних рішень: згоди, відмови, альтернативних варіантів, а також наслідки для сім'ї. В рішенні наведено п'ять обов'язкових умов, які виправдовують призначення лікарем протизаплідних засобів дівчині до 16 років: дівчина цілковито розуміє поради лікаря; лікар не досяг мети схилити пацієнтку розповісти своїм батькам і не вважає за можливе звернутися до батьків; є велика частка ймовірності, що пацієнтка почне або продовжить статеве життя, використовуючи або не використовуючи протизаплідні засоби; поки вона не буде проконсультована відносно протизаплідних засобів, її соматичне здоров'я підпадатиме під загрозу; найкращі інтереси пацієнтки потребують, щоб лікар проконсультував її відносно застосування протизаплідних засобів, лікування або і того й іншого без згоди батьків.

Визнання статусу Gillick-компетентності при медичному обслуговуванні підлітків все ж не виключає сенсу намагатися отримати згоду також від особи із батьківською відповідальністю. Згідно з логікою Gillick-підходу лікування підлітка до 16 років без згоди батьків може бути виправданим, якщо підлітка визнано компетентним, він дає згоду і не дозволяє проконсультуватися із батьками, в той час як стан здоров'я ймовірно погіршиться без лікування, а залучення батьків ймовірно підвищуватиме ризики для особи. Хоча мінімальної вікової межі за рішенням Gillick немає, все ж вважається, що дитина у віці до 13 років здатна давати згоду на лікування без участі батьків у виключних випадках.

При отриманні інформованої згоди на лікування підлітків здійснюється попереднє тестування розвитку дитини, її відносин із батьками й аналіз наявності ймовірних на-

слідків для дитини без проведення лікування, що здійснюються із використанням «Контрольного переліку питання при отриманні згоди дитини» (Consent checklist (adapted from Pearce, 1994) [6]. При проведенні аналізу розвитку самосвідомості та пізнавальних функцій дитини цим Контрольним переліком рекомендовано взяти до уваги рівень розуміння дитиною: характеру захворювання, корисних і шкідливих наслідків лікування, власних потреб та власної Я-концепції, значення часу – минулого, теперішнього та майбутнього. Також важливо взяти до уваги різні аспекти психологічних і соціальних взаємовідносин дитини: з батьками, зокрема, чи є ці відносини фактором підтримки для дитини; із лікуючим лікарем – наскільки вони ґрунтуються на довірі; з іншими, значущими для дитини близькими людьми, – наскільки вони впливають на думку дитини. Що стосується характеру захворювання, то тут визначальними є два аспекти впливу на процес отримання згоди. По-перше, шкідливі наслідки в разі проведення та не проведення лікування, у тому числі наслідки, що загрожуватимуть здоров'ю та життю. Рівень такої шкідливості знаходиться у зворотній пропорційному зв'язку з юридичною силою згоди або відмови дитини. По-друге, наскільки характер захворювання знижує функціональні можливості дитини в аспекті її здатності до аналізу інформації та надання згоди. Наявне зниження теж передбачає задіяння механізмів відхилення згоди або відмови дитини.

Висновки

Характерним недоліком нормативного регулювання правовідносин з охорони здоров'я та надання медичної допомоги дітям в Україні є відсутність ефективних механізмів реалізації прав дитини як суб'єкта правовідносин із надання медичної допомоги відповідно до каталогу прав дитини, визнаного міжнародно-правовими актами, що є чинними для України. Наявність вказаних колізій, зокрема у регулюванні права дитини на медичну інформацію, зумовлює актуальну необ-

хідність напрацювань доктринального характеру й у подальшому на цих засадах – удосконалення системи правових засобів забезпечення прав дитини як пацієнта.

Беручи до уваги положення міжнародних актів, чинних для України, Конституції України, ЦК України, Сімейного кодексу України, Основ законодавства про охорону здоров'я в Україні, які стосуються регламентації участі дитини у прийнятті рішень щодо себе, необхідно уточнити дефініції понять «добровільна інформована згода», «інформована участь у прийнятті рішень», «врахування думок дитини» та надати адекватну правову регламентацію правовідносинам із надання медичної допомоги дітям з урахуванням правового визначення цих понять. Зокрема, найскладнішим напрямом такої правової роботи є розроблення відповідних юридичних індикаторів, методик визначення, способів фіксування інформованої згоди дитини-пацієнта, які можуть бути конкретно застосовані у практиці прийняття рішень щодо медичного втручання в організм дитини.

Список використаних джерел

1. Стеценко С. Г., Стеценко В. Ю., Сенюта І. Я. Медичне право України / За ред. С. Г. Стеценка. – К., 2008. – 507 с.
2. Самофал М. М. Проблеми реалізації права на інформовану згоду при наданні медичних послуг дітям // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 193–196.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та статті 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка) від 30.10.1997 р. // <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-97>.
4. Jocelyn Hattab. Droits et capacités des adolescents // Perspectives Psychiatriques. – 2001. – Vol. 40, N 3. – P. 210–219.
5. Jacinta O. A. Tan and David P. H. Jones. Children's consent // Current opinion in psychiatry. – 2001. – N 14. – P. 303–307.
6. Mike Shaw. Competence and consent to treatment in children and adolescents // Advances in Psychiatric Treatment (2001) // <http://apt.rcpsych.org/content/7/2/150.full>.

Стаття надійшла до редакції 24.03.2014 р.

The article is devoted to peculiarities of the legal regulation of the informed consent of a child to medical intervention. The problem is considered in the context of legislation of Ukraine as well as of the international legal standards and the European experience.

В статье рассматриваются особенности правового регулирования информированного согласия на медицинское вмешательство в организм ребенка в контексте законодательства Украины, международно-правовых стандартов и европейского опыта.



УДК 347.232

Олег Гриняк,старший прокурор прокуратури
Дарницького району м. Києва

ОКРЕМІ АСПЕКТИ НАБУТТЯ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Стаття присвячена питанням розмежування таких понять, як спосіб набуття та титул набуття права спільної власності, термінів «набуття» та «виникнення» права спільної власності, пошуку критеріїв розмежування способів виникнення права власності на первісні та похідні.

Ключові слова: право власності, спільна власність, спосіб набуття, титул набуття, підстава виникнення, підстава припинення, первісний спосіб, похідний спосіб.

Один із основних інститутів цивільного права – інститут права власності. Право власності є фундаментом усіх цивільно-правових відносин, навколо яких будуються інші відносини. Категорії «договір», «суб'єкти цивільного права», «цивільна відповідальність» завдячують своїм існуванням саме праву власності, забезпечують його реалізацію, розвиток. Особливості їх інституалізації значною мірою залежать від того, як право власності, а також економічні категорії форм власності визначаються в суспільстві, інтересам якого вони слугують, як задовольняють суспільство.

Фізичні особи можуть здійснювати право приватної власності як індивідуально, так і спільно з іншими особами шляхом об'єднання їх майна й утворення внаслідок цього права спільної власності. Право спільної власності є певною організаційно-правовою формою реалізації суб'єктами права власності належних їм майнових прав, тобто у даному випадку не утворюється новий самостійний вид власності, крім уже передбачених законом (приватної, комунальної, державної). При цьому, на думку О. Дзери, у разі виникнення права спільної власності на майно суб'єктів різних форм власності утворюється відносно новий симбіоз правової категорії – змішана власність [1, с. 206–207]. На штучність цієї категорії вказують Ю. Толстой, Є. Суханов, Я. Шевченко. Дійсно, спільна власність залежить від форм власності, але характеризується тим, що належить не одній особі (як, наприклад, у праві приватної власності), а двом чи більше особам незалежно від того, яку форму власності представляє кожен із них. Таким чином, як зазначає І. Севрюкова, виникає просто поділ права власності на види залежно від кількості суб'єктів, а саме: на одноособову та спільну власність [2, с. 465].

Відповідно до ст. 41 Конституції України право приватної власності набувається в по-

рядку, визначеному законом. Це положення встановлює широкі можливості для набуття права власності фізичною особою та вказує на те, що право власності може набуватися лише законним шляхом.

Звертаючись до історичних витоків питання про підстави та способи виникнення права спільної власності, слід зазначити, що вже в ті часи в усій різноманітності форм виникнення права власності почали розрізняти два самостійних, але тісно пов'язаних, моменти – спосіб набуття права власності (*modus acquirendi*) та титул набуття (*titulus acquirendi*) [3, с. 202]. Саме титулами набуття називали юридичні факти, які є правовою основою виникнення права власності. Юридичні факти, необхідні для виникнення в осіб права власності на майно, називають також юридичними підставами. Однак у наукових дослідженнях щодо підстав набуття права власності застосовуються різні правові терміни: «підстави набуття права власності», «способи набуття права власності», які одними вченими ототожнюються [4, с. 234; 5, с. 113], іншими – розмежовуються [6, с. 343; 7, с. 339; 8, с. 44].

Не торкаючись детально проблематики ототожнення чи розмежування наведених понять, слід все ж зазначити, що згадані правові терміни мають різне змістовне навантаження. Так, підставою набуття права спільної власності виступатиме такий юридичний факт, з яким пов'язується виникнення певних правовідносин, а способом набуття права спільної власності – юридичний факт та/або фактична дія (сукупність дій), що тягне за собою виникнення права власності (заволодіння, традиція, державна реєстрація тощо). Іншими словами, не заборонені законом активні дії особи (реалізація права, виконання обов'язку), спрямовані на виникнення права спільної власності, слід сприймати як способи набуття права спільної власності. Разом із тим підстави та способи виникнення права

спільної власності мають міцний юридичний зв'язок, а існування одних без інших не може призвести до виникнення права спільної власності.

Спірним у науці цивільного права є також питання розмежування правової сутності таких взаємопов'язаних термінів, як «набуття» та «виникнення». Існують різні підходи з приводу співвідношення вказаних понять. Одні вчені не розрізняють поняття «набуття» та «виникнення» права спільної власності та розглядають їх як синоніми [9, с. 101], інші – співвідносять їх як загальне й особливе [4, с. 205] або ж обстоюють позицію, що поняття «набуття» ширше за «виникнення» [10, с. 47].

Аналіз питання виникнення права спільної власності свідчить, що більш виваженою є позиція, згідно з якою коли йдеться про набуття права власності, це припускає (передбачає) вольовий момент, а виникнення права є результатом цього прояву волі. Виникнення права залежить від дій суб'єкта або подій, а набуття їй є дією, процесом [8, с. 10].

У Цивільному кодексі (далі – ЦК) УРСР 1963 р. підстави виникнення та припинення права власності були визначені у главі 12 «Виникнення і припинення права власності». Серед цих підстав переважали так звані первинні (початкові) способи набуття права власності, за яких право власності на майно виникає або вперше (наприклад, у разі створення нової речі самим власником із належних йому матеріалів), або незалежно від волі попередніх власників (наприклад, у разі реквізиції чи конфіскації майна). І пріоритетними тут були підстави виникнення права державної власності внаслідок націоналізації, конфіскації, реквізиції майна, перехід у власність держави безхазайного майна, знахідок, скарбів, бездоглядної худоби тощо.

Підставам набуття права власності присвячена гл. 24 ЦК України. Переважна більшість передбачених у ній підстав стосується й набуття фізичними особами права спільної власності. Це, зокрема, набуття права власності на новостворене майно (ст. 331 ЦК) або на перероблену річ (ст. 332 ЦК), на знахідку (ст. 338, 339 ЦК), на скарб (ст. 343 ЦК), унаслідок набувальної давності (ст. 344 ЦК), у разі приватизації державного майна або майна, що є в комунальній власності (ст. 345 ЦК), набуття добросовісним набувачем права власності на майно, відчужене особою, яка не мала на це права (ст. 330 ЦК), одержання плодів і доходів від речі (ст. 189 ЦК) тощо. Крім того, у ЦК України є норми, що передбачають можливість визнання права власності на майно в судовому порядку й у випадках, коли право власності ніким не порушується, не оскаржується чи не визнається. Зокрема, це положення статей 376 (набуття права власності на самочинно збудоване нерухоме майно), 392 (визнання права власності у разі

втрати власником майна документа, який засвідчує його право власності).

Із найдавніших часів римське право поділяло способи набуття права власності на первісні та похідні. Вважають, що раніше виник первісний спосіб як такий, що ґрунтується на давніх формах набуття права власності. З розвитком цивільного обороту з'явився похідний. *Первісний спосіб набуття* полягав у тому, що право власності виникало вперше або проти волі колишнього власника. *Похідний спосіб набуття* полягав у тому, що право власності переходило від однієї особи до іншої за їх взаємною волею, за їх бажанням [11, с. 202].

За критерієм волі розмежовував способи виникнення права власності на первісні та похідні О. С. Іоффе, на думку якого первісні способи характеризуються тим спільним для них моментом, відповідно до якого вони не зв'язані з волею попереднього власника, а похідні способи характеризуються тим, що в таких випадках право власності набувається за волею попереднього власника та відповідно до згоди нового набувача [12, с. 283].

У літературі при розмежуванні способів виникнення права власності на первісні та похідні пропонується використовувати й інший критерій – критерій правонаступництва. Так, на думку М. Венецької, критерій волі можна взагалі не враховувати, оскільки він не є всеосяжним і при його використанні неминуче виникне необхідність робити винятки. Так, при спадкуванні за законом, а не за заповітом, що також є похідним способом виникнення права власності, відсутня воля попереднього власника. У зв'язку з цим при розмежуванні способів виникнення права власності, слід приймати єдиний критерій правонаступництва [13, с. 31].

Разом із тим у теорії цивільного права були й противники відповідного поділу. Так, Д. Мейєр вважав поділ способів виникнення права власності на первісні та похідні непотрібним і навіть шкідливим. На його думку, в юридичному побуті немає речей, що нікому не належать. Якщо річ не належить нікому на праві власності, то вона не підлягає й юридичним визначенням, оскільки навіть планети та новонароджені тварини в момент їх появи стають чияюсь власністю [14, с. 61].

Незважаючи на те, що в українському законодавстві з відповідним поділом способів виникнення права власності на первинні та похідні не пов'язуються будь-які правові наслідки, на нашу думку, необхідність розмежування способів виникнення права спільної власності на первісні та похідні все ж існує, однак доцільніше було б надавати перевагу критерію правонаступництва, оскільки він універсальніший. Так, при набутті права спільної власності при спадкуванні за законом відсутня воля власника, однак у цьому випадку про його волю взагалі не йдеться, і в правовій конструкції набуття права власнос-

ті спадкоємцями до уваги не береться. Отже, під первісними способами виникнення права спільної власності слід розуміти такі способи, при яких право власності виникає вперше, оскільки раніше такий об'єкт нікому не належав, а похідними визнаються способи виникнення права спільної власності, за яких право власності набувача виникає в силу правонаступництва, у зв'язку з його переходом від попереднього власника до нового, за їх спільною волею.

Ми вважаємо, що слід погодитися з думкою Є. Харитонова, згідно з якою поділ способів набуття права власності на первинні та похідні має велике практичне значення та залишається актуальним і в сучасних умовах, оскільки від типу способу встановлення права власності залежить характер претензій, що можуть бути заявлені до власника. Це означає, що оскільки при похідних способах набуття права власності право набувача ґрунтується на праві відчужувача, то оспороватися може не тільки право власника, а й право осіб, які передали йому у власність спірну річ [15, с. 268].

Як зазначає О. Яворська, первинними підставами прийнято вважати такі, за яких право власності на певне майно виникає вперше або незалежно від попередніх власників. За вторинних підстав право власності ґрунтується на праві попереднього власника [16, с. 14]. Отже, способи виникнення права спільної власності різноманітні. Первинними підставами виникнення цього права можуть бути такі юридичні факти, як:

- створення спільної речі чи її спільна переробка (специфікація);
- виявлення скарбу однією особою на земельній ділянці, у будівлі, що належать іншій особі;
- набувальна давність у разі спільного володіння річчю;
- надходження в спільну власність плодів, продукції, отриманих від використання спільного майна, тощо.

Серед похідних підстав виникнення спільної власності можна назвати договір (наприклад, договір про передачу приватизованої квартири в часткову чи сумісну власність фізичних осіб), спадкування за законом чи за заповітом, договір купівлі-продажу, коли майно переходить у власність декількох осіб, тощо.

Серед інших підстав виникнення у фізичних осіб права спільної власності потрібно

також виділити одержання дивідендів від цінних паперів і вкладів у кредитних установах; отримання грошових сум чи іншого майна в порядку відшкодування заподіяної шкоди майну, що є об'єктом спільної власності; отримання різних премій (наприклад, за досягнення в галузі науки, культури, мистецтва), вигравів (наприклад лотерейних), призів (наприклад, від участі в конкурсах, спортивних та інших змаганнях).

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що як спільна часткова, так і спільна сумісна власність можуть виникати або на підставі певних юридичних фактів, зазначених у ЦК України, який передбачає щодо спільно створюваного кількома особами майна встановлення правового режиму спільної часткової чи спільної сумісної власності, або на підставі договорів.

Список використаних джерел

1. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні. – К., 1996.
2. Цивільне право України. У 2 т. / За ред. Я. М. Шевченко. – К., 2006. – Т. 1.
3. Підпригора О. А. Римське приватне право. – К., 2001.
4. Гражданское право: В 2 т. – М., 1998. – Т. 1.
5. Ерошенко А. А. Личная собственность в гражданском праве. – М., 1973.
6. Научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса РФ для предпринимателей / Под ред. В. П. Карповича. – М., 1999.
7. Цивільне право України: У 2 кн. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Кн. 1.
8. Спасибо І. А. Набуття права власності. – К., 2009.
9. Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование экономических отношений. – Л., 1986.
10. Андреев В. К. О праве частной собственности в России (критический очерк). – М., 2007.
11. Підпригора О. А. Римське приватне право. – К., 2001.
12. Иоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – СПб., 2004. – Т. 1.
13. Право собственности в Украине / За ред. Я. М. Шевченко. – К., 1996.
14. Русское гражданское право: В 2 ч. / Под ред. Д. И. Мейера. – М., 1997. – Ч. 2.
15. Цивільне право України / За ред. Є. О. Харитонова, Н. О. Саніахметової. – К., 2003.
16. Яворська О. С. Підстави виникнення права приватної власності фізичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1997.

Стаття надійшла до редакції 20.03.2014 р.

Article is devoted to the delimitation of concepts as a way of gaining and acquiring the title of common property, the terms «acquisition» and «appearance» of common property search criteria delimitation methods of ownership at the primitive and derived.

Стаття посвящена вопросам разграничения таких понятий, как способ приобретения и титул приобретения права общей собственности, терминов «приобретение» и «возникновение» права общей собственности, поиска критериев разграничения способов возникновения права собственности на первоначальные и производные.



УДК 347.232

Микита Бернацький,*молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

ДЕЯКІ ПИТАННЯ НАБУТТЯ ТА ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЖИТЛО ЮРИДИЧНИМИ ОСОБАМИ ПРИВАТНОГО ПРАВА

У статті розглядаються деякі, характерні виключно для юридичних осіб, особливості набуття, здійснення та припинення права власності на житло.

Ключові слова: юридичні особи, статутний капітал, право власності, приватизація.

Відповідно до ч. 1 ст. 2 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України учасниками цивільних відносин є фізичні та юридичні особи. Колективні утворення (підприємства, установи, організації, господарські товариства, виробничі та споживчі кооперативи тощо) можуть бути учасниками цивільних правовідносин на рівні з фізичними особами. Щоб набути статусу суб'єктів цивільних правовідносин, таким утворенням необхідно набути статус юридичної особи. Юридична особа відповідно до ч. 4 ст. 87 ЦК України вважається створеною з моменту державної реєстрації. Саме цей момент є моментом виникнення окремого суб'єкта правовідносин. Оскільки юридична особа є рівним учасником правовідносин, то (як і інші учасники) вона може набувати права власності на житло.

Мета цієї статті – визначення особливостей набуття та здійснення права власності на житло юридичними особами приватного права.

Найбільш значущими серед сучасних наукових розробок права власності юридичних осіб, у тому числі на житло, є праці В. Борисової, М. Галянтича, О. Дзери, І. Кучеренко, І. Спасибо-Фатєєвої.

Відповідно до ст. 80 ЦК України юридичною особою є організація, створена та зареєстрована у встановленому законом порядку. Юридична особа наділяється цивільною правосдатністю та дієздатністю, може бути позивачем і відповідачем у суді.

В. Борисова зазначає, що будь-яка юридична особа, включаючи і товариство однієї особи не є вигадкою, припущенням. Законодавець застосовує засіб, сутність якого полягає в тому, що дійсність реально існуючої організації підводиться під умовну правову форму – юридичну особу [1, с. 124], тобто юридична особа розглядається як повноцінний учасник правовідносин. На думку І. Спаси-

бо-Фатєєвої, ЦК виходить із того, що всі юридичні особи є власниками [2, с. 119].

Закріплення в законодавчому акті положення, що непідприємницька організація є юридичною особою, достатньо для того, щоб такий учасник цивільних відносин користувався своєю цивільною дієздатністю в повному обсязі [3, с. 77]. З такою думкою можна погодитися, поширивши її дію як на підприємницькі, так і непідприємницькі товариства.

На думку А. Довгєрта, зміст правової конструкції юридичної особи завжди полягав і полягає в закріпленні за організацією (союзом, установою) певного майна на праві власності, в результаті чого негативні майнові наслідки її діяльності відносяться, за загальним правилом, на майно цієї організації, а не на майно учасників (засновників) [4, с. 85–86]. Іншими словами, майно, що знаходиться у власності юридичної особи, є чітко відмежованим від майна учасників та має правовий режим майна, що перебуває у приватній власності.

Юридичні особи поділяються на види залежно від законодавчо закріплених критеріїв класифікації. Перш за все слід встановити, чи має значення вид юридичної особи для здійснення нею правомочностей власника щодо житла. Відповідно до ст. 81 ЦК України юридичні особи, залежно від порядку їх створення, поділяються на юридичних осіб приватного права й юридичних осіб публічного права. *Юридична особа приватного права* створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 ЦК України. Юридична особа приватного права може створюватися та діяти на підставі модельного статуту в порядку, визначеному законом. *Юридична особа публічного права* створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування.

Як зазначає І. Кучеренко, із наведених в юридичній літературі понять можна виді-

лити дві основоположні ознаки юридичних осіб публічного права: реалізація публічних інтересів держави чи територіальної громади, покладених на них Конституцією України та законодавчими актами; їх створення на підставі розпорядчого акта [5, с. 13]. Внаслідок того, що на даних суб'єктів правовідносин покладена реалізація публічних інтересів, вони вступають у правовідносини з іншими учасниками не як рівні учасники, а як суб'єкти владних повноважень. Хоч не виключені випадки участі суб'єктів владних повноважень у цивільних правовідносинах як суб'єктів рівних тим, що не мають владних повноважень.

Оскільки ЦК України передбачає можливість для юридичних осіб мати такі самі цивільні права й обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині (ст. 91), то це означає, що і володіти юридична особа може будь-яким майном. Так само і в ст. 325 ЦК України зазначено, що фізичні й юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, що відповідно до закону не можуть їм належати.

ЦК наводить ще декілька критеріїв класифікації юридичних осіб. Так, відповідно до ст. 83 ЦК України юридичні особи поділяються за організаційно-правовими формами на товариства, установи й інші організаційно-правові форми. Різниця між пойнменованими організаційно-правовими формами полягає у тому, чи беруть участь в управлінні юридичною особою її учасники. На набуття та припинення права власності ця класифікація не впливає.

Наступним критерієм класифікації юридичних осіб є те, чи є на меті товариства отримання прибутку та розподілу його між учасниками (статті 84, 85 ЦК України). Оскільки цей поділ стосується такого підвиду юридичних осіб, як товариства, то для набуття, здійснення та припинення права власності він також не має значення (оскільки ділитись вид на підвиди).

Класифікація юридичних осіб наведена також у Господарському кодексі (далі – ГК) України (з деякими відмінностями). Так, А. Гук зазначає, що всупереч нормам ЦК України, ГК України зберігає категорію «форми власності» з метою виокремлення видів підприємств. Зокрема, ч. 1 ст. 63 ГК України поділяє підприємства «залежно від форм власності» на такі види: приватне підприємство, що діє на основі права приватної власності громадян чи юридичної особи; комунальне підприємство, що діє на основі комунальної власності; державне підприємство, що діє на основі державної власності; підприємство колективної власності, що діє на основі колективної власності; підприємства, що діють на основі змішаної форми власності. Також у

вказаній нормі зазначено, що в Україні можуть діяти й інші види підприємств. Це, очевидно, означає, що в Україні можуть існувати й інші форми власності. Таким чином, із ч. 1 ст. 63 ГК України випливає, що в Україні існують такі форми права власності: право приватної власності; право державної власності; право комунальної власності; право колективної власності; змішана форма власності; інші форми власності [6]. Насправді, така класифікація майже не має практичного застосування, оскільки вона виділяє форми власності через види підприємств; суперечить концепції видів власності, закріпленій в Конституції України та ЦК України, який, у свою чергу, є основним законодавчим актом, що регулює правовідносини власності та, серед інших актів, замінив собою Закон України «Про власність».

Вказуючи на класифікацію відмінних між собою юридичних осіб, не можна залишити поза увагою спільні ознаки юридичних осіб. Так, у науковій літературі, перелічуються такі спільні ознаки, що характеризують право власності юридичних осіб:

- юридична особа є єдиним власником належного їй майна. Засновники (учасники) юридичної особи на її майно мають лише зобов'язальні права, якщо йдеться про господарські товариства, кооперативи, або взагалі не мають майнових прав, якщо йдеться про громадські об'єднання, релігійні організації, фонди тощо;

- у власності юридичної особи перебуває майно, передане їй як вклади (внески) засновниками (учасниками, членами), а також майно, вироблене та набуто юридичною особою на інших підставах у процесі діяльності;

- юридичні особи, як і інші власники, мають право здійснювати відносно свого майна будь-які дії, що не суперечать закону та не порушують охоронювані законом інтереси інших осіб. Зміст права власності, межі та способи здійснення права власності юридичних осіб залежать від обсягу їх правоздатності;

- юридична особа набуває цивільних прав і бере на себе цивільні зобов'язання через свої органи, що діють відповідно до закону, інших правових актів та установчих документів. Порядок призначення чи обрання органів юридичної особи визначається установчими документами. В передбачених законом випадках юридична особа може набувати цивільні права та брати на себе цивільні обов'язки через своїх учасників;

- в установчих документах визначаються джерела формування майна юридичної особи, порядок розпорядження майном, розподілу прибутків і збитків тощо;

- юридичні особи відповідають за своїми зобов'язаннями всім належним їм майном. Засновник (учасник) юридичної особи не відповідає за зобов'язаннями юридичної особи, а юридична особа не відповідає за зобов'язан-

нями засновника (учасника) за винятками, передбаченими законодавством чи установчими документами юридичної особи [7].

Зважаючи на викладені класифікації видів юридичних осіб і виділення їх спільних ознак, можна виділити дві загальні підстави набуття права власності юридичними особами: набуття права власності на об'єкти права власності внаслідок передання певного майна у статутний капітал юридичної особи та внаслідок реалізації власної правосуб'єктності.

Слід зазначити, що передача майна засновником як частки у статутний капітал господарського товариства є одностороннім правочином, який, у свою чергу, є підставою для припинення права власності на це майно у нього та виникнення права власності на це майно господарського товариства як окремого суб'єкта правовідносин.

При передачі до статутного капіталу товариства житла, крім відповідної державної реєстрації права власності на нерухоме майно відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», так майно ще необхідно відобразити в установчих документах юридичної особи. Таке відображення передбачене як у загальних положеннях ЦК України про юридичну особу (ст. 88), так і в положеннях про установчі документи по кожному окремому виду підприємницьких товариств (статті 120, 134, 143, 164). Узагальнення зазначених норм свідчить, що ЦК України вимагає визначати в установчих документах склад і розмір частки/паю у статутному капіталі юридичної особи. Більше того, без внесення відповідних змін до установчих документів, не можна провести державну реєстрацію права власності на таке нерухоме майно, оскільки відсутні відповідні правовстановлюючі документи, що є підставою для відповідної реєстрації.

Також відповідно до Порядку державної реєстрації прав на нерухоме майно та їх обтяжень, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 17.10.2013 р. № 868, для проведення державної реєстрації права власності з видачею свідоцтва у зв'язку з передачею нерухомого майна у власність юридичної особи (як внесок (внесення майна до статутного (складеного) капіталу (статутного фонду), вступні, членські та цільові внески членів кооперативу тощо) заявник, крім документа, який підтверджує виникнення, перехід та припинення речових прав на нерухоме майно, подає акт приймання-передачі об'єкта нерухомого майна або інший документ, що підтверджує факт передачі такого майна. Іншими словами, для реєстрації права власності на житло, що було передане до статутного капіталу юридичної особи, необхідно надати документ, який є підтвердженням вияву волі як учасника щодо передачі такого майна, так і юридичної особи щодо прийняття такого майна.

Одним із способів набуття права власності на житло є приватизація об'єктів державного житлового фонду. Відповідно до Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» приватизація державного житлового фонду – це відчуження квартири (будинків), житлових приміщень у гуртожитках, призначених для проживання сімей та одиноких осіб, кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв тощо) державного житлового фонду на користь громадян України. Як свідчить наведене визначення, набуття у такий спосіб права власності на житло неможливе, оскільки право на приватизацію передбачене лише для громадян України, тобто виключно для фізичних осіб.

Однією з особливостей набуття та припинення права власності юридичних осіб є ускладнений порядок прийняття рішення щодо цього. У випадку з фізичними особами – рішення приймається безпосередньо власником об'єкта, а для того, щоб юридична особа прийняла рішення щодо здійснення правомочності власника в більшості випадків потрібне рішення уповноваженого органу управління.

Можливі два варіанти прийняття юридичною особою рішення про реалізацію певної правомочності власника: органами управління або учасниками, які відповідно до законодавства мають відповідний обсяг повноважень. Так, ЦК передбачає, що юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і через своїх учасників (ч. 2 ст. 92). Наприклад, це передбачається для діяльності повного і командитного товариств. Відповідно до ст. 122 ЦК кожний учасник повного товариства має право діяти від його імені, якщо засновницьким договором не визначено, що всі учасники ведуть справи спільно або ведення справ доручено окремим учасникам. Відповідно до ст. 136 ЦК управління діяльністю командитного товариства здійснюється повними учасниками у порядку, встановленому для повного товариства. Іншими словами, вираз волі юридичної особи має певний порядок, що регламентується законодавством та установчими документами і порушення цього порядку призводить до недійсності правочину.

Як зазначається в літературі, цивільну дієздатність, тобто здатність власними діями, у власному інтересі створювати відповідні права й обов'язки, юридична особа реалізує через свої органи, що формуються та діють відповідно до установчих документів і приписів законодавства. Органи товариства визначені у статтях 97–99, органи установи – у ст. 101 ЦК України [8, с. 149].

Стосовно юридичної особи як власника житла слід зазначити одну особливість здійснення права власності юридичною особою

щодо такого об'єкта. Основним призначенням житла, відповідно до законодавства, є постійне проживання в ньому людей, тобто житло використовується з метою проживання в ньому. Зрозуміло, що юридична особа в силу своєї природи не може проживати в житлі, тобто, будучи власником, така особа ніяким чином самостійно не може використовувати за призначенням такий об'єкт нерухомого майна. Безумовно, його можна використовувати як звичайне приміщення, зазначаючи його адресу як адресу місцезнаходження. Відповідно до ст. 93 ЦК України місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління й обліку, тобто за адресою місцезнаходження здійснюється діяльність органів управління юридичної особи. Така діяльність ніяким чином не співвідноситься з проживанням людей у займаному приміщенні. Можна було б припустити проживання осіб за місцезнаходженням органів управління юридичною особою, але проживання й управління – процеси різні, які між собою пов'язані виключно збігом адреси.

Специфікою володіння юридичною особою житлом є те, що вона не може безпосередньо його використовувати за призначенням. Тому можна вести мову про те, що юридична особа в силу своєї природи не може здійснювати одну з правомочностей власника щодо житла, а саме – користування. Таке користування можливе лише фізичними особами. Ними можуть бути особи, яким таке житло надане за цивільно-правовим договором.

Висновки

Класифікація юридичних осіб на види не впливає на загальні способи набуття та здійснення права власності на житло.

Стаття надійшла до редакції 24.03.2014 р.

This article researches some unique to legal entities features of the acquisition and implementation of housing ownership.

В статье рассматриваются некоторые, характерные исключительно для юридических лиц, особенности приобретения, осуществления и прекращения права собственности на жилье.

У випадку набуття юридичною особою права власності на житло шляхом передання його до статутного капіталу такої особи, окрім державної реєстрації права власності на житло як об'єкт нерухомого майна, таке право має бути відображене в установчих документах юридичної особи.

Юридична особа в силу своєї природи не може здійснювати одну з правомочностей власника щодо житла, а саме – користування. Слід зазначити, що саме використання житла за призначенням є неможливим, оскільки житло може використовуватися юридичною особою як об'єкт нерухомості, в якому будуть знаходитися, наприклад, органи управління юридичної особи.

Список використаних джерел

1. Борисова В. І. Теорії сутності юридичної особи: історія і сучасність // Вісник Академії правових наук України. – 2001. – № 4.
2. Спасибо-Фатеева І. В. Деякі розсуди про юридичні особи та їхні організаційно-правові форми // Право України. – 2007. – № 2. – С. 118–123.
3. Кочин В. В. Непідприємницькі товариства як юридичні особи приватного права: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 232 с.
4. Цивільний кодекс України: постатейний коментар: У 2 ч. – К., 2005. – Ч. 1. – 680 с.
5. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права. – К., 2004. – 328 с.
6. Гук А. Визначення форми права власності юридичних осіб [Електронний ресурс]. – Юридичний журнал. – 2007. – № 3. – Режим доступу до журналу: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2577>.
7. Цивільне право України: У 2 кн. [Електронний ресурс] / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – К., 1999. – 864 с. – Режим доступу: <http://ukrkniga.org.ua/ukrkniga-text/686/68/>.
8. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2006. – Т. 1. – 832 с.



УДК 347.447.72

Олена Андреева,аспірантка кафедри цивільного права
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА РИЗИКУ НЕМОЖЛИВОСТІ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ: поняття та практичне значення

У статті аналізуються поняття «неможливість виконання договірною зобов'язання» як одна з можливих підстав його припинення та «ризик неможливості виконання зобов'язання», визначається сторона договірною зобов'язання, на яку покладається цей вид ризику.

Ключові слова: неможливість виконання договірною зобов'язання, ризик неможливості виконання договірною зобов'язання.

З огляду на принципи цивільного права та сутність договірних відносин припинення договірною зобов'язання означає, що його сторони за загальним правилом більше не пов'язані взаємними правами й обов'язками, що є змістом такого зобов'язання.

Припинення зобов'язання виконанням, проведеним належним чином (ст. 599 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України), є найбільш поширеним і нормальним способом його припинення, способом досягнення мети, заради якої сторони вступали у договірні правовідносини. Проте не будь-яке договірне зобов'язання припиняється на підставі ст. 599 ЦК України. ЦК України містить й інші підстави припинення договірною зобов'язання.

Формулювання у ст. 607 ЦК України такої підстави припинення зобов'язання, як *неможливість його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає* є досить абстрактним. Наведена стаття ставить перед правознавцями більше питань щодо порядку свого застосування, ніж надає відповідей. Зокрема, виникає питання: яким чином тлумачити термін «неможливість виконання» конкретного зобов'язання, на кого поширюється така неможливість, чи поширюється вона виключно на сторони зобов'язання (така неможливість є відносною чи абсолютною), в майнову сферу якої саме сторони за договором (боржника чи кредитора) включається ризик неможливості виконання конкретного зобов'язання тощо?

Структурне розміщення ст. 607 в главі 50 ЦК України визначає її поширення як на договірні, так і позадоговірні зобов'язання. Ми розглядатимемо виключно договірні зобов'язання і питання їх припинення у зв'язку з настанням обставини, за яку жодна із сторін не відповідає.

Слід зазначити, що лише комплексне дослідження понять «припинення зобов'язання неможливістю його виконання» та «ризик неможливості виконання зобов'язання» дозволить визначитися з порядком і правовими наслідками застосування такої підстави припинення договірною зобов'язання.

Метою цієї статті є аналіз понять «неможливість виконання зобов'язання», «ризик неможливості виконання договірною зобов'язання», визначення основних його ознак, порівняння з іншими правовими інститутами й узагальнення основних підходів судової практики до включення цього виду ризику у майнову сферу тієї чи іншої сторони договірною зобов'язання.

Поняття «припинення зобов'язання неможливістю його виконання» досліджувалося багатьма провідними вченими-правниками: М. Брагинським, Т. Боднар, В. Вітрянським, Ю. Гамбаровим, Д. Генкіним, О. Йоффе, Я. Магазінером, Л. Лунцем, Н. Кузнецовою та іншими. Натомість категорія «ризик неможливості виконання договірною зобов'язання» не зазнала широкого наукового висвітлення. До цієї проблеми опосередковано зверталися такі науковці, як Ф. Вячеславов, Д. Архіпов, В. Ойгензіхт та ін.

Згідно із статтями 525, 526, 629 ЦК України, ст. 193 Господарського кодексу (далі – ГК) України договір є обов'язковим для виконання сторонами, а зобов'язання повинні виконуватися належним чином. Отже, римський принцип договірною права *pacta servanda sunt* втілений у сучасному українському законодавстві. Проте наведене правило не є абсолютним, а цей принцип має певні межі свого застосування. Зокрема, це пов'язано із

положеннями, окресленими ще за часів Стародавнього Риму. Першим таким положенням є *clausula rebus sic stantibus* (застереження про незмінність обставин, а саме – договір є чинним до того моменту, поки обставини, які зумовили його укладення, є незмінними). Механізм застосування зазначеного принципу зводився до того, що договірне зобов'язання має бути виконане, якщо на умови такого зобов'язання не впливали певні істотні обставини, внаслідок чого його виконання є ускладненим для однієї із сторін (але можливим). У сучасному цивільному законодавстві цьому принципу кореспондує ст. 652 ЦК України, якою врегульовані підстави та механізм зміни (розірвання) договору у зв'язку з істотною зміною обставин за ним.

Другим таким положенням є *impossibilium nulla obligatio est* (неможливе не може ставитися в обов'язок). Суть його зводиться до того, що у разі, якщо обов'язок виконати неможливо, він не може бути змістом договірної зобов'язання. Немоżliвість виконання зобов'язання, передбачена ст. 607 ЦК України, є однією із можливих підстав припинення зобов'язання. В доктрині цивільного права таку підставу відносять до групи підстав припинення зобов'язання, які не залежать від волі його сторін [1, с. 256].

Слід зазначити, що означена підстава припинення зобов'язання, містилася ще у ст. 222 ЦК УРСР 1963 р. Проте в цій статті йшлося про обставини, за які не відповідає лише боржник і ця стаття містила посилання на ст. 210 ЦК УРСР 1963 р. з метою окреслення кола таких обставин. У ст. 210 ЦК УРСР 1963 р. мова йшла про звільнення боржника від відповідальності у разі, якщо таке невиконання (неналежне виконання) зобов'язання пов'язується з умислом або необережністю кредитора. Таким чином, у ЦК УРСР 1963 р. законодавець звужив умови припинення зобов'язання у зв'язку з неможливістю його виконання: по-перше, тим, що «не відповідає» за таку обставину виключно боржник (а не будь-яка із сторін зобов'язання, що передбачено у ст. 607 ЦК України); по-друге, було обмежене коло обставин, за які боржник не відповідає, та пов'язувалися вони з виною кредитора.

Стаття 607 ЦК України закріпила ширший підхід до питання припинення зобов'язання неможливістю його виконання (у порівнянні із ст. 222 ЦК УРСР 1963 р.). У ЦК України закріплено, що зобов'язання припиняється неможливістю його виконання (ст. 607). Отже, передусім, слід визначитися із змістом поняття «неможливість». Поняття «неможливість» у тлумачному словнику розглядається як відсутність можливості, утруднення у виконанні чого-небудь, те, чого не можна здійснити, дістати, домогтися, виконати [2 с. 676].

Неможливість виконання зобов'язання у праві визначають як відсутність можливості виконання зобов'язання в натурі. Розрізня-

ють початкову та наступну, об'єктивну та суб'єктивну, фізичну й юридичну неможливість. Розмежування початкової та наступної неможливості виконання зобов'язання в цивільній літературі розрізняється залежно від моменту, коли така неможливість виникла. Якщо вона існувала вже у момент виникнення зобов'язання, то її називають початковою, а якщо настала після виникнення зобов'язання – наступною [3, с. 57].

На нашу думку, виділення наведених видів неможливості має важливе практичне значення. Так, відповідно до ч. 5 ст. 203 ЦК України визначено, що правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, які ним обумовлені. Якщо сторони, укладаючи той чи інший вид договору, виходили із того, що досягти реального правового наслідку за ним неможливо, в силу неможливості його виконання, то він не відповідатиме загальним вимогам, додержання яких є необхідним для чинності правочину, та може бути визнаний недійсним у судовому порядку (ст. 215 ЦК України).

У разі, коли лише одна із сторін знала про неможливість досягнення реального результату вступу у договірні відносини та не повідомила про це другу сторону, це є підставою для визнання договору недійсним, що передбачено у ст. 230 ЦК України (у якій йдеться про вчинення правочину під впливом обману з боку іншої сторони). Залежно від кола осіб, для яких виконання зобов'язання стало неможливим, виділяють суб'єктивну (неможливість виконання зобов'язання тільки для його сторін або сторони) та об'єктивну (неможливість виконання зобов'язання, у тому числі будь-якою третьою особою) неможливість [4, с. 181–182].

Неможливість виконання зобов'язання, що настала після його виникнення, може бути як юридичною (наприклад, у разі заборони проведення товарообмінних операцій у галузі зовнішньоекономічної діяльності), так і фактичною (наприклад, загибель індивідуально-визначеної речі, яку боржник зобов'язаний передати кредиторі) [5, с. 161]. Фактична неможливість виконання грошового зобов'язання не є підставою для припинення такого зобов'язання. Оскільки гроші є родовими речами, а рід, як відомо, не гине.

На думку А. Заброцької, основними ознаками неможливості виконання зобов'язання є [6]:

- наявність перешкод щодо виконання зобов'язання (неможливість виконання як самостійний юридичний факт завжди є певною подією, а як причини, що її породжують, можуть існувати у формі як дії, так і події);
- неможливість якимось чином усунути або уникнути означених перешкод;
- перешкоди, що належать до елементів змісту зобов'язання, отже, до дій, які спрямовані на здійснення прав і виконання обов'язків за договором.

На нашу думку, слід доповнити запропонований перелік ще декількома ознаками: неможливість виконання зобов'язання повинна мати постійний (або хоча б тривалий (у часовому виразі) характер). Короткочасна неможливість виконати те чи інше зобов'язання (у тому числі частину зобов'язання), яка згодом відпадає, не є підставою для припинення зобов'язання, встановленою у ст. 607 ЦК України. Це правило є загальним, яке може мати винятки. Так, винятком із загального правила є обставини, за яких унаслідок короткострокової неможливості виконання зобов'язання (що відповідно спричинило порушення строків його виконання) інша сторона втратила будь-який інтерес до отримання виконаного.

Що стосується поняття «ризик у договірних зобов'язаннях», то ми визначатимемо його як можливість (ймовірність) настання певних несприятливих наслідків. Перш за все, слід визначити на яку сторону зобов'язання покладається ризик неможливості його виконання. За загальним правилом будь-який вид ризику в договірних зобов'язаннях включиться у сферу майнових інтересів тієї сторони, для якої його реалізація буде найменш обтяжливою й яка до певного визначеного моменту може впливати на такий ризик, виконуючи певну систему дій як правового (укладення договору страхування, охорона певного об'єкта виконання договірних зобов'язань), так і позаправового (наприклад, встановлення системи протипожежної сигналізації у будинку, який є предметом виконання договору купівлі-продажу тощо) характеру.

Винятком із наведеного загального правила можуть бути такі обставини: прострочення боржника у договірному зобов'язанні (ч. 2 ст. 612 ЦК України), покладення даного виду ризику на конкретну сторону в договірному зобов'язанні в силу реалізації принципу свободи договору як за плату (наприклад, шляхом встановлення певної знижки щодо ціни договору), так і безоплатно.

У доктрині цивільного права відмежовують поняття «припинення зобов'язання неможливістю його виконання», визначені у ст. 607 ЦК України, та «зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин», встановлену ст. 652 ЦК України. Вважається, що наведені статті регулюють різні види цивільних правовідносин [7, с. 12–14].

Здійснюючи комплексний аналіз норм, закріплених у статтях 607, 652 ЦК України, слід визначити критерій їх розмежування. Відповідно до ст. 607 ЦК України, особа (сторона в зобов'язанні) *позбавлена можливості його виконати належним чином* у силу певних обставин. Відповідно до ст. 652 ЦК України, сторона (сторони) *може виконати зобов'язання за договором, проте таке виконання*

є надзвичайно обтяжливим для неї (з огляду на істотну зміну обставин) і призведе до порушення майнового балансу (співвідношення) сторін за цим договірним зобов'язанням. Саме тому сторони можуть добровільно (шляхом переговорів) або в судовому порядку змінити умови договору, привівши їх у відповідність із обставинами, які істотно змінилися. Крім того, заслуговує на увагу ч. 2 ст. 652 ЦК України, в якій мова йде про необхідність одночасної наявності чотирьох умов при зміні (розірванні) договору у зв'язку з істотною зміною обставин за ним.

Аналіз судових рішень щодо підстав припинення договірних зобов'язань на підставі ст. 607 ЦК України, чи зміни (розірвання) договорів на підставі ст. 652 ЦК України свідчить, що суди різних інстанцій в Україні не завжди розрізняють ці поняття, а інколи вживають їх, як такі, що доповнюються одне одним. Зокрема, свідченням цього є рішення Нахімівського районного суду м. Севастополя по справі за № 2-2527/11 від 08.06.2012 р. Відповідно до згаданого судового рішення було розірвано договір про надання послуг по тепло- та водопостачанню, водовідведенню на певній земельній ділянці. Підставами для розірвання цього договору, викладеними у мотивувальній частині судового рішення, були обставини, передбачені ст. 607 ЦК України (неможливість виконання умов договору у зв'язку з припиненням господарської діяльності фізичної особи власника теплову пункту та винесення припису директору підприємства, що надавало послуги, щодо приведення у відповідність із нормами чинного законодавства діяльності з надання послуг електроенергетики, у зв'язку з чим постачання електроенергії було припинено). Мотивувальна частина рішення суду містила застереження такого характеру: як встановив суд, обставини, у зв'язку з якими позивач не виконує свої зобов'язання по теплостачанню й енергопостачанню, зумовлені дією непереборної сили. Таким чином, оскільки позивач більше не спроможний надавати послуги, обумовлені договором, суд дійшов висновку, що у позивача відпали підстави, які спонукали його до укладення цього договору, отже, відповідно до вимог ч. 1 ст. 652 ЦК України 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. Якщо сторони не досягли згоди щодо приведення договору у відповідність із обставинами, які істотно змінилися, або щодо його розірвання, договір може бути розірваний [8].

Таким чином, суд безпідставно змішав два правові інститути: ст. 607 ЦК України (припинення зобов'язання неможливістю його виконання) та ст. 652 ЦК України (зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин за ним).

Як приклад розмежування підстав припинення зобов'язання, передбачених у статтях 607, 652 ЦК України, заслуговує на увагу постанова Вищого господарського суду України від 18.10.2010 р. по справі за № 2-9/1383.1-2010(2-2/5030-2009), щодо внесення змін до договору оренди приміщення, в якій було зазначено:

• колегія суддів вважає, що суд апеляційної інстанції безпідставно застосував до спірних правовідносин ст. 607 ЦК України, оскільки в даному випадку правові наслідки набрання чинності Законом України «Про заборону грального бізнесу в Україні» зумовлені не припиненням зобов'язань за Договором на підставі ст. 607 ЦК України, а виникненням підстав для зміни договору в частині цільового використання предмета договору або для його дострокового розірвання на підставі ст. 652 ЦК України» [9].

Таким чином, суд касаційної інстанції встановив чітке розмежування підстав припинення зобов'язання, передбачених ст. 607 ЦК України, та підстав зміни (розірвання) договору, закріплених у ст. 652 ЦК України.

Висновки

Ризик неможливості виконання зобов'язань можна визначити як можливість (ймовірність) реалізації негативних наслідків у вигляді невиконання існуючого договірної зобов'язання, що пов'язано з обставиною, за яку жодна із сторін договірної зобов'язання не відповідає (відсутність вини будь-якої сторони). Ризик неможливості виконання зобов'язань за загальним правилом включається в майнову сферу особи (сторони зобов'язання), для якої його реалізація є менш обтяжливою або яка здатна контролювати такий вид ризику.

Виятком із наведеного загального правила є прострочення боржника (ч. 2 ст. 612 ЦК України); реалізація принципу свободи договору у цивільному праві, коли ризик включається у майнову сферу будь-якої із сторін у

зобов'язанні, визначеної сторонами шляхом домовленості.

У нормах статей 607, 652 ЦК України закладені різні правові інститути щодо припинення договірної зобов'язання неможливістю його виконання (ст. 607 ЦК України) чи зміни (розірвання) договору у зв'язку з істотною зміною обставин за ним (ст. 652 ЦК України).

Отримані висновки є ґрунтовною базою для проведення подальшого наукового дослідження ризику неможливості виконання договірної зобов'язання.

Список використаних джерел

1. Боднар Т. В. Договірні зобов'язання в цивільному праві (загальні положення). – К., 2007. – 280 с.
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови. – К.; Ірпін, 2005. – 1728 с.
3. Павлов А. А. Некоторые вопросы учения о невозможности исполнения обязательств // Очерки по торговому праву. – Ярославль, 2004. – Вып. 11. – С. 49–60.
4. Генкин Д. М. К вопросу о влиянии на обязательства невозможности исполнения // Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти проф. Г. Ф. Шершеневича. – М., 2005.
5. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. – К., 2013. – Т. 2. – 1120 с.
6. Заброцкая А. М. Некоторые вопросы первоначальной невозможности исполнения обязательств // Законы России: опыт, анализ, практика. – 2010. – № 12.
7. Петрищев В. С. Существенное изменение обстоятельств: правоприменение ст. 451 ГК РФ и опыт стран общего и континентального права. – М., 2007. – 60 с.
8. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Справа № 2-2527/11 від 08.06.2012 р. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24797358>.
9. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Справа № 2-9/1383.1-2010(2-2/5030-2009) від 18.10.2010 р. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11839234>.

Стаття надійшла до редакції 07.04.2014 р.

The author analyzes the concept of impossibility of performance of the contractual obligations and the risk of such impossibility. The author also describes the concept of «impossibility to perform contractual obligations» as one of the possible grounds for termination the contractual obligation, and risk of such impossibility, gives own interpretation of these concepts.

В статті аналізуються поняття «невозможность исполнения договорного обязательства» как одно из возможных оснований для его прекращения и «риск невозможности исполнения обязательства», определяется сторона договорного обязательства, на которую возлагается этот вид риска.



УДК 347.998.2

Володимир Бобрик,

канд. юрид. наук,
завідувач відділу юрисдикційних форм
правового захисту суб'єктів приватного права
Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

СУД ПРИСЯЖНИХ У ЦИВІЛІСТИЧНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ: аргументи «за» і «проти»

У статті визначаються основні судження прихильників і противників ідеї запровадження суду присяжних у цивільному, господарському й адміністративному судочинствах в Україні.

Ключові слова: правосуддя, цивілістичний процес, цивільне судочинство, суд присяжних, народні засідателі, процесуальне законодавство.

Уявлення більшості населення нашої країни про суд присяжних сформувалося під впливом кіно- та телестрічок, художньої літератури, а також повідомлень засобів масової інформації про діяльність судів присяжних в іноземних країнах, насамперед у США. І саме тому в свідомості переважної більшості наших співвітчизників суд присяжних ототожнюється з його американською моделлю, яка зважаючи на значні відмінності системи права США і рівень американського громадського суспільства не може бути використана в Україні як абсолютний взірць для наслідування.

Беручи свій початок із Великої Британії, класичний суд присяжних поширився згодом на всі континенти, трансформуючись і підлаштовуючись під правові системи та внутрішні правові традиції різних країн. Суду присяжних існували на українських землях, які перебували під владою Російської імперії й Австро-Угорщини протягом другої половини XIX ст. і на початку XX ст. Однак радянська правова доктрина не сприйняла концепцію суду присяжних, вважаючи його «буржуазним» пережитком. У радянському праві суд присяжних був замінений участю в судочинстві народних засідателів, які разом із професійними суддями колегіально розглядали та вирішували в судах першої інстанції деякі категорії цивільних і кримінальних справ. Участь у судочинстві народних засідателів, яка в переважній більшості зводилася до мовчазного «кивання головою», оголошувалась у СРСР однією з форм «безпосередньої участі трудящих у здійсненні соціалістичного правосуддя» [1].

Указані історичні обставини зумовили відсутність на сучасному етапі в нашій країні правових і соціальних традицій здійснення правосуддя судом присяжних. Проте суд присяжних притаманний судочинству багатьох демократичних і розвинутих країн. Саме тому в ч. 4 ст. 124 Конституції України закріплено, що народ безпосередньо бере участь у здійсненні правосуддя через народних засідателів і присяжних. Фактично ця конституційна норма закріплює дві форми участі народу в здійсненні правосуддя: суд присяжних і народні засідателі.

Тривалий час зазначена конституційна норма не знаходила свого реального та повного втілення в галузевому процесуальному законодавстві України, крім участі народних засідателів при вирішенні судом цивільної юрисдикції деяких категорій справ окремого провадження. При цьому роль народних засідателів при здійсненні правосуддя в таких справах як була, так і залишається, відверто кажучи, мінімальною. Разом із тим між судом присяжних і судом за участю народних засідателів є певні відмінності, розгляд яких виходить за межі цієї наукової статті та може стати предметом окремих наукових розробок.

Донедавна суд присяжних як такий взагалі не був відомий вітчизняному судочинству, хоч і декларувався Законом України «Про судоустрій України», а після 2010 р. – Законом України «Про судоустрій і статус судів». Уперше він знайшов своє запровадження в Україні (однак лише в кримінальному судочинстві) з набранням у 2012 р. чинності Кримінальним процесуальним кодексом (далі – КПК) України. Однак чинний КПК України

(ст. 31, § 2 глави 30) іменує судом присяжних суд у складі двох професійних суддів і трьох присяжних. Запровадивши таку форму суду присяжних вітчизняний законодавець фактично підмінив терміном «присяжні» поняття «народні засідателі». В інших же видах судочинства в Україні суд присяжних наразі навіть не декларується відповідними процесуальними кодексами.

Метою цієї статті є розгляд загальних аргументів за і проти запровадження в Україні суду присяжних у так званому цивілістичному процесі.

Під цивілістичним процесом чи цивілістичним судочинством ми, приєднуючись до поширеного в сучасній процесуалістиці підходу [2–4], розуміємо судочинство, яке відрізняється від конституційного та кримінального судочинства і судочинства у справах про адміністративні правопорушення. Наразі до цивілістичного судочинства в Україні слід відносити цивільне, господарське й адміністративне судочинство, кожне з яких регулюється окремим кодифікованим законодавчим актом (ЦПК України, Господарський процесуальний кодекс (далі – ГПК) України та Кодекс адміністративного судочинства (далі – КАС) України). Проте всі вони, незважаючи на юрисдикційні відмінності, ґрунтуються на єдиних фундаментальних засадах, перш за все, на позовному порядку вирішення судом справ. І це, на нашу думку, дозволяє їх спільне дослідження. Разом із тим у разі прийняття політичного рішення про запровадження суду присяжних у цивілістичному судочинстві відповідні норми процесуального права потрібно буде розробляти окремо для кожного виду судочинства з урахуванням специфіки тих категорій справ, які входять до відповідної юрисдикції (як і здійснювати відповідні підготовчі й організаційні заходи).

Питання про те, запроваджувати чи ні суд присяжних, є суто політичним. У правовій площині лежить лише часткове обґрунтування доцільності/недоцільності такого кроку та його правильне закріплення в законодавстві. Однак заслуговує на увагу те, що в нашому суспільстві погляди на суд присяжних є діаметрально протилежні: від його повного заперечення до ідеалізації. Висловлюючи ту чи іншу точку зору з приводу доцільності/недоцільності суду присяжних в Україні політики, науковці та практики використовують різні аргументи і контраргументи. Однак більшість із них обмежується лише тими аспектами, які лежать на поверхні, не замислюючись над усією глибиною даної проблематики.

Проаналізувавши як наукові, так і публіцистичні джерела, спробуємо визначити та

коротко охарактеризувати основні чинники, що впливатимуть на політичне вирішення питання про те, чи потрібен суд присяжних при вирішенні цивільних, господарських і адміністративних справ. Зазначимо, що при віднесенні тих чи інших аргументів до «за» чи «проти» ми керувалися власним сприйняттям і тлумаченням. Однак деякі обставини, які ми виділяємо як аргумент «за», можуть тлумачитись як контраргумент (аргумент «проти»), і навпаки.

Аргументи «за». Суд присяжних однозначно сприятиме викоріненню корупції у вітчизняній судовій системі, існування якої на сьогодні не є таємницею. Присяжні, з одного боку, виступатимуть своєрідним «народним оком» щодо професійних суддів, а з іншого – до них відійде найважливіше повноваження професійних суддів – прийняття рішення суду в частині вирішення питання про факти. Професійні судді під впливом фактора присяжних не матимуть можливості вчиняти корупційні діяння, що поступово позитивно вплине як на їх правосвідомість, так і на загальну правову свідомість і правову культуру наших громадян. Це створить також умови для дійсної, а не декларативної, неупередженості та незалежності суду. І це є чи не найважливіший аргумент доцільності запровадження суду присяжних, оскільки незалежність і неупередженість суддів є основними передумовами належного здійснення правосуддя. Ніякі права та гарантії їх здійснення не можуть захистити особу, якщо справа щодо неї розглядатиметься упередженим судом, незалежно від його складу. Крім того, залучення присяжних до адміністративного судочинства дозволить усунути політичний вплив на цей суд.

Суд присяжних, як і будь-яка інша форма колегіального розгляду справи, дозволить уникнути однобічності при розгляді справи та винесенні рішення, що не може виключатися при одноособовому розгляді справи.

Існування судів присяжних у силу їх близькості до народу як основного джерела влади є одним із яскравих показників дійсної демократії, правової держави та громадянського суспільства.

Діяльність судів присяжних здатна підвищити авторитет суду та правосуддя, а також довіру населення до суду як органу вирішення спорів, низький рівень яких вже став сталою ознакою національного менталітету. Соціологічні дослідження свідчать, що рівень довіри до судів за останні роки лише знижується. Так, відповідно до соціологічних досліджень компанії TNS-Україна у 2012 р. у різних регіонах України він становив 10–35 % [5]. У дослідженні громадської думки «Суспільно-політична ситуація в Україні: гру-

день-2013», проведеному Центром соціальних і маркетингових досліджень «СОЦИС» та Соціологічною групою «Рейтинг», вказується, що рівень довіри до судів у 2013 р. є найнижчим серед усіх державних органів – 13,1 % [6].

Суд присяжних привніс би істотні (у тому числі, напевно, позитивні) зміни у відносини між людьми. В американців є таке прислів'я: «Будь увічливим з усіма – ніколи не знаєш хто попаде до складу присяжних, які тебе судитимуть» [7]. Запровадження в нашій країні суду присяжних зробило б це прислів'я актуальним і для нас.

Суд присяжних посилив би заінтересованість суспільства в ефективності судочинства, адже рішення присяжних завжди викликають більшу цікавість широкого загалу, ніж рішення професіональних суддів. Це пов'язано з певною солідарністю громадян із присяжними – такими ж як і вони звичайними людьми, які при виконанні правосудних функцій втілюють в собі весь народ, а також із тим, що суди присяжних вирішують справи, що мають переважно суспільну значимість і актуальність.

Запровадження судів присяжних зумовило б і підвищення правової культури населення, загального рівня патріотизму. Покладення на значну частину населення обов'язку бути присяжним вимагає значної просвітницької та роз'яснювальної роботи з боку різних державних і громадських інституцій задля «вкладання в розум» кожного громадянина незаперечної думки про те, що виконання обов'язків присяжного є почесним громадянським обов'язком, сумлінне виконання якого винагороджується задоволенням від добре зробленої роботи, досягненням справедливості та тим, що це найцінніша робота, яку може виконати звичайний громадянин на підтримку нашої держави.

Суд присяжних може забезпечити правову справедливість, що є одним із найважливіших принципів правової держави, який реалізується, зокрема, в правозастосовній діяльності. Однак у свідомості більшості наших громадян історично укоренилося протиставлення права та справедливості. І така ситуація лише погіршується тим, що професійним суддям в Україні притаманне переважно нормативістське розуміння права, внаслідок чого вони вирішують справи за нормою права, а не за совістю. Присяжні, які в переважній більшості не мають спеціальних знань у галузі права, керуються передусім своєю совістю, своїм баченням реалій суспільного життя, а не жорсткими рамками норм права. Тому суд присяжних є більш справедливим, порівняно із судом професійних суддів. Також суд присяжних дозволить справедливо вирішувати

питання, які наразі одноособово та не завжди однозначно вирішуються професійними суддями (розмір моральної шкоди, розмір відшкодування шкоди, завданої життю та здоров'ю, розмір аліментів, відступ від засади рівності часток при поділі спільної сумісної власності тощо).

Суд присяжних дозволить реально реалізувати в судочинстві й інші оціночні категорії, що закріплюють у нормах матеріального права, зокрема, добросовісність і розумність.

Суд присяжних забезпечить реалізацію принципу безперервності судового розгляду та ймовірно прискорить безпосередній судовий розгляд справ, адже внаслідок темпоральної обмеженості участі присяжних головуєчий у судовому засіданні професійний суддя не зможе оголошувати перерви чи відкладати судові засідання на 2–3 тижні, а то й довше, як це нині має місце в непоодиноких випадках.

Запровадження суду присяжних зумовить підвищення професійного рівня юристів, які виступають представниками, насамперед, адвокатів. Такі представники будуть змушені набагато ретельніше готуватися до судових засідань і приділяти багато уваги кожній окремій справі. Також це призведе до повернення в судочинство судової риторики, яка наразі фактично нівелювалась, оскільки професійні судді, зазвичай, не зважають на пишномовність учасників процесу.

Аргументи «проти». Суди присяжних можуть діяти лише в змагальному процесі, а тому їх запровадження зумовить перехід господарського й адміністративного процесів від інквізиційного до змагального. Внаслідок цього суд втратить активну роль у доказовій діяльності, що може мати негативні наслідки для захисту прав та інтересів недостатньо кваліфікованого учасника процесу.

Суд присяжних вимагає запровадження обов'язкової участі висококваліфікованого правника (адвоката) як представника сторін при вирішенні справ. Нефахівець чи недостатньо кваліфікований фахівець без елементарної підтримки з боку суду не зможе належним чином захистити ні себе, ні інших осіб. На жаль, кваліфікаційний рівень багатьох юристів, у тому числі адвокатів, які нині виступають представниками в судах, не завжди достатній; при цьому відсутні ефективні й оперативні заходи усунення їх з процесу. Також у зв'язку з цим потрібно буде законодавчо передбачити можливість притягнення представників сторін до відповідальності за непрофесіоналізм.

Для запровадження суду присяжних необхідно провести колосальну законотворчу роботу щодо вироблення та прийняття спеціального законодавства про порядок визна-

чення, добору та залучення присяжних і внесення змін до процесуальних кодексів про особливості здійснення судочинства судом присяжних.

Суд присяжних вимагає значного ускладнення процесуальної форми. Зокрема, судовий процес буде обтяжений введенням нових і тривалих процедур відбору та відводу присяжних. Це вимагатиме і внесення відповідних змін до процесуальних кодексів.

Забезпечення судів присяжних вимагає значної організаційної діяльності з боку професійних суддів і працівників апарату суду. Також потрібно забезпечити реальну діяльність судових розпорядників.

Для присяжних потрібно створити особливі матеріально-технічні умови. І це при тому, що матеріально-технічний стан багатьох судів наразі залишає бажати кращого. Заслужовує на особливу увагу те, що більшість судів не має приміщень, пристосованих для розгляду справ судом присяжних; у деяких із них такі приміщення важко навіть переобладнати.

Основним «козирем» критики суду присяжних, навіть у тих країнах, де він вже давно застосовується, є значні витрати державних коштів на фінансування участі присяжних. Унаслідок недосконалості матеріально-технічного забезпечення судів значні бюджетні кошти потрібні будуть ще на етапі запровадження суду присяжних. Однак істотне бюджетне фінансування потрібне буде й для постійного забезпечення життєдіяльності присяжних під час виконання ними правосудних функцій (часткова компенсація заробітку, витрати на харчування, витрати на тимчасове проживання тощо).

Суд присяжних однозначно призведе до здорожчання судових витрат. Перш за все це стосуватиметься витрат на надання правової допомоги, адже більш ретельний підхід до кожної справи зумовить і вищі гонорари адвокатів.

Суд присяжних унаслідок відсутності у присяжних спеціальних правових знань при здійсненні правосуддя може вирішувати лише питання про доведеність чи недоведеність фактичної сторони справи, тобто про факт, а також деякі конкретні питання про розмір присуджених виплат чи поділ майна. Питання ж про застосування права суд присяжних не вирішує і вирішувати не може навіть апріорі, а тому це відноситься до компетенції професійного судді. Саме тому суд присяжних не завжди спроможний вирішити складні справи, в яких тісно переплітаються питання права та фактів.

Присяжні не наділяються повноваженнями, що впливають на дослідження доказів, а тому сприйняття ними фактів ґрунтується виключно на обґрунтованості та доступності

доведення до них позиції й доказів кожної із сторін, керуванні процесом розгляду справи професійним суддею.

Суд присяжних може призвести до зниження позитивної відповідальності професійних суддів за результати розгляду справ, адже фактичне вирішення справи буде покладено не на них, а на присяжних. Тому професійні судді можуть дійти висновку, що від них особливо нічого не залежить.

Будь-які правові та організаційні заходи не можуть створити гарантію того, що на лаву присяжних сядуть виключно чесні, освічені та високоморальні люди. Саме тому закон має передбачити доволі жорстку кримінальну відповідальність за неналежне виконання обов'язків присяжного.

Залучення громадянина до колегії присяжних істотно впливає на його звичайну життєдіяльність. Це створює для такої особи додаткові незручності, може відірвати її від важливих справ. Саме тому одним із найважливіших аргументів проти запровадження суду присяжних із вибором присяжних за загальним списком виборців є небажання багатьох громадян бути присяжними.

У разі вибуття будь-якого громадянина із складу присяжних потрібно залучати нового присяжного, а тому, керуючись принципом безпосередності процесу, розгляд справи має починатися з початку. Цей фактор створює додаткові передумови для судової тяганини.

Суд присяжних дуже чутливий до риторики та суспільних пристрасей, що зумовлює в окремих випадках необ'єктивність сприйняття присяжними обставин справи та винесення не об'єктивних рішень.

Досвід багатьох країн, в яких суд присяжних існує вже давно, свідчить про значне зменшення кількості справ, що розглядаються і вирішуються присяжними. Так, в Англії, в якій зароджувався суд присяжних, він наразі вже майже не застосовується. Крім того, в багатьох європейських країнах суд присяжних фактично замінено на модель спільного вирішення справи колегією у складі професійного судді (суддів) і присяжних засідателів.

Безумовно, наведені аргументи та контраргументи не є вичерпними. Однак, на нашу думку, вони є основними. Їх можна розширювати чи тлумачити дещо інакше. Але в будь-якому випадку їх потрібно враховувати при прийнятті політичного рішення про запровадження суду присяжних як суспільно-політичного інституту.

Висновки

Незважаючи на всі недоліки суду присяжних і на його певну архаїчність, ми вважаємо, що Україні суд присяжних потрібен. І не

лише в кримінальному процесі, а й цивілістичному. Саме суд присяжних, разом із участю народних засідателів, виборністю суддів, іншими формами контролю за судовою владою, на нашу думку, повинні усунути ті негативні явища, що вразили вітчизняну судову систему, не допускати їх у майбутньому та створити реальне народовладдя. Разом із тим запроваджувати суд присяжних потрібно з урахуванням не лише цінного досвіду інших країн, а й унікальності нашого законодавства, судочинства. Задля отримання того рівня правосвідомості та правової культури, який притаманний країнам, у яких суд присяжних відмирає внаслідок належної діяльності професійних суддів, Україна напевно має пройти власний шлях запровадження та розвитку суду присяжних, адже наше суспільство не знає альтернативного шляху. Однак на цьому шляху не потрібно поспішати, оскільки кожен крок має бути поступовим і виваженим. Суд присяжних має, насамперед, виправдати себе в кримінальному процесі. І лише після цього його можна впроваджувати у видах цивілістичного процесу.

Суд присяжних не є панацеєю для нашої судової влади, але він здатен істотно вплинути не лише на правосуддя в Україні, а й на все наше суспільство, наблизити його до ідеалів громадянського суспільства. Слід розуміти, що суд присяжних не може і не має бути основною формою вирішення цивільних, господарських чи адміністративних справ. Більше того, він абсолютно не потрібен при вирішенні більшості таких справ, оскільки не виправдано ускладнить їх розгляд. А тому слід обмежити категорії справ, які можуть розглядати суди присяжних. Це мають бути, насамперед, справи, для вирішення яких визначальне значення мають оціночні категорії справедливості, добросовісності, розумності, зокрема про компенсацію моральної шкоди, про відшкодування деяких видів збитків, сімейні справи, спадкові справи, а також справи, в яких можливе різне сприйняття одних і тих самих фактів (справи про поділ спільної власності, про визначення місця проживання

дитини, про позбавлення батьківських прав тощо). Слід встановити заборону об'єднання в одне провадження позовних вимог, частина з яких підлягає вирішенню присяжними, а частина ні. Процесуальне законодавство має забезпечувати вирішення справи судом присяжних виключно у справах позовного провадження та за наявності письмового клопотання однієї чи обох сторін спору. Слід встановити чіткі часові межі подання такого клопотання, наприклад до початку розгляду справи по суті. Також необхідно обмежити чи унеможливити апеляційне та касаційне оскарження рішення суду присяжних особами, які заявили клопотання про розгляд справи присяжними.

Список використаних джерел

1. Суд присяжних в Україні // Вікіпедія – вільна енциклопедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://uk.wikipedia.org/wiki/Суд_присяжних_в_Україні.
2. Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. – М., 2008. – 696 с.
3. Сахнова Т. Судебные процедуры (о будущем цивилистического процесса) // Арбитражный и гражданский процесс. – 2009. – № 2. – С. 9–13.
4. Токарева Е. В. Понятие публичного интереса в цивилистическом процессе // Право и политика. – 2011. – № 8. – С. 1248–1253.
5. Українці довіряють Церкви, українським СМІ і не довіряють ні одному політику: 05.09.2012 // Офіційний сайт дослідницької компанії TNS-Україна [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.tns-ua.com/ru/global/news/ukraincy-doverjajut-cerkvi-ukrainskim-smi-i-ne-doverjajut-odnomu-politiku>.
6. Рівень довіри населення до органів влади, підтримка їхньої відставки та дострокових виборів, вступу до ЄС та МС (грудень 2013) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://infolight.org.ua/content/riven-doviri-naseleennya-do-organiv-vladi-pidtrimka-yihnoyi-vidstavki-ta-dostrokovih-vivoriv-vstupu-does-ta-ms-gruden-2013>.
7. Пилипенко В. Суд присяжних: про і contra для України // Українська правда (сайт) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.pravda.com.ua/columns/2012/02/17/6958959/>; <http://www.pravda.com.ua/rus/columns/2012/03/3/6959880/>.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2014 р.

The article generally defines the main considerations of supporters and opponents of idea of the jury establishment in civil, commercial and administrative proceedings in Ukraine.

В статтє определяются основные суждения сторонников и противников идеи введения суда присяжных в гражданском, хозяйственном и административном судопроизводствах в Украине.



УДК 347.1

Анастасія Завгородня,*аспірантка кафедри цивільно-правових дисциплін
навчально-наукового інституту права та масових комунікацій
Харківського національного університету внутрішніх справ України*

ПРАВОВІ ПРЕЗУМПЦІЇ Й ЇХ ВПЛИВ НА ВСТАНОВЛЕННЯ ІСТИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті досліджуються сутність і походження правових презумпцій, їх класифікація.

Ключові слова: припущення, закріплені в законодавстві, правові презумпції, встановлення істини у цивільній справі.

Як правило, питання про розподіл обов'язків доказування вирішує суд шляхом застосування правових презумпцій. При цьому відступ (без достатніх підстав) від закріплених у законі презумпцій, звичай, веде до порушення закону та прав осіб, які беруть участь у справі. На нашу думку, питання визначення ролі правових презумпцій при здійсненні цивільного судочинства, їх впливу на встановлення істини у цивільній справі є актуальним.

Правові презумпції й їх вплив на розподіл обов'язку доказування були предметом дослідження в наукових роботах таких учених, як В. Воложанін, Д. Мейєр, Ю. Серіков, О. Баулін, О. Кузнецова, С. Курильов, О. Нахова, В. Феннич та ін.

Метою цієї статті є визначення ролі правових презумпцій при здійсненні цивільного судочинства й їх впливу на встановлення істини у цивільній справі на основі дослідження їх сутності, ознак і видів.

При загальній спрямованості судового пізнання на пошук об'єктивної істини можуть виникати певні складності. В деяких випадках суд, при дотриманні передбаченого законом порядку здійснення судочинства, змушений обмежуватися встановленням обставин, які в реальності можуть відповідати об'єктивній істині, а можуть і не відповідати їй. Розподіл обов'язків доказування допомагає суду встановлювати відповідність фактів дійсності та забезпечувати обґрунтованість судового рішення з високим ступенем імовірності. Відповідно до ч. 1 ст. 60 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України від

18.03.2004 р. кожна сторона має довести обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, якщо інше не передбачено законом.

Правова природа презумпцій загально-визнана як наслідок знань про закономірності об'єктивної дійсності або соціальних чи природних закономірностей. Так, С. Курильов, зазначав, що різниця між презумпціями та закономірностями знаходиться лише в глибині знань про сутність речей і явищ. Презумпція – це відображення поверхневого або до певної міри не пізнаного, сутнісного зв'язку. Презумпція не протистойть закономірності, а є сходиною до її пізнання, результатом цієї закономірності [1, с. 256–257].

Визначення правової презумпції є одним із найбільш дискусійних у праві питанням. Чинне законодавство не дає її легального визначення. Юридична наука, навпаки, містить ґрунтовне дослідження правових презумпцій. По суті, все різноманіття поглядів, наявних у науці, може бути зведене до двох основних підходів: процесуально-правового та матеріально-правового. Прихильники процесуально-правового підходу визначення правової презумпції будують його з урахуванням її процесуальних функцій, зокрема з урахуванням проблем доказування та звільнення від доказування [2, с. 241–242; 3, с. 168; 4, с. 3; 5, с. 5]. У цілому під юридичною презумпцією розуміють припущення, що звільняє сторону від доказування факту при доведеності інших фактів, які з ним пов'язані.

Я. Штутін визначає суть і функціональне призначення презумпції як логічний прийом, що дозволяє суду в передбачених зако-

ном випадках або коли це впливає із змісту закону визнавати істинним існування (неіснування) факту, який підлягає встановленню, не вимагаючи доказів від сторони, яка посиляється на нього, а також як можливість покласти його в основу судового рішення, якщо цей юридичний факт за припущенням є прямим наслідком чи причиною іншого доведеного факту та не спростується в ході судового розгляду [6, с. 86].

Прихильники матеріально-правового підходу акцентують увагу на взаємозалежності передбачуваного факту та факту встановленого (підстави презумпції). Так, Д. Мейер та В. Ойгензіхт вважають, що презумпцією є визнання ймовірності існування факту [7, с. 98; 8, с. 31].

Встановлення ознак, характерних для всіх видів правових презумпцій, дозволить повніше розкрити сутність і вплив останніх на встановлення істинних чи ймовірних знань про факти, що підлягають встановленню для вирішення цивільної справи. Загальновизнаною ознакою є ймовірність виведення знань про об'єкт припущення (в юридичному сенсі презумпція батьківства та презумпція невинуватості обвинуваченого в учиненні злочину абсолютно рівні, хоч і мають різний ступінь ймовірності). Об'єктом припущення є факти, становище, правовідносини (для зручності використовується узагальнена категорія «факт»). Відповідний факт як об'єкт припущення завжди має позитивну або негативну характеристику, оскільки у презумпції робиться висновок або про наявність, або про відсутність факту. Важливою характеристикою будь-якої презумпції є перехід від встановленого факту-основи до презюмуємого факту без процедури доказування. Такого роду факти аж ніяк не встановлені, а лише передбачаються, оскільки подібне припущення ґрунтується на життєвому досвіді та в переважній більшості випадків відповідає дійсності [9, с. 24].

Дослідження сутності правових презумпцій неможливе без аналізу їх за видовими ознаками, що відображають неоднорідність їх ролі при правозастосуванні. В юридичній науці виділяють *неспростовні презумпції* – припущення, закріплені в законі, про наявність або відсутність певних фактів, що не підлягають сумніву та доказуванню (презумпція виникнення правоздатності людини в момент її народження; презумпція недієздатності неповнолітньої особи). *Спростовні презумпції* – це припущення про наявність або відсутність певних фактів, що не підлягають сумніву, поки щодо них не буде доведено інше (презумпція невинуватості особи) [10, с. 406].

Види презумпцій за субординацією поділяють на: *матеріально-правові*, які містять положення про наявність (відсутність) певного юридичного факту при існуванні інших фактів, що можуть стосуватися іншого суб'єкта, певних правовідносин або неозначеного кола осіб; *процесуально-правові*, які виключають необхідність надання доказів для ухвалення рішення або вказують на суб'єкта, на якого покладається обов'язок доказування, чим обумовлюється порядок застосування норм процесуального права. Останні мають передумовою матеріально-правову презумпцію. У більшості правових норм матеріальні та процесуальні види презумпцій взаємопов'язані та допомагають вирішити справу, оскільки скорочують і спрощують процес доказування. До таких презумпцій належать: презумпція батьківства дитини, яка народилась у зареєстрованому шлюбі; презумпція рівності частини кожного з подружжя при поділі майна, спільно нажитого в шлюбі; презумпція смерті особи, яка була безвісно відсутня понад три роки [10, с. 407].

Поділ презумпцій на фактичні та правові є класифікацією, в основу якої покладено факт закріплення цієї категорії в нормах права. Фактичні презумпції – це припущення, не закріплені в нормах права. До проблеми класифікації презумпцій на фактичні та правові в науці склалося два підходи. Позитивний підхід до визначення фактичних презумпцій представляють Д. Мейер, Г. Дормідонтов, Є. Васильовський, В. Камінська, А. Клейнман, В. Бабаєв та ін. [8, с. 98–121; 9, с. 25; 11, с. 6; 2, с. 242; 4, с. 34–39; 12, с. 47], а негативістський – М. Строгович, Ю. Грошевич, В. Ойгензіхт, О. Баулін [3, с. 185; 13, с. 108; 8, с. 18; 14, с. 215–219] та інші (вони не визнають за фактичними презумпціями ніякої ролі в праві). З точки зору визначеності термінів, на думку Ю. Серікова, фактична презумпція – це загальне припущення у сфері права, яке не маючи нормативного закріплення в суворому сенсі не може називатися презумпцією [15, с. 36]. С. Алексєєв вказував, що правова презумпція, існуючи як елемент нормативної системи [16, с. 52], в обов'язковому порядку має ознаку нормативного закріплення (пряме та непряме). Зазначений підхід підданий критиці, зміст якої полягає в тому, що фактичні презумпції, хоч і не закріплені в нормах права, не тягнуть юридичних наслідків і не обов'язкові для суду, проте мають певне правове значення.

За формою закріплення в нормах права презумпції поділяються на *прямі* та *непрямі*. Правова презумпція є прямою за формою закріплення, якщо норма права безпосередньо

викладає відповідне положення. Непрямими правовими презумпціями, як вказує В. Бабаєв, є припущення, що не викладаються безпосередньо в нормах, але їх можна вивести шляхом умовиводів [12, с. 17]. Такі презумпції характеризуються тим, що в правовій нормі відсутнє посилання на розподіл обов'язку доказування [8, с. 42] та виводяться шляхом тлумачення норм права [17, с. 74]. Наукова позиція О. Боннера полягає у тому, що законні презумпції в праві існують. Якщо ж послідовно дотримуватися протилежної точки зору, то необхідно зробити висновок про необхідність ліквідації окремих інститутів цивільного права, заснованих на презумпціях (визнання громадянина безвісно відсутнім, оголошення громадянина померлим). Крім того, у деяких категоріях справ позивачі та суд були б поставлені в досить складне становище, пов'язане з необхідністю доведення вини заподіювача шкоди, невідповідності дійсності поширених відомостей тощо [18, с. 280].

Є. Веденєєв не погоджується з виділенням непрямих презумпцій та вважає, що припущення мають закріплюватися в законах і формулюватися так, щоб не потрібно було їх розширене тлумачення [19, с. 46]. Позицію заперечення непрямого закріплення презумпцій висловлює М. Цуканов, на думку якого, єдино виправданим є тільки прямий спосіб їх закріплення [20, с. 508].

Незважаючи на складності у виявленні непрямих презумпцій, вони відіграють важливу роль у правовому регулюванні, є засобом для суду при вирішенні особливо складних справ, що дозволяє їм переходити в розряд закріплених у законі припущень про значимі факти. Непрямі презумпції самостійно регулюють правовідносини та мають у деяких випадках статус правового принципу. До числа таких припущень, як зазначають В. Бабаєв і А. Ціхоцький, належить презумпція знання закону [21, с. 328–329; 22, с. 282].

Будь-яке припущення лише надає судженням ймовірний, але не істинний, сенс і можуть бути спростовані. На ймовірність презумпцій вказував ще С. Муромцев: джерело презумпцій полягає в неможливості для судді в усіх випадках дійти до істини, внаслідок чого право дозволяє судді керуватися в деяких випадках припущеннями, виведеними на підставі ймовірності з даних досвіду життя [23, с. 100]. У свою чергу, С. Курильов зазначив, що судовоє пізнання є пізнанням, за якого презумпція як наслідок неповної індукції ставала об'єктивною неможливістю достовірного встановлення фактів [24, с. 64–65]. Таким чином, якщо засновником індуктивного

умовиводу є ймовірний факт, то й висновок характеризуватиметься ймовірністю.

Істина в контексті з презумпціями на ранніх етапах трактувалася юристами як вторинний елемент, оскільки сутність знання в галузі права майже завжди базується на ймовірнісних судженнях. Така позиція, що стосується презумпцій та їх співвідношення з принципом істини в цивільному судочинстві, ґрунтувалася на протиставленні публічно-правового порядку та приватних інтересів. Закономірність була помічена І. Оршанським, який вважав, що презумпції є однією з форм боротьби між принципом особистості ініціативи та свободи волі, з одного боку, і суспільною волею як представницею спільних інтересів – з іншого [25, с. 251]. Слід погодитися з позицією С. Курильова, що в основу будь-якої встановленої законом презумпції покладена велика ймовірність наявності одних обставин, яка знайдена шляхом численних спостережень, при достовірному встановленні інших [26, с. 257].

У силу завдань цивільного судочинства з встановлення істини у справі обов'язок доказування в цивільному процесі розподіляється так, щоб висновок суду за неможливості достовірного встановлення факту був якомога ближчим до істини. Тому в основу всіх презумпцій, за допомогою яких у ряді випадків розподіляється доказування, покладена максимальна або велика ймовірність [2, с. 498]. Зокрема, визнання існування доказового факту шляхом застосування презумпції (наприклад, відповідно до ст. 146 ЦПК України) у разі ухилення від проведення експертизи слід вважати засобом, що впливає на встановлення істини. Згідно з цією нормою суд вправі визнати встановленим або спростованим факт, для з'ясування якого призначалася експертиза, якщо сторона ухиляється від участі в її проведенні з неповажних причин. Встановлення факту, який має значення для справи, за допомогою інших доказів, як правило, неможливе. Висновки суду з очевидністю не відповідають реальній дійсності, оскільки докази не досліджувались, але вони необхідні, щоб подолати невиконання однією із сторін своїх процесуальних обов'язків і здійснити правосуддя у справі. З точки зору М. Треушнікова зазначені норми є доказовими презумпціями [27, с. 65].

Доказові презумпції відіграють особливу правову роль при встановленні істини у справі. Доказовою презумпцією, на думку М. Треушнікова, є встановлене припущення про існування факту або його відсутність, поки не доведено інше [27, с. 63]. А. Сергун вважає, що доказова презумпція – це встановлене зако-

ном припущення про те, що певний факт існує, якщо доведені деякі інші пов'язані з ним факти [28, с. 187]. Доказова презумпція розглядається як припущення, закріплене законом, що встановлює приватне правило (або змінює загальне правило) розподілу обов'язків із доказування та має всі ознаки спростовної презумпції [29, с. 6–7]. Доказові презумпції є правовим засобом, що врівноважує інтереси сторін, який передбачений нормою права та при використанні якого припускається існування презюмованого факту без його доказування в інтересах однієї сторони, якщо він не буде спростований протилежною стороною в судовому порядку [30, с. 6].

Ми не поділяємо думку про те, що висновок суду, заснований на неспростовній презумпції, достовірний в силу закону. Доказові презумпції забезпечують досягнення бажаного з точки зору законодавця результату за об'єктивної неможливості отримання достовірного знання про обставини справи [31, с. 11–12]. Зокрема, оголошення громадянина померлим, на відміну від смерті, встановлює лише припущення, але не факт смерті. Аналогічним чином підкреслюється, що оголошення громадянина померлим засноване на презумпції смерті громадянина [32, с. 17]. Незважаючи на ймовірний характер факту смерті фізичної особи, застосування такої презумпції тягне за собою такі істотні юридичні наслідки, як, зокрема, спадкування. У цьому зв'язку ми не підтримуємо позицію Н. Ткачова, який вказував на достовірність фактів, встановлених завдяки презумпціям [33, с. 57]. О. Тарбагаєва також стверджувала, що результат пізнання, досягнутий судом із використанням презумпцій, має об'єктивно-істинний і достовірний характер. Об'єктивно-істинний висновок про типовість певного взаємозв'язку явищ, покладений в основу юридичного припущення, є достатнім доказом висновку про наявність передбачуваного факту [34, с. 5].

Слід зазначити, що у більшості випадків результат пізнання, досягнутий судом із використанням презумпцій, має істинний характер (як заснований на знаннях про закономірності та сутність дій і явищ). Однак неоспорювання презумпцій, що не відповідають істині, може бути пов'язано з помилкою заінтересованої особи, у зв'язку з допущеною судовою помилкою, яка згодом може бути як виправлена, так і не виправлена. У зв'язку із викладеним, на нашу думку, доцільно виходити з високого ступеня ймовірності фактів, що презюмуються.

Враховуючи мету та завдання судочинства, нездійснення особами, які беруть участь

у справі, обов'язку доказування або наявність презумпції не може звільняти суд від обов'язку перевірки істинності факту, якщо виникають сумніви, що припущення про його наявність не відповідає дійсності. У зв'язку з цим існує неузгодженість між публічно-правовими інтересами, які зумовлені призначенням цивільного судочинства, та приватноправовими, засобами реалізації яких є засади змагальності та диспозитивності. Відповідно до ст. 10 ЦПК України сторони й інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості. Кожна сторона повинна довести обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень. Суд лише сприяє всебічному та повному з'ясуванню обставин справи шляхом роз'яснення особам, які беруть участь у справі, їх прав та обов'язків, попереджає про наслідки вчинення або невчинення процесуальних дій і сприяє реалізації їх прав у випадках, встановлених законом. З огляду на обмеження втручання держави у сферу приватних інтересів громадян змінюється і характер істини, яка встановлюється в результаті здійснення судочинства, набуваючи ознак формальності.

Висновки

Застосування правових презумпцій у цивільному судочинстві може вплинути на ухвалення рішення на основі фактів, які, залежно від обставин, встановлені з різним ступенем імовірності (оскільки суд на підставі закону може з'ясувати обставини по справі тільки в тому обсязі, який буде повідомлений сторонами у зв'язку з виконанням ними обов'язку доказування та в силу правових презумпцій). Правові презумпції є засобом встановлення обставин, якщо відсутні докази існування фактів, які мають значення для справи, але доведені інші обставини, що мають безпосередній зв'язок з первісними. Такий порядок може сприяти встановленню фактів із різним ступенем імовірності й ухваленню рішення у цивільній справі на основі високого ступеня достовірності та ймовірності.

Список використаних джерел

1. *Курылев С. В.* Избранные труды. – Минск, 2012. – 607 с.
2. *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса. – М., 2003. – 464 с.
3. *Строгович М. С.* Учение о материальной истине в уголовном процессе. – М.; Л., 1947. – 276 с.
4. *Каминская В. И.* Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. – М.; Л., 1948. – 132 с.

5. Воложин В. П. Юридические предположения в советском гражданском праве и процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1953. – 25 с.
6. Штутин Я. Л. Предмет доказывания в гражданском процессе. – М., 1963. – 186 с.
7. Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, скрытых и притворных действиях. – Казань, 1854. – 127 с.
8. Ойгензигт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. – Душанбе, 1976. – 190 с.
9. Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. – Казань, 1895. – 185 с.
10. Скакун О. Ф. Теорія права і держави. – К. – 520 с.
11. Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе: критико-догматическое исследование. – Х., 1905. – 392 с.
12. Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. – Горький, 1974. – 124 с.
13. Грошевой Ю. М. Проблемы формирования судейского убеждения в уголовном судопроизводстве. – Х., 1975. – 144 с.
14. Баулин О. В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. – М., 2004. – 272 с.
15. Сериков Ю. А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. – М., 2008. – 184 с.
16. Алексеев С. С. Общая теория права: В 2 т. – М., 1982. – Т. 2. – 360 с.
17. Кузнецова О. А. Презумпции в российском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2001. – 217 с.
18. Боннер А. Т. Проблемы установления истины в гражданском процессе. – СПб., 2009. – 832 с.
19. Веденеев Е. Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 43–49.
20. Цуканов Н. Н. О критериях правовой презумпции // Законодательная техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование. В 2 т. – Нижний Новгород, 2001. – Т. 1. – С. 507–509.
21. Бабаев В. К. Презумпции в российском праве и юридической практике // Проблемы юридической техники. – Нижний Новгород, 2000. – С. 328–329.
22. Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. – Новосибирск, 1997. – 392 с.
23. Муромцев С. А. О консерватизме римской юриспруденции: Опыт по истории римского права. – М., 1875. – 192 с.
24. Курылев С. В. О достоверности и вероятности // Правоведение. – 1968. – № 1. – С. 63–74.
25. Оршанский И. О. Проблема доказывания в советском гражданском процессе. – М., 1951. – 295 с.
26. Курылев С. В. Установление истины в советском правосудии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1967. – 30 с.
27. Треушников М. К. Судебные доказательства. – М., 1997. – 320 с.
28. Гражданский процесс / Под ред. М. С. Шакарян. – М., 1993. – 560 с.
29. Нахова Е. А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004. – 22 с.
30. Феннич В. П. Доказові презумпції в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 19 с.
31. Барашков С. А. Достоверность и вероятность в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1986. – 22 с.
32. Попова Ю. А. Признание граждан безвестно отсутствующими. – М., 1985. – 80 с.
33. Ткачев Н. И. Законность и обоснованность судебных постановлений по гражданским делам. – Саратов, 1987. – 108 с.
34. Тарбагаева Е. Б. Юридические предположения в гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1983. – 22 с.

Стаття надійшла до редакції 25.02.2014 р.

Investigated the nature and origin of legal presumptions, their classification.

В статье исследуются сущность и происхождение правовых презумпций, их классификация.



УДК 351.9

Сергій Вітвіцький,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри загальноправових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

АДМІНІСТРАТИВНИЙ КОНТРОЛЬ У СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО КОНТРОЛЮ

Стаття присвячена аналізу змісту адміністративного контролю як відносно самостійного виду державного контролю.

Ключові слова: контроль, державний контроль, адміністративний контроль, система адміністративного контролю, система контрольних органів, що здійснюють адміністративний контроль, урядовий контроль, відомчий контроль, місцевий контроль, адміністративний нагляд.

Для сучасного етапу розвитку Української держави особливе значення має проблема державного контролю. Сьогодні наша країна гостро потребує дієвого державного контролю, оскільки саме від нього багато в чому залежить ефективність функціонування держави. Ускладнює ситуацію та обставина, що в Конституції України питання державного, зокрема адміністративного, контролю не знайшли системного відображення.

В умовах формування громадянського суспільства розгляд питань здійснення адміністративного контролю та його ефективності є необхідною передумовою проведення конструктивного діалогу між інститутами громадянського суспільства та владними структурами.

Контроль є категорією складною, багатоаспектною, що дедалі активніше стає предметом наукового дослідження. Зокрема, теоретичним підґрунтям статті стали роботи таких українських і російських учених у сфері теорії держави та права, конституційного й адміністративного права, як В. Авер'янов, Л. Акопов, О. Андрійко, Ю. Битяк, В. Гаращук, В. Горшенев, О. Грицаєнко, А. Гурін, А. Джагарян, В. Дорош, А. Завалунов, Д. Зеркін, Є. Кочерін, В. Малиновський, П. Манченко, К. Марков, О. Маштакова, О. Ноздрачев, А. Присяжнюк, М. Студенікіна, А. Тарасов, В. Шестак та інші. Зазначені науковці зробили вагомий внесок у дослідження питань державного контролю, їх роботи не втратили свого теоретичного та методологічного потенціалу і використовуються як вихідні у процесі сучасного пізнання контролю. Проте питання вивчення адміністративного контролю в системі державного контролю залишаються недостатньо дослідженими, що і зумовлює **мету цієї статті**.

Контроль є об'єктивним суспільним явищем, що притаманне кожній соціальній системі та є основним елементом державної влади. Державний контроль – одна з форм здійснення державної влади, забезпечення додержання законів та інших нормативних актів, що видаються органами держави, система державних органів перевірки. Контроль здійснюють тією чи іншою мірою всі суб'єкти державного управління, оскільки в межах своєї компетенції контролюють виконання прийнятих рішень, дотримання законодавства в діяльності всієї системи, окремої галузі чи структурної управлінської ланки [1, с. 211–238].

Суспільство реалізує контрольну діяльність, перш за все, через державу, яка як офіційний представник суспільства бере на себе функцію регулювання процесів, що відбуваються в суспільстві, здійснює контроль за їх доцільністю відповідно до поставлених завдань, у межах діючих норм і правил. Держава, регулюючи «загальні справи», контролює виконання їх різними органами й організаціями, захищає інтереси особи та суспільства, здійснює заходи з охорони їх інтересів [2, с. 7]. Слід зазначити, що в цьому процесі важливу роль відіграє адміністративний контроль, який є державним контролем, що здійснюється органами та посадовими особами виконавчої влади всередині системи виконавчої влади.

Виокремлення адміністративного контролю в системі державного контролю зумовлено офіційною класифікацією, яка відображена у ст. 6 Конституції України, що закріпила поділ державної влади на законодавчу, виконавчу, судову. Згідно з конституційним принципом поділу влади в Україні розрізняється контроль органу законодавчої влади – парламенту, органів виконавчої та судової вла-

ди. Проте у сучасній правовій доктрині зазначається не тільки про законодавчу, виконавчу та судову владу, але й про президентську, прокурорську тощо [3, с. 92–93]. Зазначене й зумовлює виокремлення відносно самостійних президентського, прокурорського та інших видів контролю в системі державного контролю.

В умовах реформування державного механізму, впровадження принципів Декларації Відкритого Уряду щодо відкритості та прозорості державної політики, залучення до її формування інститутів громадянського суспільства, забезпечення професійної чесності в державному управлінні одне з центральних місць у системі державного контролю посідає адміністративний контроль, що здійснюється органами виконавчої влади. Саме їх контроль прийнято називати адміністративним, оскільки органи виконавчої влади нерідко називають органами державного управління (у вузькому значенні), а термін «адміністрація» походить від лат. *administratio* – керування, управління, одне із значень цього терміна – органи виконавчої влади [4, с. 23]. Об'єктом такого контролю можуть бути будь-які дії та рішення, що їх здійснюють і приймають інші органи виконавчої влади, дотримання та виконання правових приписів, законність і доцільність управлінської діяльності. Підставами для здійснення такого контролю може бути ініціатива, що належить як органу виконавчої влади, посадовій особі, так і іншим державним органам, громадській організації, а також безпосередньо звернення громадян [5]. Можливість ініціювання адміністративного контролю громадськістю є важливою гарантією демократичної, правової держави, що має на меті посилення партнерської взаємодії органів виконавчої влади й інститутів громадянського суспільства. Проте така участь громадськості на сьогодні є недостатньо розвинутою та забезпеченою з боку держави.

У чинному законодавстві встановлена система органів виконавчої влади, що зумовлює розмежування за суб'єктами таких видів адміністративного контролю, як: вищий (урядовий контроль), відомчий (контроль центральних органів виконавчої влади), місцевий (контроль місцевих органів виконавчої влади). Зазначений поділ не тільки забезпечує цілісність та ієрархічність адміністративного контролю, а й є передумовою єдності всієї контрольної системи.

Виходячи із змісту ст. 113 Конституції України, Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Звідси випливає, що у системі адміністративного контролю вищий адміністративний контроль здійснюється саме урядом. Відповідно до Закону України «Про Кабінет Міністрів України» від 27.02.2014 р. Кабінет Міністрів України здійснює виконавчу владу безпосередньо і через міністерства, інші централь-

ні органи виконавчої влади, Раду міністрів Автономної Республіки Крим та місцеві державні адміністрації, спрямовує, координує та контролює діяльність цих органів. Так, механізм здійснення контролю за організацією роботи з виконання центральними та місцевими органами виконавчої влади завдань, визначених законами України, постановами Верховної Ради України, актами та дорученнями Президента України і Кабінету Міністрів України визначається постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку проведення перевірки стану виконавської дисципліни в органах виконавчої влади» від 15.09.2010 р. Метою перевірки стану виконавської дисципліни в органах виконавчої влади урядом є забезпечення високої ефективності та дотримання строків виконання завдань, визначених актами законодавства та дорученнями, а також надання необхідної допомоги керівникам органів виконавчої влади і підготовка рекомендацій для поліпшення стану виконавської дисципліни.

Контроль центральних органів виконавчої влади – найбільш поширений варіант здійснення контролю у сфері публічного адміністрування. На відміну від урядового контролю, що має загальний інформаційно-аналітичний характер, контроль з боку центральних органів виконавчої влади відіграє важливу роль у зміцненні законності та службової дисципліни [5, с. 361]. Нормативною основою порядку діяльності центральних органів виконавчої влади України, систему яких складають міністерства й інші центральні органи виконавчої влади, визначає Закон України «Про центральні органи виконавчої влади».

Одним із основних завдань центральних органів виконавчої влади є здійснення державного нагляду (контролю), що виражається у функціях і повноваженнях контролюючих органів центрального рівня. Контрольно-наглядові функції центральних органів виконавчої влади спрямовані на дотримання державними органами, органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, юридичними та фізичними особами актів законодавства. Також центральні органи виконавчої влади наділені повноваженнями щодо видання наказів організаційно-розпорядчого характеру, що надає їм можливість організовувати та контролювати їх виконання. Серед центральних органів виконавчої влади можна виокремити органи, здійснення контролю для яких є основним напрямом діяльності (наприклад, Державна інспекція України з контролю за цінами, Державна інспекція України з питань праці, Державна фінансова інспекція тощо), й органи, здійснення контролю для яких є лише одним із численних напрямів діяльності (Міністерство внутрішніх справ України, Державна міграційна служба України, Антимонопольний комітет України тощо). Слід зазначити, що контрольна діяль-

ність зазначених органів істотно відрізняється від контролю Кабінету Міністрів України завданнями, повноваженнями, формами та способами їх реалізації, а також правовими наслідками.

Конкретними проблемами у сфері відомчого контролю є питання системи органів виконавчої влади та розмежування їх контрольної компетенції. З цього приводу заслуговує на увагу точка зору Б. Лазарева, який вважає, що необхідною є цілісна контрольна система, для створення якої необхідно провести «інвентаризацію» всіх контрольних апаратів у кожній галузі й інших сферах управління та спростити дублюючі ланки [6, с. 165]. А. Присяжнюк зазначає, що контроль має отримати більш конкретну регламентацію у локальних компетенційних актах – про конкретні міністерства та відомства й їх підлеглі ланки [7, с. 81]. Необхідною є регламентація правового статусу контролюючих органів із конкретизацією функціональних і процесуальних механізмів здійснення контролю та визначення наслідків відомчого контролювання.

У свою чергу, контроль, який здійснюється місцевими органами виконавчої влади – місцевими державними адміністраціями та територіальними органами центральних органів виконавчої влади, хоч і має значно менший обсяг, але найбільш наближений до контрольованих об'єктів [8, с. 316]. Порядок діяльності зазначених суб'єктів регламентується Законом України «Про місцеві державні адміністрації» від 09.04.1999 р. Так, обласні державні адміністрації в межах своїх повноважень спрямовують діяльність районних державних адміністрацій і здійснюють контроль за їх діяльністю. У свою чергу, з питань здійснення повноважень місцевих державних адміністрацій керівники територіальних органів міністерств та інших центральних органів виконавчої влади підзвітні, підконтрольні головам відповідних місцевих державних адміністрацій. Як свідчить практика, сьогодні актуальним завданням державного управління є подальше налагодження ефективної взаємодії місцевих органів державної виконавчої влади з органами місцевого самоврядування, інститутами громадянського суспільства із встановленням взаємних механізмів контролю та відповідальності.

Сьогодні в умовах політичної та конституційної кризи внесення змін до чинного законодавства щодо приведення його у відповідність із Конституцією України в частині здійснення адміністративного контролю, налагодження ефективної взаємодії державних органів виконавчої влади з іншими органами державної влади та місцевого самоврядування, громадськими об'єднаннями тощо має на меті підвищення його результативності в цілому, забезпечення ефективної роботи всього механізму сучасної Української держави.

Заслуговує на увагу точка зору деяких російських науковців, відповідно до якої контрольні повноваження органів виконавчої влади можна поділити на дві групи: повноваження, властиві інформаційно-аналітичній стадії контролю; повноваження, властиві регулюючій стадії контролю [9, с. 102]. До першої групи належать повноваження, спрямовані на збір інформації про відповідність або невідповідність діяльності підконтрольного (піднаглядного) суб'єкта чинному законодавству, заданим параметрам і еталонам, а також на обробку отриманої інформації, перевірку й аналіз усіх фактів, узятих у сукупності. Зазначену групу повноважень можна доповнити ще повноваженнями дозвільного характеру, які реалізуються за допомогою різного роду перевірок, ревізій, аудиту, інвентаризацій, обстежень, різних експертиз, лабораторних аналізів, контрольних випробувань, контрольних закупівель, витребування документів, заслуховування звітів, отримання пояснень посадових осіб, видачі ліцензій, атестації, розгляду заяв і скарг громадян, їх об'єднань і т. д. До другої групи входять повноваження, пов'язані з сигналізацією компетентними органами про результати проведених контрольних заходів. Ця група повноважень може виражатися у формі вимоги, пропозиції про усунення недоліків, постановки питання про прийняття відповідних заходів, притягнення до відповідальності тощо.

У науковій літературі також звертається увага на недоліки адміністративного контролю. На думку А. Гуріна, аналіз системи державного контролю, що здійснюється органами виконавчої влади, дозволяє виокремити такі її недоліки: відсутність чіткої та повної нормативно-правової основи державного контролю (відсутні методологічна база його проведення, загальні правила, системність, повторюваність, стабільність); невикористання сучасних та апробованих у розвинутих країнах технологій контролю (не розглядаються нові підходи до напрямів і пріоритетів у діяльності органів державного контролю); відсутність надійної правової, матеріально-технічної та соціальної основи державних контролерів; невідповідність контрольної діяльності державних органів висунутим вимогам (неефективність контрольної діяльності державних органів); невизначеність чіткого місця та ролі кожного суб'єкта державного контролю в його цілісній системі (відсутнє чітке розмежування сфер діяльності, нерациональний розподіл обов'язків між суб'єктами контролю) [10, с. 127–128]. Перелічені недоліки мають загальний характер і притаманні й українській моделі адміністративного контролю. У вітчизняній науці адміністративного права звертається увага на таку негативну характеристику адміністративного контролю, як «відомчість», тобто діяльність, що здійснюється в межах однієї системи адміністративних ор-

ганів, яка не завжди може бути об'єктивною [8, с. 313]. Разом із тим перевагами такого виду контролю є професіоналізм, більша оперативність, ширший обсяг контролю.

Заслугує на увагу й наукове положення, висловлене Г. Грачевим та Є. Шоріною, щодо нетотожності понять «система контролю» і «система контрольних органів» [11, с. 7; 12, с. 79]. У чинному законодавстві все частіше використовується термін «система контролю», але зміст, що в нього вкладається, не є ідентичним: в одних випадках система контролю отожднюється із сукупністю контролюючих органів, в інших – цим поняттям охоплюються напрями контрольної діяльності. Вважаємо, що і система адміністративного контролю не є тотожною системі контрольних органів, що здійснюють адміністративний контроль. Система адміністративного контролю є більш широким поняттям, що охоплює як суб'єктів контролю, так і об'єкт, засоби, мету контролю тощо.

За радянських часів в юридичній літературі питання адміністративного контролю та нагляду були предметом дослідження науковців. Так, на думку М. Студенікіної, наглядом є певного роду звужений контроль, однак звужений лише у сфері свого застосування [13, с. 25]. Вона вважає, що адміністративний нагляд є різновидом надвідомчого контролю, формою активного спостереження, що супроводжується застосуванням у необхідних випадках заходів адміністративно-владного характеру [14, с. 20]. Подібної позиції дотримується Є. Старосьцяк, який визначає адміністративний нагляд як службову функцію відносно нагляду взагалі [15, с. 19]. Також нагляд розглядався як основа діяльності органів внутрішніх справ, визначався як систематичне спостереження органів управління за точним і неухильним виконанням загальнообов'язкових правил з метою попередження, припинення їх порушень, виявлення та притягнення порушників до відповідальності або застосування до них заходів громадського впливу [16, с. 10]. Роботи радянського періоду мають методологічне значення в питанні вивчення адміністративного контролю, проте істотні перетворення, що відбулися в сучасній системі державних органів виконавчої влади, потребують ґрунтовного переосмислення.

У сучасній науковій літературі питання співвідношення адміністративного контролю та нагляду й досі залишається остаточно не вирішеним. Так, Д. Бахрах визначає адміністративний нагляд як надвідомчий, спеціалізований, систематичний контроль державної адміністрації за дотриманням громадянами й організаціями правових і техніко-правових норм [17, с. 358]. У свою чергу, В. Чиркін розглядає нагляд і контроль як два близькі між собою функціональні інститути, що мають деякі відмінності [18, с. 64]. Досить

поширеною є думка про співвідношення контролю та нагляду як цілого і частини. Термін «контроль» трактують змістовніше, повніше за термін «нагляд», оскільки він включає можливість не тільки наглядати, тобто спостерігати за законністю та ставити питання про усунення, а й усувати їх своєю владою [19, с. 61]. У наукових роботах наводяться різні трактування поняття «нагляд», що дозволяє відокремлювати його від поняття «контроль».

Важливо усвідомлювати, що контроль не обмежується спостереженням за правильною реалізацією обов'язкових нормативних настанов. Органи контролю отримують інформацію (спостерігають) не тільки за правомірністю діяльності підконтрольного суб'єкта, а й за тим, наскільки останній правильно, ефективно та доцільно використовував при цьому надані йому повноваження і ресурси [16, с. 71]. Організаційні форми контролю та нагляду можуть збігатися (наприклад, цільові перевірки, інспекції), правові ж форми нагляду ширші та різноманітніші (наприклад, видавання дозволів, ліцензій тощо). У процесі контролю можуть застосовуватися заходи дисциплінарного впливу щодо винних осіб, у процесі ж адміністративного нагляду – заходи адміністративного впливу щодо фізичних і юридичних осіб [20].

У науковій літературі зазначається, що нагляд є формою контрольної функції, він не охоплює всіх її аспектів [21, с. 51]. Якщо сутність контролю полягає у перевірці на відповідність заданим параметрам, то набір цих параметрів може бути дуже варіативним, включати різні кількісні й якісні характеристики. Контроль охоплює будь-які аспекти діяльності, у тому числі перевірку доцільності її здійснення, тобто відповідність дій поставленим цілям. Відповідно нагляд не вирішує всього комплексу поставлених перед контрольною функцією завдань. При нагляді йдеться про спостереження за дотриманням форми: перевіряються процедури, порядок, правильність виконання доручень, а отриманий результат залишається за межами нагляду. У ході нагляду відбувається спостереження за реалізацією прав у суб'єктивному сенсі.

Слід зазначити, що на законодавчому рівні, на відміну від теоретичних праць, поняття контролю та нагляду, як правило, не розмежовуються. Так, в Законі України «Про центральні органи виконавчої влади» зазначено, що центральні органи виконавчої влади наділені повноваженнями здійснювати державний нагляд (контроль). Законодавець у Законі України «Про адміністративний нагляд за особами, звільненими з місць позбавлення волі» від 01.12.1994 р. визначає адміністративний нагляд як систему тимчасових примусових заходів спостереження та контролю за поведінкою окремих осіб, звільнених із місць позбавлення волі. У Законі

України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» від 24.02.1994 р. у ст. 39 зазначається, що «державний санітарно-епідеміологічний нагляд – це діяльність органів, установ та закладів державної санітарно-епідеміологічної служби з контролю за дотриманням юридичними та фізичними особами санітарного законодавства з метою попередження, виявлення, зменшення або усунення шкідливого впливу небезпечних факторів на здоров'я людей та по застосуванню заходів правового характеру щодо порушників». У Законі України «Про метрологію та метрологічну діяльність» від 11.02.1998 р. в одному із його розділів «Державний метрологічний контроль і нагляд» відсутнє розмежування понять «контроль» і «нагляд». Проаналізована частина законодавства є прикладом необхідності розмежування зазначених понять і наповнення їх реальним юридичним змістом.

Висновки

Проведений аналіз дозволяє стверджувати, що адміністративний контроль і нагляд співвідносяться між собою як ціле та частина, призначення яких спрямоване, насамперед, на спостереження, перевірку поведінки чи діяльності суб'єктів і реагування у разі виявлення правопорушення. Разом із тим юридична наука потребує точності вживання різних термінів, тому доцільно було б закріпити на законодавчому рівні визначення цих понять.

Адміністративний контроль здійснюється розгалуженою системою органів виконавчої влади, які в сукупності є механізмом адміністративного контролю, що потребує вдосконалення та подальшого розроблення з метою налагодження ефективної моделі державного управління. Важливим є подальше опрацювання питань адміністративного контролю, обґрунтування його цілісної системи, що б включала не лише контролюючі органи, а й об'єкт, засоби контролю, які б взаємодіяли як єдине ціле під час досягнення бажаних результатів, у тому числі в реалізації функцій держави, зокрема контрольної.

Список використаних джерел

1. Малиновський В. Я. Державне управління. – К., 2003. – 576 с.

Стаття надійшла до редакції 11.04.2014 р.

The content of administrative control as a relatively independent kind of state control is considered in the article.

В статтє анализируется содержание административного контроля как относительно самостоятельного вида государственного контроля.

2. Андрійко О. Ф. Контроль у демократичній державі: проблеми і тенденції. – К., 1994. – 116 с.

3. Шестак В. С. Державний контроль в сучасній Україні (загальнотеоретичні питання): дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2002. – 195 с.

4. Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 1998. – Т. 4. – 720 с.

5. Авер'янов В. Б. Адміністративне право України: Академічний курс. У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.

6. Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки. – М., 1988. – 318 с.

7. Присяжнюк А. Й. Організаційно-правові засади державного контролю у сфері виконавчої влади. – Х., 2011. – 398 с.

8. Курс адміністративного права України / В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, І. Д. Пастух та ін. – К., 2013. – 872 с.

9. Маштакова Е. А. Теоретико-правовые вопросы государственного контроля в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов н/Д., 2000. – 205 с.

10. Гурич А. И. Государственный контроль как форма осуществления исполнительной власти: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004. – 217 с.

11. Грачев Г. В. Особенности организации системы государственного контроля в России. – Ростов н/Д., 2009. – 23 с.

12. Шорина Е. В. Контроль за деятельностью органов государственного управления в СССР. – М., 1981. – 304 с.

13. Студеникина М. С. Государственные инспекции в СССР. – М., 1987. – 108 с.

14. Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления. – М., 1974. – 159 с.

15. Старосьцяк Е. Элементы науки управления. – М., 1965. – 198 с.

16. Разаренов Ф. С., Котюргин С. И. Административный надзор советской милиции. – М., 1979. – 71 с.

17. Бахрах Д. Н. Административное право России. – М., 2011. – 624 с.

18. Чиркин В. Е. Система государственного и муниципального управления. – М., 2005. – 379 с.

19. Собакаръ А. О. Співвідношення контролю та нагляду як функцій публічного управління // Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності. – 2010. – № 2. – С. 59–63.

20. Присяжнюк А. Й. Загальна характеристика повноваження Президента України щодо контролю за діяльністю органів виконавчої влади // Наше право. – 2011. – № 4. – С. 41–45.

21. Клейменов Я. С., Косаренко Н. Н. Система государственного контроля в Российской Федерации. – М., 2012. – 188 с.



УДК 342.9

Олена Климюк,

науковий співробітник

Науково-дослідного інституту приватного права

і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України

ГРОМАДСЬКІ РАДИ ТА МОБІЛЬНІ ГРУПИ В СИСТЕМІ ГРОМАДСЬКОГО КОНТРОЛЮ ЗА ДІЯЛЬНІСТЮ МІНІСТЕРСТВА ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ

У статті досліджуються питання функціонування Громадської ради при МВС України, аналізуються повноваження мобільних груп із моніторингу забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності органів внутрішніх справ.

Ключові слова: громадський контроль, Міністерство внутрішніх справ України, громадські ради, мобільні групи з моніторингу забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності органів внутрішніх справ.

Актуальність обраної теми пов'язана з необхідністю налагодження ефективного контролю громадськості за діяльністю Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України. Багато в чому така необхідність зумовлена тим, що це державне «силове» Міністерство тривалий час було закритою для суспільства структурою. Прикриваючись спеціфікою своєї діяльності Міністерство уникало гласності, прозорості, публічності, залишаючись для суспільства свого роду чорною скринькою [1].

В ефективно функціонуючих демократіях, зазначає О. Скрипнюк, суспільство бере безпосередню участь у формуванні держави й її інститутів, спрямовує та контролює їх діяльність, а між правоохоронними органами як органами держави та громадянським суспільством виникає своєрідний «позитивний баланс стримування» [2, с. 429]. Встановлення цивільного контролю за правоохоронними структурами відповідає зобов'язанням, що взяла Україна у зв'язку з реалізацією євроінтеграційних заходів. Так, у Кодексі поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятому Резолюцією 34/169 Генеральної Асамблеї ООН 17.12.1979 р., Декларації про поліцію, прийнятій Резолюцією ПА РЕ 08.05.1979 р. № 690, Європейському кодексі поліцейської етики, прийнятому Комітетом Міністрів РЕ 19.09.2001 р. наголошується на необхідності встановлення демократичного цивільного контролю над військами та поліцією (міліцією), впровадження підзвітності останніх цивільним органам, забез-

печення політичної нейтральності військ і поліції, захисту прав людини.

Окремими питаннями громадського контролю за діяльністю правоохоронних органів опікувались О. Бандурка, С. Братель, Р. Веприцький, С. Денисюк, О. Музичук, С. Шестак та інші. Втім, окремі питання залишаються нерозкритими, а комплексні дослідження контролю за діяльністю МВС України як центрального органу виконавчої влади відсутні.

Одним із нагальних питань, що потребує особливої уваги, є вдосконалення діяльності Громадських рад і відновлення діяльності постійно діючих мобільних груп із моніторингу забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності органів внутрішніх справ, за допомогою яких громадські об'єднання, передусім, правозахисні, а також окремі громадяни можуть здійснювати контроль за діяльністю МВС України.

Метою цієї статті є аналіз діяльності Громадської ради при МВС України та досвіду роботи колишніх мобільних груп, з'ясування доцільності відродження останніх і пошук оптимальних шляхів функціонування цих форм контролю громадянського суспільства за діяльністю органів МВС України.

Громадська рада при МВС України, створена на підставі постанови Кабінету Міністрів України «Про забезпечення участі громадськості у формуванні та реалізації державної політики» від 03.11.2010 р. № 996, є

постійно діючим колегіальним виборчим консультативно-дорадчим органом, утвореним із метою забезпечення участі громадян в управлінні державними справами, здійснення громадського контролю за діяльністю МВС України, налагодження ефективної взаємодії МВС з громадськістю, врахування громадської думки під час формування та реалізації державної політики [3].

Згідно п. 2.1 Положення [3], Громадська рада при МВС України має право контролювати врахування МВС України пропозицій і зауважень громадськості з питань його діяльності, дотримання нормативно-правових актів, у тому числі тих, що спрямовані на запобігання та протидію корупції; провадити громадську та громадську антикорупційну експертизу проектів нормативно-правових актів Міністерства; збирати, узагальнювати та надавати інформацію щодо пропозицій громадських організацій стосовно вирішення питань, які мають важливе суспільне значення; у встановленому порядку взаємодіяти з громадськими радами при територіальних підрозділах Міністерства тощо.

До складу Громадської ради при МВС України входить 25 осіб [4], а її членами є представники різних громадських об'єднань. Слід зазначити, що Громадська рада не в повному обсязі виконує свої повноваження щодо інформування населення про свою діяльність. Так, відповідно до підпункту 6 п. 2.1 Положення про Громадську раду при Міністерстві внутрішніх справ України, Громадська рада має обов'язково інформувати громадськість про свою діяльність, прийняті рішення й їх виконання, розміщуючи відповідні повідомлення на офіційному веб-сайті МВС, офіційному веб-сайті громадських рад територіальних управлінь та в інший прийнятний спосіб. Згідно з підпунктом 9 п. 2.1 Положення цей суб'єкт громадського контролю має готувати й оприлюднювати щорічні та інші звіти про свою діяльність. Втім, на офіційному веб-сайті МВС України в розділі, відведеному для висвітлення роботи Громадської ради, остання інформація про рішення, які нею були прийняті, датовані липнем 2008 р. Детальне ознайомлення з розміщеними на Інтернет-ресурсі протоколами засідань Громадської ради свідчить про відсутність систематичності в її роботі. Так, відповідно до протоколів Громадська рада збиралася на засідання (яке є основною організаційною формою її роботи) 6 разів у 2011 р. (три з них – у березні та по одному разу у червні, жовтні, грудні). У 2012 році відбулося два засідання – у лютому та березні. У 2013 році Громадська рада при МВС України запровадила нову форму роботи – заочні засідання, на яких питання, що виносяться на розгляд, вирішуються шля-

хом опитування членів Громадської ради за допомогою електронної пошти. Таким чином, реально члени Громадської ради у 2013 р. збиралися 3 рази, два з яких були присвячені установчим питанням: обрання Голови, заступника та секретаря Громадської ради, затвердження Положення про Громадську Раду, її Регламенту, затвердження плану роботи на 2013 р. тощо; інші одинадцять засідань були проведені заочно. Слід зазначити, що питання затвердження звітів роботи окремих комітетів Громадської ради виносилися на порядок денний, але із змістом цих звітів на офіційному сайті ознайомитися не можна через їх відсутність.

Відсутня системна інформація щодо діяльності Громадської ради при МВС України і на порталі громадських рад [5]. Асоціація українських моніторингів дотримання прав людини в діяльності правоохоронних органів констатує відсутність стратегії МВС України щодо співпраці з громадськими радами, створення умов для відкритості та забезпечення реального громадського контролю за роботою Міністерства і його підрозділів. Асоціація вважає, що робота громадських рад як при МВС України, так і при більшості його територіальних управлінь організована формально [6]. Висловлюючи критичні зауваження щодо роботи Громадської ради при МВС України, О. Єльцов зазначає, що й самі інститути громадянського суспільства виявилися неготовими до належної самоорганізації та кооперації [7].

Ми вважаємо, що, попри очевидний позитив, пов'язаний із створенням громадських рад при МВС України та його територіальних управліннях, організація та результативність їх роботи є надзвичайно низькою. МВС України не виконало рекомендації, прийняті за результатами слухання 12.01.2011 р. в Комітеті Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності «Про дотримання прав людини в діяльності органів внутрішніх справ» щодо залучення впливових громадських організацій України правозахисного спрямування до створення при Громадській раді МВС України робочої групи з числа працівників Міністерства та представників громадськості. МВС України обмежилося створенням у квітні 2011 р. спеціальної спостережної комісії з питань дотримання прав людини в діяльності органів внутрішніх справ, до складу якої входять виключно працівники органів внутрішніх справ. Формування комісії, визначення змісту та форм її діяльності проведено без повідомлення інститутів громадянського суспільства та без консультацій із громадськістю. Наказом, який створює цю комісію, не передбачається залучення до її роботи

представників громадських організацій, а також проведення з ними спільних заходів [8].

Громадські ради при МВС України та територіальних управліннях, зазначає А. Толопіло, є «кишеньковими», цілковито залежними від керівників управлінь внутрішніх справ і неспроможні об'єктивно оцінювати стан дотримання прав людини в своїй діяльності [9].

Найвагомішими засобами усунення таких недоліків має стати, на нашу думку, забезпечення відкритості та прозорого доступу визначеної кількості представників усіх правозахисних організацій до складу громадських рад, можливості бути присутніми на засіданнях громадських рад й інших представників правозахисних організацій, громадськості, регулярне (раз на місяць) висвітлення результатів роботи громадських рад за допомогою засобів масової інформації, Інтернет-ресурсів тощо.

Вагомим суб'єктом контролю громадськості за діяльністю МВС України до недавнього часу були мобільні групи з моніторингу забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності органів внутрішніх справ, що впливає з обсягу повноважень, якими вони були наділені. Ініціювали створення мобільних груп у 2004 р. Харківська правозахисна група, Харківський інститут внутрішніх справ, за підтримки Організації з безпеки та співробітництва в Європі та Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності. Прототипом моделі мобільних груп стала діяльність Європейського комітету з питань запобігання катуванням і нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню, який систематично здійснює свої візити у місця, де утримуються особи в стані несповоди, у державах, які підписали Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання [10]. Зазначений Протокол Україна підписала 21.07.2006 р. Відповідно до вимог Конвенції та Закону України «Про демократичний цивільний контроль над Воєнною організацією і правоохоронними органами держави» від 19.06.2003 р. № 975-IV Наказом Міністра внутрішніх справ України від 31.08.2006 р. № 894 утворені постійно діючі мобільні групи з моніторингу забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності органів внутрішніх справ.

До складу мобільних груп мали включатися працівники Департаменту внутрішньої безпеки МВС України та його територіальних підрозділів, науковці відомчих вищих навчальних закладів Міністерства, які мають досвід як наукової, так і практичної роботи у сфері дотримання прав і свобод людини та грома-

дянина, а також не менш, як два представники громадських організацій, які зареєстровані в установленому порядку у сфері захисту прав людини. Персональний склад, графік відвідування підрозділів міліції визначаються на засіданнях громадських рад із питань забезпечення прав людини при територіальних управліннях МВС України, МВС України в Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі.

Мобільні групи здійснювали моніторинг забезпечення прав і свобод людини та громадянина в діяльності територіальних органів і підрозділів внутрішніх справ головних управлінь, управлінь МВС України в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, на транспорті (п. 1.2 Положення про постійно діючі мобільні групи з моніторингу забезпечення прав і свобод людини і громадянина в діяльності органів внутрішніх справ). Члени мобільних груп були наділені правом у будь-який час доби без попереднього узгодження входити й оглядати територію та приміщення органів і підрозділів внутрішніх справ, у тому числі приміщення чергових частин, а також мати негайний доступ до місць тримання затриманих, доставлених і взятих під варту, затриманих в адміністративному порядку, а також осіб, до яких був застосований адміністративний арешт (п. 4.1 Положення).

Узагальнюючи досвід існування мобільних груп, О. Музичук висловив слушну пропозицію щодо поширення їх контрольно-наглядової діяльності на всі адміністративні приміщення органів внутрішніх справ, у тому числі кабінети слідчих та оперативних підрозділів, оскільки у 70 % випадків місцем торгтур (знущань) та інших протиправних дій працівників міліції є службові кабінети [11, с. 281]. Підтримуючи таку пропозицію, ми вважаємо доцільним для підвищення контролю запровадити відеозапис у всіх приміщеннях органів внутрішніх справ, у яких ведуться опитування, допити, здійснюється прийом громадян, та надати право відродження мобільним групам переглядати відеозаписи при відвідуванні підрозділів міліції з метою виявлення фактів порушень прав громадян. Відеозаписи могли б використовуватися при проведенні контрольних заходів прокурорами й іншими суб'єктами контролю, у тому числі представниками громадських рад при МВС України та його територіальних управліннях. Запровадження відеозапису, на нашу думку, значно підвищило б ефективність контролю за діяльністю співробітників МВС України, сприяло б зменшенню фактів порушень законодавства працівниками ОВС.

Формою контрольної діяльності мобільних груп були бесіди з затриманими, достав-

леними до органів міліції, й особами, які піддані адміністративному арешту. Члени мобільних груп мали право отримувати від них скарги з метою подальшого пересилання їх в установленому порядку; запитувати й отримувати від органів внутрішніх справ інформацію, інші матеріали та документи з питань, що належать до компетенції мобільних груп; проводити зустрічі та бесіди з особовим складом органів і підрозділів внутрішніх справ з питань їх соціального захисту, умов праці, проблем забезпечення працівниками міліції конституційних прав і свобод людини та громадянина тощо. Інформація мобільних груп про виявлені факти порушень прав і свобод людини працівниками міліції була підставою для проведення службових перевірок та вирішення питання про притягнення до юридичної відповідальності винуватих осіб. Громадська рада при МВС України та територіальних управліннях не менше двох раз на рік мала розглядати результати розслідування фактів порушень прав людини, які були виявлені, у тому числі, мобільними групами.

Відповідно до пунктів 3.5, 3.6 Положення про мобільні групи в межах держави мала узагальнюватися вся робота мобільних груп, а результати моніторингу повинні були доводитися до відома громадськості через засоби масової інформації шляхом розповсюдження прес-релізів. Разом із тим слід зазначити, що наказом Міністра внутрішніх справ України діяльність мобільних груп була припинена. З урахуванням резонансних злочинів, скоєних працівниками МВС України в останні роки в службових приміщеннях підрозділів Міністерства, ми вважаємо за доцільне відновити роботу мобільних груп, на законодавчому рівні закріпити положення про такі групи, участь у них членів правозахисних організацій, процедуру перевірок, реагування на факти порушень прав людини, виявлених мобільними групами, та порядок оприлюднення їх діяльності. Відповідні норми щодо цього пропонуємо закріпити шляхом внесення відповідних змін до ст. 26 Закону України «Про міліцію» від 20.12.1990 р. Внесення зазначених змін відповідає ч. 1 ст. 3 цього ж Закону, у якій зазначається, що одним із принципів діяльності міліції є взаємодія з трудовими колективами, громадськими організаціями та населенням.

Стаття надійшла до редакції 31.03.2014 р.

The article examines questions about the Public Council under the Ukrainian Ministry of Internal Affairs, analyzed powers mobile monitoring groups to ensure the rights and freedoms of man and citizen in the internal affairs bodies, a proposal put forward the resumption of the latter, provided the search for optimal ways of functioning of these forms of control of civil society over the activities of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

В статті досліджуються питання функціонування Общественного совета при МВД Украины, анализируются полномочия мобильных групп по мониторингу обеспечения прав и свобод человека и гражданина в деятельности органов внутренних дел.

Список використаних джерел

1. *Пріоритетні напрями реформування невійськового сектора безпеки України в сучасних умовах* // Дзеркало тижня. – 2004. – № 23 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dt.ua/ARCHIVE/prioritetni_napryami_reformuvannya_neviyskovogo_sektora_bezpeki_ukrayini_v_suchasnih_umovah-40152.html.
2. *Скрипнюк О. В.* Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики. – К., 2000.
3. *Положення про Громадську раду при Міністерстві внутрішніх справ України*: Протокол від 01.02.2013 р. № 1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mvs-gr.org.ua/ua/polozhennya/>.
4. *Протокол Установчих зборів щодо формування нового складу Громадської ради при Міністерстві внутрішніх справ України* від 31.01.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://mvs.gov.ua/mvs/control/main/uk/publish/article/813253>.
5. *Портал громадських рад України* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://grom-rady.org.ua>.
6. *Громадська рада при МВС намагалася зібрати голів громадських рад: Гроші за проїзд виплатити не змогли* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://umdpd.info/index.php?id=1329116398>.
7. *Сльцов О.* Громадські ради: вся енергія – у свисток та значок? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tema.in.ua/article/6616.html>.
8. *Мартиненко О. А.* Асоціація українських моніторів дотримання прав людини в діяльності правоохоронних органів: Лист Голові Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Швецю В. Д. Вих. № 23/01-01 від 23.01.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://umdpd.info/index.php?id=1327994645>.
9. *Толоніло А. Т.* Аналіз громадської організації «Одеська правозахисна група «Верітас», направлений до Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності 24.01.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://komzakonpr.rada.gov.ua/komzakonpr/control/uk/publish/printable_article?sessionid=E411E9BCF0C1E307A59F23C7D68038FF?art_id=52135.
10. *Факультативний протокол до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання: Ратифікований Законом України від 21.07.2006 р.* // Офіційний вісник України. – 2006. – № 31. – Ст. 2201.
11. *Музичук О. М.* Контроль за діяльністю правоохоронних органів в Україні: адміністративно-правові засади організації та функціонування: дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2010. – 486 с.



УДК 342.9

Анфіса Нашинець-Наумова,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри конституційного і адміністративного права
Юридичного інституту
Національного авіаційного університету,
м. Київ

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ФОРМУВАННЯ СИСТЕМИ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ В АКЦІОНЕРНОМУ ТОВАРИСТВІ

У статті розглядається проблема побудови системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві, аналізуються причини недостатньої правової забезпеченості процесу створення та функціонування системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві.

Ключові слова: інформаційна безпека акціонерного товариства, система інформаційної безпеки.

Розвиток комп'ютерних технологій на сучасному етапі йде стрімкими темпами. Інформаційні технології активно впроваджуються в усі сфери діяльності, вони управляють роботою касових апаратів, стежать за роботою автомобільних систем запалювання, ведуть облік сімейного бюджету, просто використовуються як розважальний комплекс.

Щоб зберегти в цілісності та безпеці дані акціонерного товариства необхідно провести аналіз системи інформаційної безпеки та визначити права доступу кожного співробітника до цінної інформації.

Метою створення системи інформаційної безпеки акціонерного товариства є комплексний вплив на потенційні та реальні загрози, що дозволяє організації: успішно функціонувати в нестабільних умовах зовнішнього і внутрішнього середовища; захищати свої законні інтереси від протиправних посягань; охороняти життя та здоров'я персоналу; не допускати розкрадання фінансових і матеріально-технічних засобів, розголошення, втрати, витоку, спотворення та знищення службової інформації, порушення роботи технічних засобів тощо. Досягнення цієї мети вимагає вирішення таких завдань, як: виявлення загроз стабільності та розвитку акціонерного товариства; забезпечення захисту технологічних процесів; реалізація заходів протидії всім видам шпигунства (промислового, науково-технічного, економічного і т. п.); своєчасне інформування керівництва акціонерного товариства про факти порушення законодавства з боку державних і муніципальних органів, комерційних і некомерційних організацій, які зачіпають інтереси акціонерного товариства; переманювання співробітників акціонерного

товариства, що володіють конфіденційною інформацією; своєчасне виявлення й адекватне реагування на дезінформаційні заходи; розроблення та вдосконалення правових актів акціонерного товариства, спрямованих на забезпечення його безпеки; реалізація заходів щодо захисту комерційної й іншої інформації; організація заходів із протидії недобросовісній конкуренції; реалізація заходів щодо захисту інтелектуальної власності; організація взаємодії з правоохоронними та контрольними органами з метою попередження і припинення правопорушень, спрямованих проти інтересів акціонерного товариства тощо [1, с. 19–20].

Дослідження таких авторів, як: Р. Калюжний, Б. Кормич, А. Марущак, В. Селіванов, В. Цимбалюк, М. Швець, які торкалися в основному проблем інформаційного права, питання формування системи інформаційної безпеки акціонерного товариства якщо і розглядалися, то в основному в контексті багатьох інших проблем, а тому специфіка цих питань не могла бути належним чином вивчена. Крім того, деякі документи у сфері, що розглядається, були прийняті нещодавно і ще не стали об'єктом глибокого вивчення фахівців інформаційного права.

Метою цієї статті є дослідження функцій суб'єкта господарювання щодо формування системи інформаційної безпеки та розроблення пропозицій щодо її інтеграції в загальну інформаційну систему управління акціонерного товариства.

Об'єктом захисту інформаційної системи безпеки є ресурси у найширшому сенсі: інформація, інтелектуальна власність, активи, майно,

клієнти, персонал, технології тощо. Сама система управління акціонерним товариством також є певним ресурсом і вимагає захисту. Система інформаційної безпеки акціонерного товариства може складатися з ряду підсистем, які мають бути інтегровані в загальну систему управління інформаційної безпеки акціонерного товариства. До таких підсистем окремі автори відносять [2, с. 8]: інформаційну безпеку; техногенну безпеку; екологічну безпеку; пожежну безпеку; науково-технічну безпеку тощо. Управління акціонерним товариством має бути побудовано так, щоб система безпеки не замикалася лише на окремій структурі. Забезпечення інформаційної безпеки – це турбота не тільки служби безпеки, а й усього персоналу товариства. Система повинна охоплювати всіх співробітників (від керівника акціонерного товариства до технічного персоналу).

Коли ринок динамічно розвивається, потрібна гнучка система, тому й управління інформаційною безпекою необхідно розглядати як процес, що розвивається. У процесі реалізації управління інформаційною безпекою акціонерного товариства кожна компанія вибирає свої пріоритети в розвитку зазначених напрямів забезпечення безпеки. Практичної схеми побудови універсальної системи безпеки не існує. Кожна система інформаційної безпеки – це свого роду «кібернетичний продукт». Її потрібно будувати, виходячи з сутнісних зв'язків і чинних інформаційних нормативно-правових актів, а також кожного конкретного суб'єкта господарювання (оскільки акціонерне товариство, холдинг і фінансова компанія дуже різняться). Крім того, необхідно враховувати, що побудова системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві неминуче наштовхується на різні протистояння, які необхідно врегульовувати в установленому в акціонерному товаристві порядку з урахуванням норм чинного законодавства.

Існують типові алгоритми локалізації загроз та етапи формування системи інформаційної безпеки, які застосовуються при створенні будь-якої системи безпеки. Цілісна система інформаційної безпеки повинна передбачати як профілактичну, так і внутрішню оперативну роботу. Профілактична робота допускає використання технічних методів і способів контролю, однак можливість їх проведення стосовно співробітників має бути в обов'язковому порядку закріплена письмовою згодою працівника. Внутрішня оперативна робота – це процес виявлення інформації небезпечного характеру.

До основних етапів формування системи інформаційної безпеки акціонерного товариства можна віднести такі: ідентифікація джерел загроз і ризиків для бізнесу; оцінка ступеня серйозності загрози; вибір та застосування оптимального алгоритму локалізації за-

гроз (побудова системи захисту) з урахуванням виділеного на це бюджету [3, с. 60–61].

При побудові будь-якої системи інформаційної безпеки акціонерного товариства слід керуватися універсальним і давно перевіреним правилом – передбачати небезпеку, за можливості – уникати її, при необхідності – діяти [4]. Таким чином, створення ефективної системи управління інформаційною безпекою, має на меті: формування її концепції в загальній структурі бізнесу; інтеграцію системи інформаційної безпеки у виробничу й організаційну структури акціонерного товариства; інтеграцію системи інформаційної безпеки в існуючу документацію акціонерного товариства; розроблення регламентуючих документів (положень, інструкцій тощо); врахування специфіки комерційної діяльності акціонерного товариства, його інформаційних та інших комунікаційних зв'язків.

У регламентуючих документах не тільки профільної служби, а й паралельних підрозділів повинні бути прописані напрями сполученої безпеки, форми взаємодії й обов'язки фахівців-партнерів. Для створення ефективної системи взаємозв'язків необхідна програма з формування наповнюваності роботи системи інформаційної безпеки акціонерного товариства, її оцінки та пошуку «вузьких місць». Слід зазначити, що перш як будувати й інтегрувати систему інформаційної безпеки в товаристві необхідно визначити: що необхідно забезпечити захистом; хто цим займатиметься; яким чином здійснюватиметься діяльність із забезпечення інформаційної безпеки.

Одним із видів відносин суб'єктів господарювання є відносини щодо закріплення й інтеграції створеної системи інформаційної безпеки в діючу документацію акціонерного товариства. Так, у чинних нормативних актах дається легальне визначення поняття «комерційна таємниця», визначається перелік відомостей, які не можуть становити комерційної таємниці [5]: *державна таємниця* – це вид секретної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки й охорони правопорядку, розголошення яких може призвести до негативних наслідків державного суверенітету України (ст. 1 Закону України «Про Державну таємницю»); *комерційна інформація* – це інформація, яка є секретною в тому розумінні, що вона (в цілому або в певній формі та сукупності її складових) невідома і/або не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з таким видом інформації; *інформація з обмеженим доступом* – за своїм правовим режимом поділяється на: конфіденційну інформацію – відомості, які знаходяться у володінні, користуванні або розпорядженні окремих фізичних чи юридичних

осіб і поширюються за їх бажанням відповідно до передбачених ними умовами; таємну інформацію – інформацію, що містить відомості, які є державною або іншою таємницею, розголошення якої завдає шкоди фізичній особі, суспільству і державі.

Комерційна інформація – це інформація, що має комерційну цінність для особи, якій вона належить, і у зв'язку з цим є предметом адекватних відповідним обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію (ст. 505 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України). Склад і обсяг відомостей, що становлять комерційну таємницю, способи їх захисту визначаються суб'єктом господарювання відповідно до чинного законодавства (ст. 36 Господарського кодексу (далі – ГК) України).

Захист інформації з обмеженим доступом регулюється законами України «Про інформацію» (ст. 30) та «Про доступ до публічної інформації» (ст. 6). Оскільки до інформації з обмеженим доступом відносяться і банківська таємниця (інформація, щодо діяльності та фінансового стану клієнта, яка стала відомою банку у процесі обслуговування клієнта та взаємовідносин із ним чи третіми особами при наданні послуг банку і розголошення якої може призвести до заподіяння матеріальної чи моральної шкоди клієнту), то вона також регулюється Законом України «Про банки і банківську діяльність» (ст. 60). Разом із тим для забезпечення права підприємства на комерційну таємницю норм, що містяться в державних нормативно-правових актах, недостатньо. Тому суб'єкти господарювання самі регулюють, серед іншого, відносини з визначення й охорони комерційної таємниці шляхом прийняття відповідних локальних документів. Отже, правове регулювання діяльності служби щодо забезпечення інформаційної безпеки необхідне не тільки на рівні нормативно-правових актів, а й на локальному рівні (у вигляді положень, інструкцій тощо).

На думку окремих дослідників, на рівні локального нормативного акта господарюючого суб'єкта щодо забезпечення інформаційної безпеки необхідно визначати не тільки конкретний перелік відомостей, що відносяться до комерційної таємниці, а й заходи, що регламентують порядок поведінки з нею та спрямовані на її захист, терміни, протягом яких відомості, на думку їх власника, є комерційною таємницею, а також максимальні межі її вартісної оцінки на момент введення обмеження з її поширення [6, с. 109–111]. Тому базою для роботи з формування системи управління інформаційною безпекою й інтеграції її в існуючу систему безпеки акціонерного товариства має стати прийняття нормативних документів, які б регламентували цей

процес. Іншими словами, необхідно створити своєрідні «шати» для забезпечення інтеграції. Разом із тим має йтися не про один локальний акт, а декілька. При цьому одні локальні акти акціонерного товариства будуть загальними, оскільки включатимуть в себе всі положення та функції із забезпечення інформаційної безпеки, а інші – спеціальними, які регулюють окремі структурні елементи інформаційної системи безпеки і можливість її інтеграції в існуючу систему безпеки. На підставі викладеного пропонуємо передбачити при створенні системи управління інформаційною безпекою, оформленої у встановленому в товаристві порядку, загальної Концепції системи безпеки. Цей документ може включати в себе:

- принципи організації та функціонування системи інформаційної безпеки;
- основні види загроз об'єктам інформаційної безпеки;
- порядок взаємодії служб, відділів та інших підрозділів існуючої системи при здійсненні діяльності щодо забезпечення інформаційної безпеки;
- порядок взаємодії служби інформаційної безпеки із сторонніми організаціями, що надають послуги (роботи) для товариства;
- положення про комерційну таємницю в товаристві;
- приклади типових договорів щодо дотримання комерційної таємниці (з нерезидентами, юридичними особами, фізичними особами).

Згідно з вимогами чинного законодавства для забезпечення дієвості документів, передбачених Концепцією системи інформаційної безпеки, необхідно створити Стандарт забезпечення інформаційної безпеки, який повинен бути доведений до відома кожного співробітника акціонерного товариства і відповідним чином акцептований (на кшталт правил охорони праці). Відповідальність працівника за дотримання правил інформаційної безпеки, перш за все має відображатися у внутрішній документації товариства, може передбачатися як загальними локальними документами, так і в тексті контракту, який укладається з працівником товариства, а також у колективному договорі, правилах внутрішнього трудового розпорядку. У такому випадку забезпечуються питання щодо здійснення діяльності контролюючими службами та співвідношення такої діяльності з конституційними правами громадян на захист відомостей про особу і недоторканність приватної власності (статті 29, 31, 34, 60, 64 Конституції України – фотографування, відеоспостереження й аудіозапис, нагляд, превентивні заходи забезпечення інформаційної безпеки тощо) [7, с. 43–44]. Так, О. Кібенко вважає, що відповідальність за розголошення конфіденцій-

ної інформації може встановлюватися не тільки чинним законодавством, а й спеціальними нормативними актами організації, з якими ознайомлені та згодні її працівники [8, с. 88]. Таким чином, пропонуємо в Стандарті забезпечення інформаційної безпеки передбачити такі відносини між організацією й її працівниками на основі ознайомлення працівників під розпис про їх згоду з: доступом до інформації, що становить комерційну таємницю, необхідної для виконання своїх трудових обов'язків; переліком інформації, що становить комерційну таємницю, власниками якої є роботодавець і його контрагенти; встановленим у товаристві режимом комерційної таємниці та заходами відповідальності за її порушення; переліком та обсягом особистої інформації, дозволеної до зберігання та використання на робочому місці, комп'ютері тощо; методами та способами здійснення діяльності службою безпеки (відеоспостереження, аудіозапис, фотографування, огляд робочого місця та особистих речей у разі виявлення протиправних дій або наявності аргументованих підозр тощо); можливістю складання, переліком і результатом застосування документів реагування службою безпеки (акти, протоколи, приписи); порядком відшкодування заподіяної шкоди внаслідок порушення вимог про конфіденційність.

У Стандарті забезпечення інформаційної безпеки необхідно детально окреслити та регламентувати випадки застосування методів з управління інформаційною безпекою, а також можливості реагування й обсяг використаних при цьому коштів, а також створення працівниками необхідних умов для дотримання ним встановленого в організації режиму управління інформаційною безпекою. При цьому режим комерційної таємниці не може бути використаний у цілях, що суперечать вимогам захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів інших осіб, забезпечення оборони країни та безпеки держави.

Висновки

Проведений аналіз свідчить, що для закріплення права акціонерного товариства на забезпечення інформаційної безпеки, крім використання типових алгоритмів локалізації загроз і етапів формування системи інформаційної безпеки, на нашу думку, слід забезпечити: регулювання діяльності служби ін-

формаційної безпеки товариства на підставі поєднання державного нормативно-правового регулювання та локального; відносини з регулювання діяльності служби інформаційної безпеки товариства більшою мірою локальними актами і меншою – спільними нормативно-правовими актами, прийнятими державою; право служби безпеки товариства на здійснення діяльності щодо забезпечення інформаційної безпеки, закріпленої в локальних актах, шляхом систематизації у вигляді Концепції системи інформаційної безпеки акціонерного товариства; права й обов'язки працівників товариства щодо забезпечення інформаційної безпеки, а також цілі, принципи і заходи регуляторної діяльності шляхом закріплення у Стандарті забезпечення інформаційної безпеки між власником товариства та її працівником; інтеграцію системи управління інформаційною безпекою в існуючу систему товариства шляхом обліку діючих у товаристві правил і положень при розробленні локальних актів нормативно-правового регулювання, що входять до складу Концепції системи інформаційної безпеки товариства та Стандарту забезпечення відповідної безпеки.

Список використаних джерел

1. Соловьев И. Н. Информационная и правовая составляющая безопасности предпринимательской деятельности // Налоговый вестник. – 2011. – № 10–11. – С. 19–20.
2. Ростова Н. Безопасность бизнеса // Консультант. – 2005. – № 9.
3. Нашинец-Наумова А. Ю. Питання забезпечення інформаційної безпеки підприємства // Наукові праці Національного авіаційного університету: Сер. Юридичний вісник «Повітряне і космічне право». – 2012. – № 3. – С. 58–63.
4. Методика виділення відомостей, що становить комерційну таємницю [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.kiev-security.org.ua.
5. Про перелік відомостей, що не становлять комерційної таємниці: Постанова Кабінету Міністрів України від 09.08.1993 р. № 611 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/611-93>.
6. Янина Е. В. Актуальные вопросы информационной безопасности: защита коммерческой тайны хозяйствующего субъекта в рамках локального нормативного акта // Актуальные проблемы современной науки. – 2003. – № 2. – С. 109–111.
7. Андрощук Г. А., Крайнев П. П. Экономическая безопасность предприятия: защита коммерческой тайны. – К., 2000. – 400 с.
8. Кибенко Е. Р. Корпоративное право Украины. – К., 2009. – 480 с.

Стаття надійшла до редакції 20.03.2014 р.

The article considered the problem of building information security system of joint stock company. The author analyzes the reasons for the lack of legal security of the establishment and operation of information security in the joint stock company, and provides suggestions for 'processing of said system.

В статті розглядається проблема побудови системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві, аналізуються причини недостаточності правової забезпеченості процесу створення і функціонування системи інформаційної безпеки в акціонерному товаристві.



УДК 349.422

Максим Гребенюк,

канд. юрид. наук, доцент

ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРОДОВОЛЬЧОЇ БЕЗПЕКИ НА СТОЛИЧНОМУ РІВНІ

У статті аналізуються положення законодавства, що регулюють питання забезпечення продовольчої безпеки в столиці, визначаються шляхи вдосконалення правових засад створення стратегічних продовольчих ресурсів на столичному рівні.

Ключові слова: баланси продовольчих ресурсів, продовольча криза, забезпечення продовольчої безпеки, продовольчі товари, регіональні запаси продовольчого зерна, стихійний ажіотажний продовольчий попит, продукти харчування першої необхідності, обсяг споживання основних видів продовольчих ресурсів.

Події, що ввійшли в історію українського народу як «Євромайдан» черговий раз довели: стабільне продовольче забезпечення, наявність страхових продовольчих ресурсів є запорукою стабілізації соціальної напруги в суспільстві, фактором гарантування нормальної та повноцінної життєдіяльності столичного населення, у тому числі у надзвичайних умовах. Стихійний ажіотажний попит на продукти харчування першої необхідності, який спостерігався внаслідок кульмінаційних подій політичного протистояння на вулиці Інститутській у м. Києві 18–21 лютого 2014 р. продемонстрував, що питання забезпечення продовольчої безпеки на столичному рівні потребують виваженої політики, оперативного реагування з метою недопущення продовольчої кризи та браку продовольства, є важливими як для столичного регіону, так і для всієї країни.

Результатом силового протистояння, що призвело до надзвичайних подій у центрі м. Києва, стало масове скуповування продуктів харчування, внаслідок чого спостерігалася нестача основних видів продовольства (хліб, борошно, гречка, макаронні вироби, крупи, м'ясо-молочні вироби) у міській торговельній мережі.

Оскільки практика запобігання товарному дефіциту та браку продовольства в столиці України відсутня, то завданням автора є проведення аналізу правових норм, що регулюють особливості продовольчого забезпечення на рівні м. Києва в сучасних умовах.

Метою цієї статті є визначення правового механізму вдосконалення системи продовольчого забезпечення на рівні столиці, деталізація заходів щодо недопущення та запобігання будь-яким проявам продовольчої кризи, дефіциту продуктів харчування.

Деякі питання правового забезпечення продовольчої безпеки розглядали у своїх працях О. Білінська, В. Єрмоленко, В. Курило, Т. Курман, С. Лушпаєв, А. Тригуб [1–6]. Але жоден із вказаних авторів не розглядав встановлені законодавством особливості продовольчого забезпечення на рівні столиці України – м. Києва, що посилює актуальність обраної теми в сучасних умовах.

Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права 1966 р. закріпив фундаментальне право людини на недопущення будь-яких проявів голоду та визначає обов'язок будь-якої держави світу, у тому числі України, забезпечувати реалізацію цього права. У нашій країні на міське населення припадає близько 70 % загальної його кількості. Слід зазначити, що цей показник має тенденцію до стабільного подальшого збільшення. У сільській місцевості мешкає лише 15 млн населення. Характерною особливістю міського населення є його територіальна та професійна відокремленість від аграрного товарного виробництва. На відміну від сільського населення, щоденний раціон харчування мешканців міст не може забезпечуватися безпосередньо з власних присадибних ділянок, оскільки

споживчі потреби мешканців міст істотно відрізняються від потреб селянина. Якщо сільський житель споживає значно більшу частину харчових продуктів у натуральному, природному вигляді, то мешканці міста висувають значно вищі вимоги до продовольчих товарів (підвищений рівень промислової, кулінарної обробки, збагачені білками, жирами, вітамінами, мікробіологічними добавками, мінеральними солями, іншими поживними елементами, продукти у зручній для споживання тарі й упаковці. Еволюція розвитку продуктивних сил та урбанізація змінили форми організації виробництва і споживання продуктів харчування.

Закон України «Про стимулювання розвитку регіонів» від 08.09.2005 р. № 2850 визначає заходи державної політики соціально-економічного розвитку регіонів, у тому числі м. Києва як столиці України. Пріоритетом динамічного, збалансованого соціально-економічного розвитку регіонів України є забезпечення державою соціальних гарантій для кожного громадянина, незалежно від місця його проживання, спеціалізації регіонів у виробництві продовольчих товарів. Вагомою соціальною гарантією є доступ громадян, незалежно від місця проживання та перебування, до продуктів харчування першої необхідності (соціальні сорти хліба, крупи, олія).

Я. Пушак вважає, що основним напрямом підвищення продовольчої безпеки українських регіонів мають бути інтенсивний розвиток і підвищення конкурентоспроможності АПК із урахуванням особливих природно-кліматичних умов кожного регіону [7, с. 114].

Закон України «Про мінімальний споживчий бюджет» 1991 р. встановлює, що структура мінімального споживчого бюджету формується із споживчих коштів за основними видами продуктів харчування: м'ясо і м'ясопродукти, молоко та молокопродукти, масло тваринне, яйця, риба і рибопродукти, картопля, овочі, баштанні культури, фрукти, ягоди, хліб, хлібопродукти, олія, маргарин, цукор, кондитерські вироби.

Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження наборів продуктів харчування, наборів непродовольчих товарів та наборів послуг для основних соціальних і демографічних груп населення» від 14.04.2000 р. № 656 регулює питання визначення розмірів та обсягів харчових продуктів, якими мають бути забезпечені громадяни згідно з мінімальними споживчими нормами. Але положення зазначеного правового акта, на жаль,

не переглядалися протягом останніх 14 років, що свідчить про нагальну бездіяльність держави у вказаному напрямі.

Вагомий внесок у формування системи забезпечення продовольчої безпеки столиці відіграло рішення Київської міської ради «Про затвердження заходів, спрямованих на формування регіональних запасів продовольчого зерна та плодоовочевої продукції» від 26.07.2007 р. № 23/1857, положення якого визначають особливості формування столичних продовольчих ресурсів із метою уникнення потенційних загроз провокування та настання продовольчої кризи.

Програма із забезпечення продовольчої безпеки та здійснення заходів щодо стабілізації ринку продовольчих товарів, формування регіональних запасів продовольчого зерна та плодоовочевої продукції у м. Києві затверджена рішенням Київської міської ради від 27.11.2008 р. № 633/633 і протягом останніх 5 років не переглядалася. Стратегічними напрямками формування продовольчої безпеки на території м. Києва залишаються: впровадження системи моніторингу індикаторів продовольчої безпеки міста та їх структурний аналіз; виявлення факторів, що можуть загрожувати продовольчій безпеці; забезпечення фізичної й економічної доступності, якості життєво важливих продуктів харчування; підтримка стабільності продовольчого забезпечення населення та продовольчої незалежності м. Києва; формування регіональних запасів продовольчого зерна та плодоовочевої продукції; реалізація фінансово-кредитної підтримки заходів міської влади щодо стабілізації продовольчого ринку.

Метою зазначеної Програми є реалізація комплексних заходів міських і районних органів державної виконавчої влади, місцевого самоврядування, громадських об'єднань, підприємств столиці, спрямованих на забезпечення продовольчої безпеки населення міста, формування регіональних запасів продовольчого зерна та плодоовочевої продукції. Програма передбачає комплексний підхід до створення механізму попередження негативних проявів змін складових продовольчої безпеки в столиці, залучення до проблем продовольчого забезпечення міських і районних владних структур, необхідних фінансових та виробничих ресурсів.

На підставі розпорядження КМДА «Про загальнономіські заходи із залучення безпосередніх товаровиробників для задоволення потреб мешканців міста Києва на основні продовольчі товари» від 02.11.2010 р. № 900 визначені та затверджені місця розташування

торговельних майданчиків із реалізації сільськогосподарської продукції та продовольчих товарів для задоволення споживчих потреб киян, запущено пілотний проект, яким передбачається відкриття в житлових мікрорайонах 79 продовольчих магазинів «крокової» досяжності, облаштування оптових продовольчих ринків і впорядкування торгівлі на в'їздах (виїздах) у м. Київ. Новацією проекту є створення мережі комунальних продовольчих магазинів «крокової» досяжності павільйонного типу, в яких здійснюється реалізація продуктів харчування від виробників Київщини й інших областей України, у тому числі продовольчих товарів (переважно молочної продукції) з Білорусі, оскільки саме Білорусь є масштабним експортером промислових товарів та сільськогосподарської продукції до України. Проект передбачає залучення потенційних інвесторів (фермерів Вінницької, Житомирської, Київської, Полтавської, Черкаської, Чернігівської областей, у тому числі успішних аграрних товаровиробників) на конкурсній основі до участі в реалізації загальноміських заходів із продажу аграрної продукції й основних продуктів харчування.

Розпорядженням КМДА «Про регулювання цін на основні продовольчі товари» від 10.01.2011 р. № 15 встановлені граничні розміри рентабельності виробництва: борошна пшеничного вищого, першого та другого сорту – 8 %, хліба вагою більш як 500 г із борошна пшеничного вищого, першого і другого сорту й їх суміші, а також хліба та хлібобулочних виробів для діабетиків – 12; граничні торговельні (постачальницько-збутові) надбавки до оптової ціни виробника (митної вартості) на м'ясо птиці, ковбасні вироби варені, молоко, сир, сметану, масло вершкове, олію соняшникову, яйця курячі – 10; борошно, макаронні вироби, крупи, цукор – 12; яловичину, свинину, хліб – 15 % без урахування витрат на їх транспортування у міжміському сполученні.

Програма економічного та соціального розвитку м. Києва на 2014 р., схвалена рішенням Київської міської ради від 04.02.2014 р. № 5/10151, регламентує заходи у сфері забезпечення продовольчої безпеки, у тому числі напрями розвитку столичного споживчого ринку з метою сприяння створенню сучасної інфраструктури роздрібної торгівлі на території міста, задоволення потреб киян і гостей столиці у різноманітних продовольчих товарах на європейському рівні. Зокрема, у 2014 р. зусилля міської влади сконцентровані на формуванні регіональних запасів продовольчого

зерна із залученням можливостей районних державних адміністрацій і ПрАТ «Київмлин»; проведенні 700 районних, міських і міжрегіональних ярмарків із реалізації аграрної продукції та продовольчих товарів із залученням на споживчий ринок міста додаткових товарних ресурсів від безпосередніх виробників із різних регіонів України (підприємств переробної промисловості, фермерських господарств). Передбачається дієвий розвиток мережі закладів торговельного обслуговування населення: поліпшення санітарно-технічного стану будівель і зовнішнього вигляду продовольчих ринків, підвищення рівня обслуговування покупців; укладання договорів оренди з адміністраціями перспективних підприємств ринкової мережі з метою подальшої реконструкції існуючих ринків, поступового перетворення їх на сучасні торговельно-сервісні комплекси.

Важливим аспектом залишається посилення протидії несанкціонованій і стихійній торгівлі продовольчими товарами, реалізація комплексу заходів щодо стабілізації цінової ситуації на споживчому ринку, що у перспективі дозволить створити регіональні запаси продовольчого зерна в обсязі не менше 80 тис. т, збільшити обсяги реалізації продовольчих товарів.

Забезпечення продовольчої безпеки передбачає складання балансів сільськогосподарської продукції та продовольства у м. Києві. Баланси продовольчих ресурсів – це система даних про джерела надходження та використання ресурсів основних видів сільськогосподарської продукції та продовольства, на підставі якої здійснюється поточний аналіз і прогнозування розвитку ситуації на ринку продовольства, оцінюються потреби держави в імпорті продовольства, розраховується рівень самозабезпечення країни продовольством і середній рівень споживання основних продуктів харчування на душу населення.

Правовою основою для формування місцевих балансів продовольства є Методичні рекомендації складання прогнозних балансів попиту і пропозиції продовольчих ресурсів, затверджені наказом Міністерства економіки України від 18.12.2009 р. № 1426. Прогнозні баланси складаються в натуральному виразі за основними видами продовольчих ресурсів і дозволяють визначити обсяг фондів споживання населенням столиці основних видів продовольчих ресурсів, ємність внутрішнього продовольчого ринку (як добуток річного середньодушового споживання певного продукту та середньорічної чисельності

населення). Інформаційною базою при складанні балансів є дані державних статистичних спостережень підприємств і організацій сільського господарства, переробної промисловості, торгівлі; дані обстежень умов життя домогосподарств та їх сільськогосподарської діяльності, митної статистики й інших офіційних джерел, що характеризують формування продовольчих ресурсів та їх використання. Крім того, на основі наявної інформації, встановлених тенденцій при складанні продовольчих балансів використовуються й експертні оцінки.

Формування столичних продовольчих ресурсів неможливе без створення безперебійної та налагодженої системи постачання і розподілу стратегічних запасів продуктів харчування, включаючи складські приміщення, елеватори, мобільні транспортні послуги із доставки продовольства.

Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження обсягів формування державного інтервенційного фонду у 2013/14 маркетинговому періоді» від 17.07.2013 р. № 514 регламентує порядок створення Аграрним фондом України державного продовольчого резерву шляхом організації та проведення фінансових інтервенцій, заставних, форвардних і ф'ючерсних закупівель. З метою регулювання цінових коливань на столичному споживчому ринку Аграрний фонд виконує функцію державного оператора забезпечення столичних хлібопекарських підприємств борошном для виробництва соціальних сортів хліба. Головне управління з питань торгівлі та побуту КМДА здійснює формування регіональних запасів продовольчого зерна з метою доступу киян до соціальних сортів хліба. За станом на 01.03.2014 р. в Україні функціонує 772 сертифікованих зернових складів (32 – у Київській області, 1 – у м. Києві – «ТОВ «Столичний млин»).

Стратегія розвитку аграрного сектора економіки на період до 2020 р. від 17.10.2013 р. регламентує, що одним із основних пріоритетів у сфері забезпечення продовольчої безпеки є формування стратегічних продовольчих запасів держави. Законодавчо встановлено, що продовольчу безпеку можна забезпечити шляхом пропонування основних видів вітчизняної сільськогосподарської продукції (зерна, молока, м'яса, цукру, яєць, олії соняшникової, овочів) на рівні не менш як 80 % попиту внутрішнього ринку. При цьому основними проблемами розвитку аграрного сектора економіки залишаються: втрати аграрної продукції внаслідок недосконалості системи логістики її зберігання й інфраструктури аг-

рарного ринку в цілому; обмежена ємність внутрішнього ринку споживання сільськогосподарської продукції, зумовлена низькою платоспроможністю населення; нестабільність конкурентних позицій вітчизняної аграрної продукції на зовнішніх ринках; недостатня ефективність самоорганізації та саморегулювання ринку сільськогосподарської продукції, складність у виробленні аграрними товаровиробниками консолідованої позиції щодо захисту своїх інтересів тощо.

За міжнародними стандартами ФАО граничний (пороговий) критерій щоденного споживання продуктів харчування становить 2500 ккал на добу, при цьому 55 % добового раціону має забезпечуватися за рахунок споживання продуктів тваринного походження. Для нормального фізичного й інтелектуального розвитку громадяни повинні споживати не тільки певну кількість продуктів харчування, які задовольняють енергетичні потреби людського організму, а й певний набір поживних речовин у вигляді білків, жирів, вуглеводів, вітамінів, мікроелементів. Жоден продукт харчування, взятий окремо, не містить усіх цих поживних елементів у достатній кількості і пропорціях. Саме тому необхідно забезпечити широкий асортимент різних харчових продуктів.

Таким чином, основними завданнями у сфері забезпечення продовольчої безпеки на рівні столиці залишаються: гарантування безперебійного фізичного й економічного доступу киян до безпечних та якісних продуктів харчування; формування стратегічних продовольчих столичних ресурсів; вирішення проблеми продовольчого забезпечення та захисту соціально вразливих верств населення, у тому числі шляхом підтримки виробників продуктів дитячого харчування та соціально важливих видів харчових продуктів, створення сучасної торговельної мережі, що передбачає діяльність оптових продовольчих ринків, функціонування ярмарок продовольчих товарів, комунальних продовольчих магазинів «крокової» досяжності.

На жаль, значною проблемою столиці залишається свавілля роздрібних мереж при здійсненні реалізації продуктів харчування. За даними КМДА, на столичних прилавках найчастіше продають таку зіпсовану продукцію, як м'ясо та м'ясна продукція; багато проблем також із рибою. Здійснюється реалізація прострочених молочних виробів, а старий сир пакують у плівку, навмисно змінюючи термін придатності. Кондитерські вироби теж іноді пропонуються прострочені. Непоодинокі випадки, коли киянам пропо-

нують прострочену або незрілу плодоовочеву продукцію.

Слід констатувати, що населення м. Києва має дефіцит споживання основних груп продуктів харчування у порівнянні з фізіологічними нормами. Дефіцит споживання зумовлений кількома причинами, серед яких низький рівень доходів столичного населення; високі ціни на окремі види харчових продуктів, незбалансованість харчового раціону, погіршення показників стану здоров'я киян, пов'язаних із харчуванням.

Аналіз характеристики продуктів харчування, представлених у торговельній мережі м. Києва, свідчить про відсутність інформаційних ресурсів щодо екологічної безпеки харчових продуктів. Для поліпшення якості продуктів харчування слід розробити низку заходів як наукового, так і організаційного характеру, спрямованих на створення інформаційної бази з проблеми, що розглядається. Недостатня поінформованість у цьому контексті не дозволяє ефективно впливати на поліпшення продовольчого забезпечення населення м. Києва.

Нестабільність в економічних і політичних відносинах призводить до стану, за якого практично всі прийняті екологічні програми не виконуються. Перш за все необхідно вказати, що столичними санепідемстанціями планомірної й ефективною боротьби за виробництво екологічно чистих продуктів не ведеться через відсутність відповідного потенціалу. Лише частина споживачів має примітивне уявлення про мікробіологічну небезпеку; ще менша кількість людей розуміє, що незамінні поживні речовини можуть бути токсичними, а деякі натуральні харчові продукти можуть містити певні токсичні речовини. Сучасне вітчизняне законодавство, покликане захищати право споживачів на якісні продукти харчування, безумовно, також потребує вдосконалення.

Поліпшення забезпеченості раціону киян основними продуктами харчування може бути досягнуто шляхом: збільшення доходів населення, у тому числі окремих малозабезпечених соціальних груп населення; надання адресної допомоги як на окремі види харчових продуктів, так і на повний продовольчий кошик; надання фінансової підтримки заготівельним і переробним підприємствам м. Києва. Забезпечення зерновими продовольчими ресурсами є одним із найважливіших індикаторів продовольчої безпеки м. Києва. Згідно з рекомендаціями ФАО граничним вважається запас зерна на рівні 17 %, що відповідає 60 дням споживання. Для м. Києва цей

показник становить 42 тис. т продовольчого зерна. Тому з метою створення необхідних зернових ресурсів на кожний маркетинговий рік необхідно передбачати в столичному міському бюджеті кошти на часткову компенсацію сплачених відсотків за отриманими банківськими кредитами суб'єктам господарювання при проведенні операцій закупівлі продовольчого зерна та плодоовочевої продукції для державних потреб.

Із 2012 р. в столиці України здійснюється реалізація проекту «Картка киянина», спрямованого на підтримку малозабезпечених киян, що дозволяє заощаджувати на придбанні, у тому числі, продуктів харчування. В рамках виконання цього проекту укладено Меморандум про співпрацю між КМДА і продовольчими магазинами міста, а саме: ПП «Білліа Україна», ПП «Торговий дім «Вест лайн», ПрАТ «Фуршет», ТОВ «Новус Україна». Починаючи з липня 2013 р. власники «Картки киянина» отримали можливість придбати продовольчі товари у зазначених мережах міста із знижками.

З метою посилення рівня забезпечення продовольчої безпеки у столичному регіоні з грудня 2012 р. створено Інститут продовольчих ресурсів УААН, основними напрямками діяльності якого є: розробка та вдосконалення технологій виробництва харчових продуктів, у тому числі дитячого харчування, дієтичних добавок і бактеріальних препаратів; дослідження хімічного складу і технологічних властивостей рослинницької та тваринницької сировини; вдосконалення існуючих і розроблення нових методів досліджень сільськогосподарської сировини та харчових продуктів; контроль якості та сертифікація продукції харчової промисловості; моніторинг харчової продукції щодо вмісту в їх складі ГМО тощо. Результати проведених досліджень свідчать, що середньостатистичний киянин неправильно харчується, вживаючи щодня надмірну кількість м'яса, цукру, хліба, але занадто мало морської риби та фруктів. У зв'язку з незбалансованим харчуванням зростає ризик виникнення таких захворювань, як атеросклероз, діабет, хвороби серця та судин.

Споживчий раціон дітей не повинен містити продуктів харчування з надмірним вмістом солі, що може призвести до серцевих захворювань. За рекомендаціями дієтологів, необхідно обмежувати споживання хліба, оскільки саме хліб є основним джерелом надходження харчової солі в людський організм (на жаль, у вітчизняній випічці пропорції вмісту солі вдвічі більше, ніж у європейській).

Висновки

Рівень продовольчого забезпечення м. Києва, в останні роки суттєво не поліпшився. На початку 2014 р. у Києві спостерігалися прояви дестабілізації у сфері забезпечення продовольчої безпеки, пов'язані з напруженою політичною ситуацією та протистоянням, стрімким зростанням курсу долара, подорожчанням продуктів харчування першої необхідності, передусім імпорту, мали місце ознаки продовольчого дефіциту. У зв'язку із запровадженням Урядової програми від 27.02.2014 р., що передбачає тотальну економію бюджетних фінансових ресурсів, відбувся стрибок цін на продукти харчування, який позначився на споживчих потребах малозабезпечених киян.

На жаль, Програма КМДА із забезпечення продовольчої безпеки та здійснення заходів щодо стабілізації ринку продовольчих товарів, формування регіональних запасів продовольчого зерна і плодовоовочевої продукції не зазнала кардинальних змін з 2008 р. та протягом останніх років не вдосконалювалася. Тому доцільним є розроблення та прийняття Стратегії продовольчого забезпечення м. Києва на 2015–2020 рр., схвалення оновленої редакції Програми забезпечення продовольчої безпеки столиці, положення якої повинні враховувати заходи щодо створення збалансованої торговельної мережі з ураху-

ванням темпів і масштабів житлової забудови районів міста, запобігання та недопущення продовольчої кризи, тотального продовольчого дефіциту. Важливе значення має також запровадження столичної соціальної програми систематичного інформування громадян про основи правильного та раціонального харчування.

Список використаних джерел

1. Білінська О. В. Правові засади державної аграрної політики України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2013. – 20 с.
2. Єрмоленко В. М. Теоретичні проблеми аграрних майнових правовідносин. – К., 2008. – 188 с.
3. Курило В. І. Забезпечення продовольчої безпеки як принцип державного управління аграрним сектором економіки України // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 7. – С. 97–101.
4. Курман Т. В. Характеристика правового забезпечення продовольчої безпеки в Україні // Правове регулювання екологічних, аграрних та земельних відносин в Україні: сучасний стан і напрями вдосконалення / А. П. Гетьман, М. В. Шульга, А. М. Статівка та ін.; За ред. А. П. Гетьмана, В. Ю. Уркевича. – Х., 2012. – С. 221–228.
5. Лушпаєв С. О. Деякі аспекти поняття продовольчої безпеки України // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 2. – С. 211–214.
6. Тригуб А. Ю. Адміністративно-правове забезпечення продовольчої безпеки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 18 с.
7. Пушак Я. Я. Продовольча безпека та шляхи її забезпечення // Науковий вісник Ужгородського університету. – 2011. – № 33. – С. 110–114.

Стаття надійшла до редакції 17.03.2014 р.

In the article the conditions, procedures and main features of food supply at the capital level in today's features are fixed. The legal provisions governing food security aspects in the capital are analyzed. The measures for prevention and preventing the onset of the food crisis and food shortages are considered. The directions of improvement legal basis of creating strategic food resources at the metropolitan level are regulated.

В статье анализируются положения законодательства, регулирующие вопросы обеспечения продовольственной безопасности в столице, определяются пути совершенствования правовых основ создания стратегических продовольственных ресурсов на столичном уровне.



УДК 343.2

Юлія Дорохіна,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного та господарського права
ВНЗ «Національна академія управління»,***Олександр Дудоров,***д-р юрид. наук, професор,
професор кафедри кримінального права
Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка,
заслужений діяч науки і техніки України*

БЕЗГОТІВКОВІ ГРОШІ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ

У статті розглядаються доктринальні підходи до розуміння правової природи безготівкових грошей як предмета злочинів проти власності.

Ключові слова: злочини проти власності, предмет злочину, безготівкові гроші.

Відомо, що гроші багаті історією свого становлення, в процесі якого вони мали різні форми. Безготівкові гроші з'явилися порівняно недавно, зробивши такий саме переворот, як і поява паперових грошей, що у минулі століття швидко витиснули монети. Бурхливий розвиток комп'ютерної техніки наводить на думку про те, що безготівкові гроші незабаром зовсім можуть замінити готівку. Згідно із ст. 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 р. кошти існують у готівковій (формі грошових знаків) або безготівковій формі (формі записів на рахунках у банках). При цьому єдиного розуміння поняття «безготівкові гроші» не існує, а до питань, які не дістали однозначного вирішення у кримінально-правовій науці та суперечливо вирішуються на практиці, належить, зокрема, кримінально-правова оцінка незаконного заволодіння безготівковими грошима.

Значний внесок у дослідження вказаної проблематики, своєчасність звернення до якої зумовлена зростанням кількості злочинних посягань на безготівкові гроші, зробили такі науковці, як Н. Антонюк, О. Бойцов, М. Бікмурзін, Н. Вишнякова, Б. Волженкін, Н. Лопашенко, П. Олійник, О. Хабаров, В. Хилюта, А. Швець та ін.

Метою цієї статті є аналіз та узагальнення доктринальних підходів до розуміння правової природи безготівкових грошей, з'ясування особливостей цих грошей як предмета злочинів проти власності.

Слід зазначити, що, описуючи функції грошей, економісти різних шкіл пропонують найрізноманітніші визначення грошей. Це – і середньозважене значення різних засобів платежу, і тимчасове зосередження купівельної сили, і грошовий агрегат, що включає в себе готівку та так звані чекові внески. Іншими словами, економісти не вбачають особливої різниці між готівковими та безготівковими грошима. В економічній теорії також визнано, що гроші є мірою вартості всіх товарів, засобом обміну та платежу, засобом збереження і накопичення. Безготівкові гроші – це така собі віртуальна реальність, облікова інформація. Працюючи з ними, банки оперують інформаційними потоками про рух грошей, тому безготівкові гроші – це інформація про платежі [1, с. 265].

Визначити природу безготівкових грошей намагаються й юристи. Але їх думки відрізняються від міркувань економістів (які обстоюють тезу про інформаційну природу безготівкових грошей), адже юристи не можуть не зважати на поняття, закріплені у законодавстві (насамперед цивільному). А з положень останнього однозначно випливає, що безготівкові гроші є об'єктом цивільних прав. Залишається, однак, відкритим питання про те, чим саме (речами чи правом вимоги) слід визнавати гроші у безготівковій формі. Аналіз наукових праць цивілістів і фінансистів дозволяє виокремити *три основні концепції (підходи)* до розуміння правової природи безготівкових грошей:

безготівкові гроші – це особлива форма грошей, що має речово-правову природу. На

безготівкові гроші на банківських рахунках, як і на інші речі, поширюється право власності їх власника – клієнта банку. Такі нематеріальні символи грошей, як, наприклад, банківський рахунок і відповідно безготівкові гроші є об'єктами речового права. При внесенні готівки до банку та зарахуванні її на рахунок клієнта відбувається не перехід права власності на грошові знаки від вкладника до банку, а зміна форми грошей з готівкової у безготівкову. Безготівкові гроші визнаються юридичною фікцією готівки, передача якої у власність іншій особі юридично прирівнюється до готівкового обігу. Безготівкові гроші є лише символами, які замінили в цивільному обігу готівку без зміни їх правової природи та без зміни принципів їх регулювання як об'єктів речових прав [2, с. 44–49; 3, с. 68–72; 4, с. 87];

безготівкові гроші є правом вимоги клієнта до банку, яке носить зобов'язальний характер. У клієнта немає права власності на передану банку готівку, оскільки відсутня матеріальна річ, за якою це право може набуватися. При здійсненні різних операцій із безготівковими грошима об'єктами таких операцій є не гроші, а право вимоги до банку щодо здійснення операцій і послуг у межах певної грошової суми, у тому числі видачі цієї суми клієнтові, тобто право на гроші. На банківському рахунку обліковуються не гроші, а вимоги, зобов'язання банку щодо його клієнтів і контрагентів; безготівкові гроші на банківських рахунках не є речами, а існують у формі записів і становлять собою свідоцтва зобов'язального права щодо вимоги клієнта до банку, зміст якого розкривається чинним законодавством, а також договором банківського рахунку між банком і клієнтом. Під час безготівкових розрахунків відбувається не рух коштів у чистому вигляді, а рух грошових зобов'язань. Безготівкові гроші розглядаються як таблиця реєстрації боргових зобов'язань у грошовій формі однієї сторони перед іншою. Питання, хто є власником коштів, що знаходяться на рахунку клієнта банку, позбавлене юридичного сенсу, адже ці кошти існують у вигляді не фізично існуючих речей, а записів на рахунках [5, с. 534; 6, с. 138–141; 7, с. 90–100; 8, с. 116–118]. Традиційне уявлення про гроші як про речі у межах наведеного підходу критикується на тій підставі, що матеріальні носії грошей (банкноти, монети) виконують лише облікові функції;

безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Ця концепція об'єднує перший і другий підходи, а її прихильники вказують на те, що безготівкові гроші є зобов'язальним правом, яке конструює фікцію речі, внаслідок чого стає можливим застосовувати до цих прав, вважаючи їх речами, ре-

жим речового права [9, с. 59; 10, с. 21–30]. З одного боку, безготівкові гроші є зобов'язальним правом (правом вимоги) власника рахунку відносно банку; з іншого (відносно третіх осіб) – вони виступають засобом розрахунку.

З'ясована неоднозначність правової природи безготівкових грошей не може не ускладнювати вирішення питань кваліфікації незаконного заволодіння такими грошима. У кримінально-правовій літературі з цього питання висловлюються різні точки зору. Так, інколи зазначається, що у випадку незаконного переведення безготівкових коштів шкода заподіюється зобов'язальним відносинам, у зв'язку з чим у цьому випадку безпідставно застосовувати кримінально-правові норми про відповідальність за злочини проти власності [11, с. 162]. Ми не сприймаємо викладену позицію по суті, але проблема визначення родового об'єкта злочинів, відповідальність за які передбачена у розділі VI Особливої частини КК України «Злочини проти власності», існує. Справа у тому, що коло відносин, фактично охоронюваних кримінально-правовими нормами, об'єднаними у цей розділ, не обмежується відносинами власності, а тому його назва, вочевидь, потребує уточнення.

Інші криміналісти, які також є прихильниками концепції зобов'язально-правової природи безготівкових грошей, розглядають їх як право на майно, стверджуючи, що: зобов'язальні права (права вимоги) є майновими правами та відповідно «правом на майно»; розкрадання безготівкових грошових коштів є неправомірним заволодінням майновими правами зобов'язального характеру; розкрадання є закінченим з моменту зарахування коштів на рахунок винного; шкода заподіюється власникові рахунку [12, с. 21–22; 13, с. 119–120; 14, с. 67]. За такого підходу злочинні посягання на безготівкові кошти можуть розцінюватись як шахрайство та вимагання, адже у диспозиціях статей 189, 190 Кримінального кодексу (далі – КК) України поряд із майном фігурує і право на майно. Принагідно зазначимо, що нам імпонує позиція тих дослідників (А. Безверхов, О. Бойцов, І. Клепицький, С. Кочої, А. Савченко, Ю. Шуляк та інших), які вважають юридично некоректною тезу про визнання права на майно окремим предметом шахрайства та вимагання, оскільки у випадку незаконного придбання права на майно предметом цього злочину проти власності фактично є саме майно.

Викладене положення про визнання кримінально караного заволодіння безготівковими грошима набуттям злочинцем права вимоги (зобов'язального права), яке є правом кредитора вимагати від боржника здійснення

певних дій (наприклад, право вимагати від банку перерахування грошових коштів), не виглядає безспірним. У процесі незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній не набуває зазначеного права, оскільки діє поза договірними відносинами та поза законом.

З приводу складнощів, які неминуче виникають у випадку ототожнення права на майно та безготівкових грошей як зобов'язальних прав (прав вимоги), заслуговують на увагу такі обставини. *По-перше*, тлумачення кримінально-правових норм не дозволяє вважати поняття «право на майно» ідентичним цивільно-правовому поняттю «майнові права». Сам факт використання в диспозиціях статей КК двох різних понять – «майно» і «право на майно» – свідчить про те, що під майном законодавець розуміє не право власності, а його об'єкт – речі. Отже, «право на майно» – це право на річ, а не на дії особи.

По-друге, розкрадання безготівкових грошей не можна розглядати як набуття винним зобов'язального права (права вимоги). Суть зобов'язального права сформульована ще в римському праві та закріплена в ЦК: це – право кредитора вимагати від боржника здійснення певних дій. При укладанні договору банківського внеску у клієнта (власника рахунку) виникає право вимагати від банку перерахування та видачі грошових коштів, що знаходяться на рахунку. Це право підтверджується й оформлюється документально, а списання грошових коштів здійснюється на підставі розрахункових документів. Вочевидь, до моменту перерахування грошових коштів злочинець не набуває права вимоги. У результаті шахрайства при використанні документів злочинець не стає стороною зобов'язання, оскільки протиправне діяння не є підставою для виникнення прав. Він вводить банк в оману щодо наявності у нього зобов'язального права та вимагає від банку списання грошових коштів з рахунку, не маючи жодних гарантій виконання його незаконних вимог. У свою чергу, розпорядження на перерахування власника рахунку є реалізацією його законної вимоги. Проте і після незаконного перерахування грошових коштів на рахунок злочинця останній також не набуває зобов'язального права.

По-третє, до моменту виконання банком вимоги злочинця розкрадання не можна вважати закінченим: грошові кошти знаходяться у власності банку й у злочинця відсутня реальна можливість розпоряджатися грошовими коштами на свій розсуд або користуватися ними як своїми власними. Визначити момент закінчення розкрадання у цьому випадку практично неможливо, оскільки безготівкові гроші, які знаходяться на рахунку, носять

знеособлений характер і їх не можна розділити на викрадені й отримані законним шляхом [15].

У науковій літературі [16, с. 29–37] також наводяться чинники, які вказують на речово-правову природу безготівкових грошей: якщо розглянути деякі зобов'язання, пов'язані з переміщенням коштів, стає зрозуміло, що законодавство визнає безготівкові гроші об'єктом права власності. Так, згідно із ст. 1046 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України за договором позики позикодавець передає гроші або інші речі іншій стороні у власність. На сьогодні переважна більшість кредитів видається у безготівковій формі. Виникає питання: що у цьому випадку передається у власність? Більше того: якщо кредит надається банком шляхом перерахування коштів на розрахунковий рахунок, який відкрито у цьому ж банку, то виходить, що кошти залишилися у власності банку. Таке тлумачення суперечить законодавчому визначенню договору кредиту (позики), на підставі якого відбувається зміна права власності на безготівкові гроші з моменту зарахування грошей на рахунок одержувача. Якщо визнати, що безготівкові гроші – це лише зобов'язання, то при аналізі розрахункових відносин може виникнути низка інших нелогічностей (зокрема, щодо неможливості банку здійснити безготівковий переказ за відсутності у нього коштів на кореспондентському рахунку, щодо можливості стягнення коштів, які помилково надійшли на банківський рахунок будь-якої особи, як безпідставного збагачення) [17, с. 97–101].

Нам імпонує підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану, речово-зобов'язальну природу. Вони є фікцією речі, що має зобов'язальну природу. Для зручності (потреб кваліфікації злочинів) можна застосовувати до безготівкових грошей режим речового права, визнаючи їх майном. Відомо, що поняття майна, будучи за своєю юридичною природою міжгалузевим, є однією з визначальних цивілістичних категорій. І вирішальне слово у з'ясуванні цього поняття має належати не криміналістам, а цивілістам. При цьому із ЦК України випливає, що гроші визнаються різновидом майна: під річчю розуміють предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права й обов'язки (ст. 179), а під майном як особливим об'єктом цивільних прав та обов'язків – окрему річ, сукупність речей, а також майнові права й обов'язки (ст. 190). Стаття 192 під назвою «Гроші (грошові кошти)», не диференціюючи останні на готівкові та безготівкові, розміщена у межах глави 13 «Річ. Майно» розділу III «Об'єкти цивільних прав» чинного ЦК України. Отже, ЦК України однознач-

но зараховує гроші до майна безвідносно до їх готівкової чи безготівкової форми. За таких обставин навряд чи заслуговує на підтримку пропозиція М. Бікмурзіна вказати безпосередньо у тексті кримінального закону, що під майном як предметом злочинів проти власності слід розуміти у тому числі безготівкові гроші [18, с. 143, 144, 152]. Викладене і так є очевидним із урахуванням наведених положень регулятивного (цивільного) законодавства. Разом із тим М. Бікмурзін має рацію, коли зазначає, що охоплення поняттям майна безготівкових коштів дозволяє розцінювати злочинні посягання на такі кошти як традиційні злочини проти власності, отже, КК не потребує якихось нових заборон, розрахованих на вказані посягання. Погоджуюсь із науковцем і в тому, що реальна можливість розпорядитися безготівковими грошима виникає у винного з моменту зарахування грошей на його банківський рахунок, а в певних випадках – у момент обманного списання грошей із рахунку законного власника на рахунок третьої особи (повернення боргу, оплата товарів чи послуг тощо).

Як зазначає Н. Вишнякова, на підставі розкриття цивільно-правової природи безготівкових грошей можливі два варіанти вирішення питання про ці гроші як предмет злочинів проти власності: визнавати готівкові та безготівкові гроші майном, належним особі на праві власності; визнавати готівкові гроші речами, а безготівкові – правом вимоги, що входять до складу майна, належного особі на праві власності. Обидва підходи, прийнятні з цивільно-правової точки зору та дозволяють визнавати безготівкові гроші предметом злочинів проти власності [19, с. 14]. До речі, у низці своїх рішень Європейський Суд з прав людини роз'яснив, що майном, яке знаходиться у власності, можуть бути як речі, так і права, у тому числі права вимоги; безготівкові гроші є майном, що знаходиться у власності [15].

Якщо ігнорувати архаїчну догматику та суворо керуватися текстом кримінального закону, слід виходити з того, що у кримінально-правовій нормі про крадіжку йдеться не лише про речі, а й про будь-яке майно. Отже, і про грошові кошти на рахунку як об'єкт зобов'язальних прав і права на майно [20]. Про безготівкові гроші як різновид майна, належного власнику банківського рахунку, отже, про предмет злочинів проти власності ведуть мову й інші дослідники [21, с. 174; 22, с. 91; 23, с. 138–141; 24, с. 573–574; 25, с. 12–13].

Заслужують на увагу у зв'язку з викладеним міркування Н. Антонюк, яка вважає, що: безготівкові гроші є юридичною фікцією, зобов'язанням, що показує рух грошей і полягає в обов'язку банку виплатити гроші пев-

ному клієнту (перерахувати їх); кримінально-правова охорона безготівкових грошей повинна бути тотожною кримінально-правовій охороні готівкових грошей як різновиду речей [26, с. 131–134].

Чимало інших науковців [27, с. 175–176; 28, с. 76–80] є прихильниками подібної позиції, яку, треба так розуміти, є підстави визнати компромісною. Стверджується, що гроші завжди залишаються грошима, а безготівковість – лише форма їх існування. Не можна не звертати уваги на дуалізм природи безготівкових грошей – втілення у них речового та зобов'язального права (з одного боку, це вимога кредитора до боржника, з іншого – ця вимога відділяється від договору, що її породив, а майно, що утворилося, є залученим капіталом для банку – об'єктом права власності). Банк, який придбаває право власності на зараховані на відповідний рахунок кошти, перебуває стосовно зовнішнього світу приблизно у такій самій ситуації, що і традиційний власник. Якщо на рахунок злочинця (або іншої особи) зараховані безготівкові гроші, у нього з'являється реальне право користуватися цими коштами на свій розсуд (наприклад, особа може перевести їх у готівку, перерахувати на рахунок іншої особи). Злочинець набуває право на майно, тобто на самі гроші, які й є предметом зобов'язальної вимоги до банку.

З огляду на викладене, слід підтримати позицію, відповідно до якої: кваліфікація посягань на грошові кошти не залежить від форми (готівкової чи безготівкової) існування цих коштів; предметом злочину при незаконному списанні сум безготівкових коштів з банківських рахунків є майно, що належить власникам рахунків; незаконне посягання на безготівкові гроші треба розцінювати як заволодіння чужим майном у той чи інший спосіб, визначений у КК України.

Проведене дослідження дозволяє зробити **висновок** про те, що цивільно-правове поняття майна включає в себе і безготівкові кошти, отже, вирішувати це питання у законодавчому порядку (у тому числі шляхом внесення змін до КК України) не потрібно. Питання про переважно речовий або зобов'язально-правовий характер безготівкових грошей як різновиду майна для вирішення проблем, пов'язаних із кваліфікацією злочинних посягань на такі гроші, не є принциповим. В аспекті визнання безготівкових грошей предметом злочинів проти власності конструктивним слід визнати компромісний підхід, відповідно до якого безготівкові гроші мають змішану (речово-зобов'язальну) природу. Проблематика предмета злочинів проти власності продовжує зберігати свою актуальність, перш за все під кутом визначення перспектив заміни розробленої ще у радянський період

концепції злочинів проти власності концепцією майнових злочинів.

Список використаних джерел

1. Макконнелл К. Р., Брю С. Л. Экономикс: принципы, проблемы и политика. В 2 т. – М., 2001. – Т. 1. – 974 с.
2. Ефимова Л. Г. Правовые проблемы безналичных денег // Хозяйство и право. – 1997. – № 2.
3. Тараканов С. Информационная природа безналичных денег // Хозяйство и право. – 1998. – № 9.
4. Демушкина Е. Безналичные ценные бумаги – фикция или реальность? // Рынок ценных бумаг. – 2006. – № 18. – С. 87–93.
5. Гражданское право: В 2 т. – М., 2000. – Т. 2, полумтом 2. – 642 с.
6. Курбатов А. Ответственность банков за несвоевременное исполнение расчетных документов по платежам в бюджет и внебюджетные фонды // Хозяйство и право. – 1996. – № 4.
7. Новоселова Л. А. О правовой природе средств на банковских счетах // Хозяйство и право. – 1996. – № 8.
8. Гетманцев Д. О., Шукліна Н. Г. Банківське право України. – К., 2007. – 344 с.
9. Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. – М., 2010. – 893 с.
10. Пауль А. Г. Финансово-правовое регулирование правоотношений собственности // Журнал российского права. – 2004. – № 1.
11. Фролов М. В. Имущество как предмет хищения: единство и дифференциация гражданско-правового и уголовно-правового моментов понятия: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – 208 с.
12. Волженкин Б. В. Мошенничество. – СПб., 1998. – 36 с.
13. Векленко В. В. Квалификация хищений чужого имущества: дис. ... д-ра юрид. наук. – Омск, 2001. – 375 с.
14. Герасимова Е. Л. Предмет хищения в российском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – 194 с.
15. Тарасов А. А. Безналичные денежные средства как предмет хищений в сфере финансовой деятельности воинских частей [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.zonazakona.ru/law/comments/334>.
16. Хабаров А. В. Преступления против собственности: влияние гражданско-правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 1999. – 213 с.
17. Ефимова Л. Г. Правовые аспекты безналичных денег // Закон. – 1997. – № 1.
18. Бикмурзин М. П. Предмет преступления: теоретико-правовой анализ. – М., 2006. – 184 с.
19. Вишнякова Н. В. Объект и предмет преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Омск, 2003. – 27 с.
20. Отзыв о проекте Федерального закона о внесении в УК РФ дополнений и изменений, касающихся уголовной ответственности за мошенничество [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.iauaj.net/node/1169>.
21. Лопашенко Н. А. Преступления против собственности: теоретико-прикладное исследование. – М., 2005. – 408 с.
22. Олійник П. В. Предмет злочинів проти власності: поняття, види, кримінально-правове значення. – Х., 2011. – 208 с.
23. Швець А. Ю. Предмет злочинів проти власності у кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2011. – 240 с.
24. Яни П. С. Очерк 16: Проблемы квалификации хищений // Уголовное право: Актуальные проблемы теории и практики / Под ред. В. В. Лунева. – М., 2010.
25. Имущественные преступления / Под ред. В. И. Тюнина. – СПб., 2012. – 115 с.
26. Антонюк Н. О. Кримінально-правова охорона власності. – Л., 2012. – 514 с.
27. Бойцов А. И. Преступления против собственности. – СПб., 2002. – 775 с.
28. Хилота В. В. Безналичные денежные средства как предмет хищения // АНО «Юридические программы». – М., 2009.

Стаття надійшла до редакції 09.05.2014 р.

Doctrinal approaches related to understanding legal nature of non-cash money as an object of crimes against ownership are examined.

В статье рассматриваются доктринальные подходы к пониманию правовой природы безналичных денег как предмета преступлений против собственности.



УДК 343.13

Роман Мовчан,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри економічної безпеки

Луганського державного університету внутрішніх справ ім. Е. О. Дідоренка

ПРО ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 239² КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Стаття присвячена характеристиці предмета злочину, передбаченого ст. 239² Кримінального кодексу України.

Ключові слова: предмет злочину, землі водного фонду, ґрунтовий покрив, поверхневий шар, родючість.

Верховна Рада України, реагуючи на зростаючу кількість випадків незаконного користування землями водного фонду, які почали набувати все більшого суспільного резонансу, прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за правопорушення у сфері довілля» від 15.11.2009 р. (далі – Закон). У пояснювальній записці до першої редакції цього Закону необхідність його прийняття пояснювалася потребою встановлення на законодавчому рівні заборони стосовно штучного утворення земельної ділянки, передусім у межах прибережних захисних смуг і зонах особливого режиму використання земель (налив, засипка чи інше штучне утворення земельної ділянки) без оформлення необхідної проектної документації й отримання дозволу на проведення таких робіт. Згаданим Законом, серед іншого, передбачено доповнення Кримінального кодексу (далі – КК) України ст. 239² «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах», наявність якої мала б надати можливість притягати до кримінальної відповідальності осіб, винних у незаконних діях стосовно земель водного фонду, зокрема, зміні рельєфу цих земель і незаконному заволодінні ними. Разом із тим застосування ст. 239² КК у практичній діяльності правоохоронних органів значною мірою ускладнюється труднощами в опануванні приписів цієї кримінально-правової норми, що виникають через невдале законодавче викладення деяких ознак досліджуваного складу злочину, зокрема його предмета.

Питання предмета злочину, передбаченого ст. 239² КК, висвітлювалося на сторінках юридичної літератури у працях таких учених, як П. Берзін, О. Дудоров, Д. Каменський, В. Комарницький, М. Кумановський, П. Мельник, А. Мірошніченко. Але низка актуаль-

них питань, що стосуються визначення предмета злочину, передбаченого ст. 239² КК, досі не вирішені кримінально-правовою наукою, хоч їх актуальність та теоретико-прикладна значущість не викликає сумнівів.

Метою цієї статті є повне, всебічне й об'єктивне дослідження предмета злочину, передбаченого ст. 239² КК, а також формулювання на підставі проведеного дослідження науково обґрунтованих висновків, які в подальшому могли б бути враховані законодавцем у процесі вдосконалення положень чинного кримінального законодавства.

Аналіз диспозиції ч. 1 ст. 239² КК свідчить, що предметом розглядуваного складу злочину, що розглядається, є поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду. Одночасне використання у ч. 1 ст. 239² КК прикметників «поверхневий» і «ґрунтовий» шар не дає змоги з цілковитою впевненістю визнати предметом досліджуваного злочину ні перше, ні друге поняття.

П. Берзін та А. Мірошніченко предметом досліджуваного злочину визнають поверхневий шар земель водного фонду, який у диспозиції ч. 1 ст. 239² КК ототожнюється з ґрунтовим шаром таких земель [1]. Дещо іншої позиції дотримується М. Кумановський, який вважає, що немає підстав вести мову про рівнозначність понять «поверхневий шар» і «ґрунтовий шар». Як аргумент наводиться етимологія вживаних у ст. 239² КК термінологічних зворотів, яка переконує криміналіста у тому, що поняття «поверхневий» поглинає (включає в себе) поняття «ґрунтовий» і тому розглядати наведені терміни як синоніми неправильно. Висловлюється думка про те, що не весь поверхневий шар земель водного фонду є ґрунтовим, що законодавець ставить під охорону кримінального закону по-

верхневий шар земель водного фонду, однак цей шар повинен бути ґрунтовим. Предметом злочину є поверхневий (ґрунтовий) шар земель водного фонду, на якому ростуть рослини. Саме ґрунт і його основна властивість – родючість відрізняє цей предмет від іншої поверхні земель водного фонду [2, с. 131–132].

Ми поділяємо позицію М. Кумановського у частині необхідності розмежування понять «поверхневий шар» і «ґрунтовий шар», але погодитися з міркуваннями науковця не можемо. Зокрема, наведена позиція стосовно визнання однією з обов'язкових ознак предмета аналізованого злочину родючості не відповідає положенням чинного законодавства та намірам законодавця, якими останній керувався, доповнюючи КК ст. 239², а її сприйняття призведе до невиправдано обмежувального тлумачення кримінального закону. Збереження родючості земель водного фонду має важливе значення, але вбачати зміст суспільної небезпеки досліджуваного злочину виключно у заволодінні «ґрунтовим» шаром земель водного фонду жодних підстав немає. Тлумачення чинної редакції ч. 1 ст. 239² КК дозволяє вважати, що законодавець, хоч і помилково, визнав поняття «поверхневий шар» і «ґрунтовий шар» тотожними і не розглядає їх як родові та видові. Аналіз пояснювальної записки до проекту закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо відповідальності за правопорушення стосовно земель водного фонду)»¹ переконливо засвідчує той факт, що, доповнюючи КК ст. 239², вітчизняний законодавець намагався попередити незаконні дії стосовно всіх різновидів поверхневого шару земель водного фонду, а не лише тих із них, які наділені такою ознакою, як родючість.

Крім того, доволі дивним виглядає зроблений М. Кумановським акцент саме на такій властивості земель водного фонду, як родючість. На нашу думку, цінність поверхневого шару земель водного фонду, на відміну від, наприклад, земель сільськогосподарського призначення, полягає не тільки, а скоріше за все, і не стільки в їх родючості, скільки в інших властивостях, здатних забезпечувати виконання інших, крім вирощування рослин, необхідних для суспільства функцій (оздоровчих, рекреаційних, економічних тощо). Більше того, в юридичній літературі звер-

тається увага на те, що особливістю правового режиму майже всіх земель водного фонду, зокрема прибережних захисних смуг, є заборона використання цих земель для сільськогосподарського виробництва, а також для ведення садівництва та городництва, оскільки розорювання земель призводить до змін рельєфу басейну, зменшення природного рослинного світу, що може позначитися на водності водного об'єкта [3, с. 440].

Слід зазначити, що М. Кумановський основним призначенням земель водного фонду визнає раціональне використання та належну охорону вод. Зокрема, він зазначає: «Правовий режим земель водного фонду тісно пов'язаний із характером експлуатації самих водних об'єктів, як правило, є комплексним і багатогалузевим. Землі, покриті водою, слугують певною основою і формою для водного об'єкта, «посудиною», яка заповнена водою. Землі, що прилягають до водних об'єктів, використовуються для охорони поверхневих вод від забруднення, засмічення, збереження їх водності, будівництва й експлуатації споруд, які забезпечують задоволення питних, господарсько-побутових, лікувальних, оздоровчих, курортних та інших потреб населення, а також сільськогосподарських, промислових, енергетичних, природоохоронних, транспортних, рибогосподарських та інших державних і суспільних потреб» [2, с. 132].

Як бачимо, позиція дослідника не є послідовною, адже, з одного боку, сферу дії ст. 239² КК він обмежує виключно випадками незаконного заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду, наділених такою властивістю, як родючість, а, з іншого – вказує на багатогранність функцій земель водного фонду, більшість із яких не пов'язується з родючістю їх поверхневого шару. Викладене свідчить, що предметом злочину, передбаченого ст. 239² КК, може виступати будь-який поверхневий шар земель водного фонду, а не лише наділений властивістю «родючості». Правильність подібного тлумачення положень КК підтверджується прикладом із судової практики.

Калуський міськрайонний суд Івано-Франківської області встановив, що 27.05.2013 р. З., використовуючи свій трактор, незаконно, без отримання від спеціально уповноваженого органу влади дозволу на видобуток піщано-гравійної суміші, здійснив видобуток із русла річки «Дністер» 15,157 куб м такої суміші, які погрузив на вантажні автомобілі. Тим самим З. незаконно заволодів поверхневим (ґрунтовим) шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах. З. був визнаний винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 239² КК, і йому призначено покарання у вигляді штрафу [4].

¹ Нагадаємо, що у цьому документі йшлося про необхідність прийняття відповідного Закону, яка зумовлюється потребою встановлення на законодавчому рівні заборони стосовно штучного утворення земельної ділянки, передусім у межах прибережних захисних смуг і зонах особливого режиму використання земель (намив, засипка чи інше штучне утворення земельної ділянки).

У наведеному прикладі суд визнав предметом злочину, передбаченого ст. 239² КК, піщано-гравійну суміш, якій не притаманна родючість.

Слід зазначити, що до ознак предмета злочину, передбаченого ст. 239² КК, М. Кумановський, крім родючості, відносить: належність до земель із спеціальним цільовим призначенням – земель водного фонду як складової літосфери; державно-правове регулювання з притаманним йому імперативним методом; поверхневості; невіддільності землі та водного фонду; особливо великий розмір; водоохоронне та водообслуговуюче значення [2, с. 133].

На нашу думку, правильність включення до ознак предмета досліджуваного злочину такої ознаки, як невіддільність землі від водного фонду, є сумнівним. Розкриваючи зміст цієї ознаки, М. Кумановський зазначає, що землі водного фонду самі собою (без водного об'єкта) існувати не можуть, а це дає підстави стверджувати, що поверхневий (грунтовий) шар земель водного фонду невіддільний від водних об'єктів [2, с. 132]. Такий висновок ми вважаємо сумнівним, адже більшість випадків незаконного заволодіння поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду полягає саме у незаконному відділенні поверхневого шару земель водного фонду від водного об'єкта з подальшим його використанням у певних цілях. Крім того, твердження про те, що землі водного фонду самі собою (без водного об'єкта) існувати не можуть є спірним, оскільки у випадку відділення поверхневого (грунтового) шару земель водного фонду від водного об'єкта «існування»¹ цих земель не припиняється, хоча вони і втрачають статус земель водного фонду.

Згідно із ст. 58 Земельного кодексу (далі – ЗК) України до земель водного фонду належать землі, зайняті: морями, річками, озерами, водосховищами, іншими водними об'єктами, болотами, а також островами, які не зайняті лісами; прибережними захисними смугами вздовж морів, річок і навколо водойм, крім земель, зайнятих лісами; гідротехнічними, іншими водогосподарськими спорудами та каналами, а також землі, виділені під смуги відведення для них; береговими смугами водних шляхів.

Глава 12 ЗК регулює основні положення щодо використання та збереження земель водного фонду. Разом із тим в юридичній літературі звертається увага на те, що чинне законодавство практично жодним чином не визначає правового режиму земельних діля-

нок, що знаходяться під водами територіального моря України [5, с. 334].

Згідно з наведеним у ст. 58 ЗК визначення землі водного фонду поділяються на дві частини – безпосередньо покриті водою (водопокриті) та прилеглі до водойм (призначені для використання й охорони вод). До водопокритих належать землі, зайняті внутрішніми морями та територіальним морем, озерами, водосховищами, річками, каналами й іншими водними об'єктами. Землі, що прилягають до водних об'єктів, використовуються для охорони поверхневих вод від забруднення, засмічення, збереження їх водності, будівництва й експлуатації споруд, які забезпечують задоволення питних, господарсько-побутових, лікувальних, оздоровчих, курортних та інших потреб населення, а також сільськогосподарських, промислових, енергетичних, природоохоронних, транспортних, рибогосподарських, інших державних і суспільних потреб [6, с. 432–433].

Незважаючи на те, що землі водного фонду складаються з двох частин, вони мають певну єдність, оскільки їх основним призначенням є раціональне використання та належна охорона вод. З цього випливає і специфічний правовий режим зазначеної категорії земель, що безпосередньо залежить від правового режиму вод і визначається переважно нормами Водного кодексу України [6, с. 433].

При застосуванні ст. 239² КК потрібно враховувати слушне зауваження, висловлене А. Мірошніченком, який зазначає, що землями водного фонду повинні визнаватися лише земельні ділянки, на яких водні об'єкти знаходяться постійно або більшу частину року, на відміну від земельних ділянок, що заливаються водою під час, наприклад, весняної повені [5, с. 334]. Не належать до цих земель і земельні ділянки, на яких розташовані штучні плавальні басейни, системи комунальних і промислових водопроводів тощо [3, с. 432].

При кваліфікації дій особи за ст. 239² КК слід також пам'ятати, що закріплення прибереженої захисної смуги у складі земель водного фонду автоматично не змінює правовий режим усіх земельних ділянок у межах цих смуг після набуття чинності відповідних норм Водного кодексу України [7, с. 34], а також ЗК. Так, за станом на 2010 р. до прибережних захисних смуг фактично віднесено в натурі 86 тис. км, або лише 19,7 % загальної площі (436 тис. км) прибережних захисних смуг [8, с. 147]. Таким чином, зазначені земельні ділянки, права на які в установленому законодавством порядку оформлені землевласниками та землекористувачами до моменту законодавчого включення прибережних захисних смуг до земель водного фонду, не мо-

¹Більш вдалим, на нашу думку, було б використання у цьому контексті терміна «функціонують» або «використовуються», а не «існують».

жуть у зв'язку з цим автоматично бути переведені до іншої категорії земель із настанням відповідних правових наслідків [9, с. 237].

Заслужує на увагу той факт, що ст. 239² КК має назву «Незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах», а у диспозиції ч. 1 цієї статті йдеться про незаконне заволодіння *поверхневим (грунтовим) шаром земель водного фонду* в особливо великих розмірах. Очевидно, що зміст диспозиції ч. 1 ст. 239² КК не повністю узгоджується з назвою цієї статті КК. Така неузгодженість носить не лише техніко-граматичний, а й змістовний характер. Адже вказівка у назві кримінально-правової норми, що розглядається, на незаконне заволодіння саме землями водного фонду може призвести до неправильного розуміння правоохоронними органами суті цього злочину та спонукати їх до хибного висновку про те, що в аналізованій забороні йдеться про певний різновид самовільного зайняття земельної ділянки (ст. 197¹ КК), а саме – про самовільне зайняття земельної ділянки водного фонду. За такого розуміння суті злочину, що розглядається, яке ґрунтується на назві ст. 239² КК, логічним було б розміщення відповідної заборони у розділі VI Особливої частини КК («Злочини проти власності»). Насправді ж, як це впливає із змісту диспозиції ч. 1 ст. 239² КК, у ній йдеться про незаконні дії не стосовно земельної ділянки водного фонду, а щодо поверхневого (грунтового) шару земель водного фонду. З огляду на це, помилковою слід визнати точку зору А. Шульги, який предметом досліджуваного злочину визначає землі водного фонду, а не їх поверхневий (грунтовий) шар [10, с. 92].

Висновки

Предметом злочину, передбаченого ст. 239² КК, може виступати будь-який поверхневий шар земель водного фонду, а не лише наділений властивістю «родючості». Для уникнення суперечок з цього приводу в майбутньому законодавець має внести зміни до ч. 1 ст. 239²

КК, вказавши (враховуючи мету доповнення КК ст. 239², зазначену у пояснювальній записці до відповідного законопроекту) на незаконне заволодіння саме «поверхневим», а не «грунтовим», шаром земель водного фонду. Назва ст. 239² КК, сформульована наразі з порушенням вимоги уніфікації законодавчої термінології, має бути змінена та приведена у відповідність із змістом диспозиції ч. 1 ст. 239² КК. Ми пропонуємо назву та ч. 1 ст. 239² КК викласти у такій редакції:

«Стаття 239². Незаконне заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах

1. Незаконне заволодіння поверхневим шаром земель водного фонду в особливо великих розмірах».

Список використаних джерел

1. Берзін П., Мірошніченко А. Про законодавчі потуги вирішувати уявні проблеми в кримінальному праві // Юридичний вісник України. – 2012. – № 24.
2. Кумановський М. В. Проблема предмета злочину, передбаченого ст. 239² Кримінального кодексу України (незаконне заволодіння землями водного фонду в особливо великих розмірах) // Право і безпека. – 2013. – № 1. – С. 128–134.
3. Земельне право / М. В. Шульга, Н. О. Багай, В. І. Гордєєв та ін.; За ред. М. В. Шульги. – Х., 2013. – 520 с.
4. Архів Калуського міськрайонного суду Івано-Франківської області: Справа № 345/3361 за 2013 р.
5. Мірошніченко А. М. Земельне право України. – К., 2012. – 392 с.
6. Земельне право / За ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. – К., 2009. – 600 с.
7. Носік В. В. Два кодекси мої... // Вісник прокуратури. – 2001. – № 1. – С. 32–36.
8. Золотарьова Н. І. Земля як об'єкт правової охорони: питання сучасного стану // Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право: збірник наукових праць. – 2012. – № 1. – С. 144–149.
9. Кононов В. В. Поняття прибережних захисних смуг за законодавством України // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 3. – С. 236–239.
10. Шульга А. М. Злочини проти довілля: Питання кваліфікації. – Х., 2012. – 192 с.

Стаття надійшла до редакції 18.03.2014 р.

The paper covers the characteristic of an article of the crime provided by the art. 239² of the Criminal Code of Ukraine.

Статья посвящена характеристике предмета преступления, предусмотренного ст. 239² Уголовного кодекса Украины.



УДК 343.347

Геннадій Піщенко,*канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права,***Данило Гундза,***лейтенант міліції, слухач магістратури
Національної академії внутрішніх справ*

ДЕКРИМІНАЛІЗАЦІЯ ЧИ ПОСИЛЕННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ (дискусійні питання щодо ст. 309 Кримінального кодексу України)

У статті досліджується питання декриміналізації ч. 1 ст. 309 Кримінального кодексу України в контексті сучасної державної політики щодо наркотиків.

Ключові слова: наркоманія, наркозлочинність, наркотики, декриміналізація, об'єктивний і суб'єктивний критерій, середня добова доза.

Наркозлочинність в Україні за останнє десятиліття стала однією з найгостріших суспільних проблем, нерозв'язання якої призводить до заподіяння шкоди здоров'ю людини, негативного впливу на соціальну сферу, а також є загрозою національній безпеці України.

Слід зазначити, що в державі до останнього часу надавали перевагу силовим методам розв'язання проблеми, пов'язаної з вживанням наркотиків, що негативно позначалося на правах хворих людей. Саме цим, зокрема, зумовлена наявність проблем, пов'язаних із забезпеченням доступу пацієнтів до наркотичних лікарських засобів, а також тенденцією підміни протидії наркозлочинності боротьбою із споживачами наркотиків. За таких умов необхідно з нових позицій оцінити рівень загроз, зумовлених незаконним обігом наркотиків, визначити адекватні сучасним викликам пріоритети державної політики щодо наркотиків.

На сьогодні державна політика щодо наркотиків полягає у всебічному переході від карального, кримінально-правового спрямування антинаркотичних заходів до лікувально-профілактичних як найбільш плідних у контексті подолання наркоманії [1].

Метою цієї статті є дослідження питання щодо можливостей часткової декриміналізації ст. 309 Кримінального кодексу (далі – КК) України в контексті сучасної державної політики щодо незаконного обігу наркотиків.

У чинному КК України незаконному обігу наркотиків присвячено розділ XIII, але статті 307 і 309 є найбільш поширеними та дискусійними, на нашу думку, адже в їх гіпотезах і диспозиціях присутні однакові слова: «незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів». Різниця між ними полягає в тому, що в першій присутнє слово «збут», а в другій – словосполучення «без мети збуту». Відповідно, відрізняються і санкції: ст. 307 КК України передбачає від 4 до 12 років позбавлення волі, а ст. 309 – від 850 грн штрафу до 8 років позбавлення волі.

На сьогодні ч. 1 ст. 309 КК (незаконне виробництво, придбання, зберігання, перевезення наркотичних засобів без мети збуту) передбачає покарання до 3 років позбавлення волі. На нашу думку, правоохоронні органи повинні сконцентрувати свої зусилля на реальних злочинцях, а не наркозалежних.

Слід зазначити, що у 2013 р. Міністерство охорони здоров'я зазначало, що в Україні близько 387 тис. споживачів наркотиків. У держслужбі ж фіксують постійне збільшення споживачів наркотичних речовин. Якщо у 2001 р. їх кількість становила 21 особу на 10 тис. населення, то у 2013 р. – вже 33 людини.

За даними МВС, минулого року за ст. 309 КК порушено 29 тис. кримінальних проваджень (53 % загальної кількості кримінальних проваджень у сфері незаконного обігу нар-

котиків), а у першій половині поточного року за цією статтею відкрито 11,4 тис. кримінальних проваджень. Статистика також свідчить про те, що протягом останніх 5 років середньорічне число засуджених за ст. 307 становило майже 5 тис. чол., а за ст. 309 – близько 15 тис. Таким чином, кожен десятий засуджений в Україні злочинець сів на лаву підсудних за зберігання наркотиків без мети збуту. Іншими словами, всі ці люди фактично засуджені за вживання наркотиків, покарання за яке відсутнє в КК України. Як правило, наркоманів притягають до кримінальної відповідальності за зберігання. Адже в переважній більшості випадків для того, щоб вжити наркотик, його потрібно потримати в руках, і цих кількох секунд правоохоронцям достатньо, щоб кваліфікувати діяння як незаконне зберігання.

Суперечки про те, чи має бути це діяння кримінально караним, тривають давно. Прихильники декриміналізації ст. 309 наполягають на тому, що в даному випадку суспільство від імені держави карає хворих людей, яких потрібно не карати, а лікувати. Їх опоненти стверджують, що таким чином держава де-факто карає наркоманів за інші злочини, які були ними вчинені, але не зареєстровані. Перш за все йдеться, наприклад, про крадіжки з дому (щоб дістати гроші для придбання чергової дози). Людина, потрапивши у наркотичну залежність, найчастіше краде та продає речі своїх рідних і близьких, а вони, як родичі, не заявляють про це в міліцію.

Нагадаємо, що ч. 1 ст. 309 КК України містить некваліфіковане зберігання наркотиків; ч. 2 – те саме, але вчинене повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо предметом злочину була велика кількість наркотиків; ч. 3 – це все організована група або особливо велика кількість.

Прихильники декриміналізації вважають за доцільне передбачену нині редакцію ч. 1 ст. 309 віднести до категорії кримінальних проступків, за яку будуть передбачені виключно штрафні санкції; пропонують також підвищити розміри наркотиків, необхідні для притягнення особи до кримінальної відповідальності. Нагадаємо, що в Кодексі України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) є ст. 44 з дуже схожою назвою: «Незаконні виробництво, придбання, зберігання, перевезення, пересилання наркотичних засобів або психотропних речовин без мети збуту в невеликих розмірах». Нею передбачені санкції у вигляді штрафу від 425 до 850 грн, громадських робіт від 20 до 60 годин або адміністративного арешту на термін до 15 діб. Однак вона не тягне за собою судимість, яка може зашкодити людині в її подальшому житті, зокрема в отриманні роботи.

Рівень декриміналізації діянь у сфері обігу наркотиків визначається об'єктивним та суб'єктивним критеріями. *Об'єктивний критерій* – це наявність закріплених у КК України норм, які передбачають покарання за діяння у сфері незаконного обігу наркотиків. *Суб'єктивний критерій* – це реалізація зазначених норм відповідними правоохоронними та судовими органами.

КК України передбачив всі можливі діяння, які можна вчинити з наркотичними засобами без мети їх збуту: ст. 309 Кодексу передбачає кримінальну відповідальність за незаконне виробництво, виготовлення, придбання, зберігання, перевезення чи пересилання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів без мети збуту. З огляду на це, йдеться про невелику (недостатню для порушення кримінального провадження) кількість знайдених у людини наркотиків.

Основним критерієм, який визначає суспільну небезпечність діяння, пов'язаного з незаконним обігом наркотиків, є їх кількісні й якісні характеристики. Якісні параметри наркотичних засобів закріплені у Переліку наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, який затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 06.05.2000 р. № 770, в якому вони поділяються на:

- особливо небезпечні наркотичні засоби, обіг яких заборонено;
- особливо небезпечні психотропні речовини, обіг яких заборонено;
- рослини, які містять наркотичні засоби та психотропні речовини й обіг яких допускається для промислових цілей;
- наркотичні засоби, обіг яких обмежено;
- психотропні речовини, обіг яких обмежено;
- наркотичні засоби, обіг яких обмежено та стосовно яких допускаються виключення деяких заходів контролю;
- психотропні речовини, обіг яких обмежено та стосовно яких допускаються виключення деяких заходів контролю;
- прекурсори, обіг яких обмежено та стосовно яких встановлюються заходи контролю;
- прекурсори, стосовно яких встановлюються заходи контролю.

Оскільки якісні параметри у діяннях, передбачених ст. 309 КК, на відміну від ст. 307 КК (у ч. 2 якої зазначено що однією з кваліфікуючих ознак є вчинення діянь, пов'язаних із особливо небезпечними наркотичними засобами або психотропними речовинами), не відіграють особливої ролі у визначенні суспільно небезпечного діяння та подальших підстав для притягнення до кримінальної відповідальності, то особливим критерієм залишаються кількісні параметри наркотичних засобів і психотропних речовин, які й визначають суспільну небезпеку даного діяння.

Що стосується кількісних параметрів, то розмір наркотичних засобів, необхідний для притягнення до адміністративної або кримінальної відповідальності, визначається спеціально уповноваженим органом виконавчої влади в галузі охорони здоров'я. Таким органом на сьогодні є Державний комітет України з контролю за наркотиками (у минулому Комітет з контролю за наркотиками). Таким чином, рішення про притягнення до кримінальної відповідальності фактично приймає не слідчий, а медики, які покликані лікувати хворих і не є фахівцями в галузі права.

Державним комітетом України з контролю за наркотиками були розроблені та затверджені наказом Міністерства охорони здоров'я від 01.08.2000 р. № 188 Таблиці невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які знаходяться у незаконному обігу та відповідно до яких на сьогодні визначаються кількісні параметри наркотичних засобів та психотропних речовин.

Із 2000 р. по 2011 р. до наказу МОЗ України № 188 двічі вносилися зміни:

- наказом МОЗ України від 20.08.2008 р. № 481 були визначені розміри трамадолу;
- наказом МОЗ України від 29.07.2010 р. № 634, який вступив у законну силу з 07.10.2010 р., були криміналізовані (декриміналізовані) деяка кількість наркотичних засобів і психотропних речовин. Аналіз нових змін свідчить, що в основному вони відбулися у таблиці наркотичних засобів і стосувалися питань декриміналізації героїну (з 0 до 0,005 г), меткатинону (ефедрон) (з 0 до 0,01 г) та макової соломи (з 10 г до 50 г).

У той самий час здійснена криміналізація опію ацетильованого у 20 разів (з 0,1 г до 0,005 г), та опію у 5 разів (з 0,5 г до 0,1 г). Що стосується психотропних речовин, то тут відбулася декриміналізація: тетрагідро-канабіол, усі ізомери, (+)-лізергид (ЛСД), тенамфетамін (МДА). Одночасно наказом МОЗ України від 29.07.2010 р. № 634 були надані нові роз'яснення до Таблиць наркотичних засобів та психотропних речовин. Зокрема:

- розміри наркотичних засобів та психотропних речовин визначені на підставі існуючої практики боротьби з незаконним обігом наркотичних засобів і психотропних речовин та з урахуванням існуючої міжнародної практики, що базується на визначеній добовій дозі (definite daily dose) (далі – ВДД) за даними Міжнародного комітету з контролю за наркотиками ООН;
- до невеликих розмірів віднесені ті, що не перевищують 10 ВДД;
- великі розміри – у межах від 100 до 1000 ВДД;

- особливо великі розміри перевищують 1000 ВДД.

Комітет у своїх таблицях робить посилення на ВДД. Але як ним визначено ВДД, які критерії при цьому застосовані на сьогодні не відомо. Наприклад, на чому ґрунтується Комітет, коли робить визначення добової дози героїну (0,005 г), якщо, ще у 80-ті роки ХХ ст. Е. Бабаян довів, що необхідна середня разова доза героїну, щоб особа отримала наркотичне сп'яніння, становить 5–10 мг (вага маси особи при цьому повинна досягати у середньому 70 кг), а для наркоспоживача така доза у 2–4 рази більше, тобто 20–40 мг. Вказане визначення можна знайти майже у кожному підручнику з наркології. Саме тому у Висновку Постійного комітету з контролю за наркотиками при МОЗ СРСР про віднесення до невеликих і великих розмірів кількості наркотичних засобів, що виявлені в незаконному зберіганні чи обігу (до протоколу засідання Постійного комітету з контролю за наркотиками при Міністерстві охорони здоров'я СРСР від 25.11.1987 р. № 9), невеликий розмір для героїну був визнаний у 0,015 г (тобто у 3 добових дози). Але існуючий розмір героїну у 0,005 г є вищим за добову дозу для наркозалежної особи, а не 10 ВДД. Таким чином, 10 добових доз героїну повинні складати 0,05 г¹. Як наслідок, середня добова доза опію ацетильованого у 100 разів більша, ніж у Росії; аналогічна ситуація з героїном, доза якого також у 100 разів більша, ніж у Росії, просто опію – у 10 разів.

Таким чином, порівняльний аналіз таблиць СРСР, Росії та України свідчить, що у деяких моментах законодавство колишнього СРСР виглядає більш ліберальним і демократичним по відношенню до наркозалежних осіб, ніж існуюче на сьогодні законодавство України. При цьому необхідно пам'ятати, що кількість наркозалежних осіб у СРСР не можна порівнювати з кількістю їх у сучасній Україні, як і жорсткість позиції керівництва СРСР щодо боротьби з маргінальними групами.

Декриміналізація ч. 1 ст. 309 КК України може особливо негативно позначитися на криміногенній ситуації в Україні. Адже у зв'язку з декриміналізацією зазначеної частини до кримінальної відповідальності можна бути притягнуті особи тільки у випадках, коли вона вчинила злочин повторно або якщо у неї виявлено наркотичні засоби та психотропні речовини у великих або особливо великих розмірах. Так, до великих розмірів від-

¹Бабаян Э. А., Гаевский А., Бардин Е. В. Правовые аспекты оборота наркотических, психотропных, сильнодействующих, ядовитых веществ и прекурсоров: В 2 ч. – М., 2007. – Ч. 1.

носяться: марихуана – від 500 г, макова солома – від 1 кг, опій від 50 г, а до особливо великих розмірів: марихуана – від 2,5 кг, макова солома – від 5 кг, опій – від 250 г.

Таким чином, у практичній діяльності працівники органів внутрішніх справ зможуть притягати до кримінальної відповідальності осіб лише за ч. 2 нової редакції ст. 309 КК України.

Одним із способів часткової декриміналізації ст. 309 КК України є деяке збільшення розмірів наркотичних засобів і психотропних речовин. У таблиці невеликих, великих та особливо великих розмірів наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, які перебувають у незаконному обігу, що затверджені наказом Міністерства охорони України від 01.08.2000 р. № 188. На нашу думку, вказане може бути здійснено набагато швидше, адже змін потребує тільки наказ Міністерства охорони здоров'я України. Перш за все ці зміни повинні бути застосовані щодо наркотиків, які користуються більшим попитом у осіб, хворих на наркоманію (зокрема «канабіс», «опій ацетильований», «макова со-

лома»), оскільки за зберігання вказаних наркотиків з метою власного вживання притягається до кримінальної відповідальності значний відсоток наркоспоживачів та осіб, хворих на наркоманію.

Висновки

На сьогодні державна політика щодо незаконного обігу наркотиків потребує переходу від карального, кримінально-правового спрямування антинаркотичних заходів до лікувально-профілактичних як найбільш плідних у контексті подолання наркоманії. Разом із тим, заходи, пов'язані з декриміналізацією ч. 1 ст. 309 КК України, мають обов'язково супроводжуватися іншими заходами, спрямованими на посилення кримінальної відповідальності за розповсюдження наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів, а також передбачення у КК України примусових соціально-медичних заходів лікування та реабілітації наркозалежних осіб із одночасним запровадженням відповідних санкцій, якщо особа від цього ухиляється.

Стаття надійшла до редакції 17.04.2014 р.

The article examines the questions of decriminalization of paragraph 1 of Article 309 of the Criminal Code of Ukraine in the context of the current government policy on drugs.

В статье исследуется вопрос декриминализации ч. 1 ст. 309 Уголовного кодекса Украины в контексте современной государственной политики в отношении наркотиков.



Вадим Харченко,

*д-р юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
факультету права та масових комунікацій
Харківського національного університету внутрішніх справ*

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ПОКАРАННЯ ТА ЙОГО ВІДБУВАННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ

Проблема правового регулювання інституту звільнення від покарання та його відбування залишається однією з маловивчених у правовій науці й юридичній практиці. Слід зазначити, що порівняно з Кримінальним кодексом (далі – КК) 1960 р. чинний КК України більш детально регулює питання застосування звільнення від покарання: в Загальній частині передбачений окремий розділ XII «Звільнення від покарання та його відбування», розширено коло підстав, за наявності яких може застосовуватися звільнення від покарання, збільшено кількість видів такого звільнення. Разом із тим ці законодавчі зміни не сприяли зменшенню проблем правового характеру. Виникає багато питань щодо реалізації зазначених положень закону, які ще не отримали належного висвітлення у фаховій юридичній літературі. Отже, існує нагальна потреба у науковому осмисленні відповідних положень закону України про кримінальну відповідальність і законодавчих новел, що були прийняті протягом останнього часу. З огляду на викладене, не викликає сумніву актуальність теми наукової праці кандидата юридичних наук, доцента Є. Письменського¹, що опублікована нещодавно. Наукові положення, висновки та рекомендації, сформульовані в монографії, видаються обґрунтованими та достовірними. Переважна більшість із них не викликає сумнівів. Автор на належному доктринальному рівні розглянув як позитивні моменти законодавчої практики, так і недоліки правової регламентації інституту звільнення від покарання та його відбування. Є. Письменський звернув увагу на існуючі досі прогалини у чинному КК України.

У монографії викладене авторське бачення форм реалізації кримінальної відповідальності, встановлено та розкрито зміст наявних на сьогодні законодавчих вад деяких поло-

жень кримінального закону. Запропоновані зміни до окремих статей КК України й інших нормативно-правових актів є достатньо обґрунтованими.

Теоретичною базою дослідження є положення, які містяться у працях вітчизняних і зарубіжних учених-криміналістів. У роботі використані різноаспектні матеріали: нормативно-правові акти, статистичні, науково-теоретичні, навчально-практичні, хрестоматійні, публіцистичні тощо. Таким чином, Є. Письменський використав широке коло наукових та інших джерел, що прямо чи опосередковано стосуються проблематики застосування звільнення від покарання та його відбування. Літературні джерела використовуються критично, ведеться коректна наукова полеміка з доктринальними підходами, запропонованими іншими авторами.

Монографія, що рецензується, заслуговує на увагу в науковому плані. Її основною ідеєю є винесена на поверхню глибинна проблема потреби забезпечення адекватності кримінально-правового впливу. Вона (адекватність) полягає в такому результаті його здійснення, за якого кожна особа, яка заслуговує на максимально суворі заходи впливу, зазнавала б їх на собі, а кожна особа, до якої слід застосувати гуманніший вплив, буде піддана найменш репресивним заходам, зокрема заохочувального характеру.

На особливу увагу заслуговує висвітлення Є. Письменським такої складної, але актуальної, проблеми, як визначення підстав для застосування звільнення від покарання та його відбування. Автор зробив вдалу спробу визначити та найбільш повно висвітлити суть підстав застосування окремих видів звільнення від покарання та його відбування, передбачених законом і розроблених у теорії кримінального права України. Дослідник обґрунтовано наголосив на суперечливості позицій кримінального закону, різниці у підходах до його трактування в теорії та на практиці. На підставі проведеного всебічного аналізу Є. Письменський уточнив і доповнив підходи до розуміння підстав застосування звіль-

¹Письменський Є. О. Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України. – Луганськ, 2014. – 728 с.

нення від відбування покарання з випробуванням, умовно-дострокового звільнення від відбування покарання, заміни покарання більш м'яким тощо.

Автор використав великий обсяг матеріалів правозастосовної практики, за допомогою яких безпосередньо проілюстровані проблемні питання, що стосуються звільнення від покарання та його відбування. Є. Письменський не лише аналізує судову практику, а й висловлює позиції щодо правильності вирішення певних суперечливих питань на практиці та відповідності такого підходу доктрині кримінального права. У своєму дослідженні автор обґрунтовано та вдало використовує праці з інших галузей знань, перш за все філософські напрацювання, кримінально-виконавчі дослідження, роботи з кримінального процесу.

Викладення матеріалу в монографії відзначається об'єктивністю, науковістю та чіткою логічною послідовністю. Структура роботи є логічною, системною, добре продуманою. Структурні частини внутрішньо пов'язані між собою, а висновки закономірно підсумовують попередній матеріал із питань, висвітлених у відповідних розділах монографії.

Проведене дослідження розширює та поглиблює уявлення про правовий інститут звільнення від покарання та його відбування, а результати дослідження можуть використовуватися для подальшого наукового пошуку та розвитку теорії кримінального права України у напрямі вдосконалення заходів кримінально-правового впливу.

Як будь-яка по-справжньому творча робота, монографія Є. Письменського не позбавлена окремих дискусійних положень і потенціалу до її поліпшення. Але зазначене жодним чином не впливає на високий рівень проведеного наукового дослідження, не піддає сумніву основні отримані результати.

З огляду на викладене, є підстави зробити загальний висновок про те, що монографія Є. Письменського «Теоретико-прикладні проблеми звільнення від покарання та його відбування за кримінальним правом України» посяде гідне місце у вітчизняній юридичній літературі з проблем кримінально-правового впливу, буде корисною не лише для студентів і викладачів юридичних вузів, а й для практичних працівників судових і правозастосовних органів, адвокатів, інших практикуючих юристів.



А. Т. Комзюк,

*д-р юрид. наук, професор,
заслужений юрист України*

ГРУНТОВНЕ ДОВІДНИКОВЕ ГАЛУЗЕВЕ ВИДАННЯ

В умовах реформаційних процесів, безпосередньо пов'язаних із докорінним переглядом сутності, призначення та системи адміністративного права, модифікацією системи суб'єктів адміністративно-правових відносин, переходом до нової моделі взаємовідносин суб'єктів публічної адміністрації та приватних осіб, запровадженням новітніх правових інститутів, у тому числі шляхом запозичення апробованого часом і практикою зарубіжного досвіду, актуалізується потреба оновлення навчальної джерельної бази для підготовки майбутніх юристів, яка б враховувала останні досягнення вітчизняної адміністративно-правової науки, положення чинного законодавства, відповідала б реальним потребам навчального процесу. І мова має йтися не лише про підручники та практикуми, а й про словникову галузеву літературу.

Підготовці останньої, на жаль, вітчизняні вчені-адміністративісти приділяли до останнього часу недостатньо уваги. Як наслідок – відсутність ґрунтовних галузевих словникових джерел. І у цьому контексті підготовка авторським колективом, до складу якого увійшли більше 40 представників різних вітчизняних (зокрема про-

відних, наукових галузевих) шкіл, рецензованого словника галузевих термінів¹ є цілком своєчасною. Досить широке авторське представництво дозволило зосередити у виданні результати ґрунтовного опрацювання значної кількості різноманітних джерел, врахувати здобутки фундаторів вітчизняної галузевої доктрини, найважливіші дослідження, зокрема різні позиції вчених-адміністративістів сучасності, представників різних регіональних наукових шкіл, експертно-аналітичних установ, результати нормотворчого процесу.

У словнику зосереджено більше чотирьох тисяч доктринальних і нормативних термінів із посиланням на джерела їх фіксування.

Достатньо великий обсяг, ґрунтовне змістовне наповнення словника термінів, позитивне рецензування метрами вітчизняної адміністративно-правової науки, рекомендація Міністерства освіти і науки України як навчального посібника для студентів вищих навчальних закладів дозволяє стверджувати, що відповідний словник термінів посяде гідне місце у сучасній навчальній джерельній базі, може використовуватися при викладенні дисциплін адміністративно-правового циклу, бути корисним для викладачів, студентів, науковців, широкого кола читачів, які небайдужі до питань адміністративного права.

¹Адміністративне право України: словник термінів / За ред. Т. О. Коломєць, В. К. Колпакова. – К., 2014. – 520 с.

