

11
2014 (227)

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

СІМЕЙНЕ ПРАВО. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Вікторія Євко

Режим окремого проживання подружжя (сепарація):
проблеми та перспективи

3

Юлія Балюк

Способи набуття права спільної власності фізичних осіб
на житло

8

Анастасія Завгородня

Роль процесуальної активності та розсуду суду
при встановленні істини у цивільному судочинстві

13

Євгенія Ключова

Правові засади функціонування міжнародних
транспортних коридорів

18

Вадим Шестаков

Захист іноземних інвестицій в Україні:
теорія та практика

21

ТРУДОВЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук

Об'єкт захисного трудового правовідношення:
експериментальний анкетаж

26

АГРАРНЕ ПРАВО. ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО.

Максим Гребенюк, Олеся Главацька

Шляхи вдосконалення вітчизняного законодавства
щодо обігу радіоактивно оброблених харчових продуктів в Україні

30

Марина Кузьміна

Вітроенергетика в Україні: законодавче регулювання

35

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Олена Зельдіна, Катерина Хрімлі

Нормативно-правове забезпечення господарсько-торговельної
діяльності в Україні

39

Віталій Олюха

Удосконалення нормативного регулювання капітального
будівництва як засіб його непрямої державної підтримки

43

Олександр Гарагонич

Історико-правові передумови формування господарської
правосуб'єктності акціонерних товариств

48

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

Катерина Терещенко

Правова природа договору як підстави виникнення
господарського зобов'язання 55

Анна Жирун

Поняття та значення ризику
в господарському договірному праві 59

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Юлія Максименко

Інформаційні правопорушення: поняття й ознаки 63

Ірина Грабар

Сутність і співвідношення понять «банковий кредит»
і «кредит без забезпечення» в чинному законодавстві України 66

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. КРИМІНОЛОГІЯ. КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Олена Яра

Критерії й ознаки малозначності діяння
за злочини, що посягають на окремі об'єкти
права інтелектуальної власності 69

Олександр Медведенко

Документи на переказ як предмет злочину,
передбаченого ст. 200 Кримінального кодексу України 73

Вадим Семененко

Сучасні причини й умови грабежу в Україні 81

Лариса Лисак

Деякі аспекти поняття покарань
без ізоляції особи 86

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Ірина Козак

Проблеми відшкодування шкоди фізичній особі,
яка потерпіла від кримінального правопорушення 89

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака

Національної Академії правових наук України,

ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.

**Журнал рекомендовано до друку вченою радою Науково-дослідного інституту
приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 10 від 26.11.2014 р.)**

УДК 347.627.3

Вікторія Євко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри охорони інтелектуальної власності,
цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

РЕЖИМ ОКРЕМОГО ПРОЖИВАННЯ ПОДРУЖЖЯ (СЕПАРАЦІЯ): проблеми та перспективи

Стаття присвячена дослідженню нового для сімейного права України інституту встановлення режиму окремого проживання подружжя, визначенню моменту встановлення режиму окремого проживання подружжя та його наслідків у немайновій і майновій сферах відносин подружжя.

Ключові слова: режим окремого проживання подружжя, сепарація, розірвання шлюбу, презумпція спільності майна подружжя, презумпція батьківства чоловіка матері дитини.

Сім'я у будь-якому суспільстві є однією з основних цінностей. І одним із пріоритетів держави є стимулювання зміцнення сімейних цінностей. Цьому сприяє формування державою правової системи, наріжним каменем якої є норми, спрямовані на зміцнення сім'ї, захист її інтересів. З одного боку, чинне законодавство покликане здійснювати регулювання сімейних відносин лише у тій частині, в якій це допустимо та можливо з точки зору інтересів їх учасників і суспільства, з іншого – на випадок виникнення загрози порушення прав членів сім'ї правова система містить норми, спрямовані на їх захист і збереження сім'ї. Серед норм, спрямованих на збереження сім'ї (норми статей 119 та 120 Сімейного кодексу (далі – СК) України є норми, що регулюють встановлення режиму окремого проживання подружжя та його наслідки. Ці норми не отримали на сьогодні поширення на практиці. На нашу думку, це пов'язано з тим, що вони є новими та запроваджують досить незвичний для українського правового поля інститут – *інститут сепарації*.

Правова природа режиму окремого проживання подружжя у сучасній науці сімейного права України є недостатньо дослідженою. На практиці встановлення цього режиму для подружжя викликає більше запитань, ніж відповідей.

Дослідженню правового інституту, що розглядається, присвятили свої роботи такі вітчизняні науковці, як І. Жилінкова, К. Глиняна, В. Труба, П. Каспшик, С. Лепех, Б. Левківський [1–6] та інші. Проте, незважаючи на значну кількість дослідників, деякі питання за-

стосування режиму окремого проживання подружжя залишаються невирішеними. Так, остаточно не є визначена правова природа сепарації й її співвідношення з розірванням шлюбу, залишаються невизначеними правові наслідки сепарації у немайновій сфері відносин подружжя, недостатня увага приділена встановленню режиму окремого проживання за взаємною згодою подружжя, а також захисту інтересів дітей при сепарації.

Мета цієї статті – дослідження нового для сімейного права України інституту встановлення режиму окремого проживання подружжя.

Встановлення режиму окремого проживання подружжя у судовому порядку є новою українського сімейного права. Разом із тим роздільне проживання подружжя легітимувалося ще нормами Кодексу законів про шлюб та сім'ю УРСР. Так, ч. 2 ст. 28 цього Кодексу допускала так зване фактичне припинення шлюбних відносин, яке полягало у припиненні спільного проживання подружжя та мало наслідком визнання судом майна, нажитого кожним із подружжя у цей період, власністю кожного з них. Аналогічна норма залишилася і у чинному СК України (ч. 6 ст. 57). Такий підхід законодавця є досить справедливим, але має істотну ваду. Для подружжя, яке фактично припинило шлюбні відносини, досить часто складно чітко визначити момент припинення подружніх відносин. Вирішення цього питання істотно впливає на встановлення обсягу майна, яке може бути визнане

їх роздільним майном у судовому порядку. Встановлення судом режиму окремого проживання подружжя спрощує цей процес.

Витоки інституту сепарації сягають своїм корінням ще XVI ст., коли у європейському праві він став альтернативою розлученню за неможливості розірвати шлюб за католицьким канонічним правом. У порівнянні з цим канонічні норми православ'я були більш лояльними до можливості розірвати шлюб. Саме цим, на нашу думку, можна пояснити поширення інституту сепарації у праві Західної Європи, яка сповідує переважно католицизм. Очевидно, що розробники проекту чинного СК України прагнули поєднати у його нормах як західні, так і східні традиції права, оскільки за своїм складом Україна на сьогодні є багатоконфесійною державою: більшість віруючих, які проживають на сході – православні християни, а на заході держави переважають католики. І якщо для православних віруючих розірвання шлюбу є достатньо прийнятним, то для католиків шлюб є нерозривним. Зазначена тенденція спостерігається й у судовій практиці. Встановлення режиму окремого проживання переважно здійснюється судами у західних областях.

Чинний СК України покликаний урівноважити інтереси всіх громадян України шляхом закріплення в ньому норм, які передбачають альтернативні способи припинення сімейних відносин – розірвання шлюбу та встановлення режиму окремого проживання (сепарації). Проте встановлення режиму окремого проживання не є тотожним розірванню шлюбу. Ці два процеси, незважаючи на вдавану схожість, є різними. *По-перше*, при встановленні режиму окремого проживання шлюбні правовідносини подружжя не припиняються і, як наслідок, жоден із подружжя не може укласти новий шлюб. Вступ одного або обох з подружжя, для яких встановлений режим сепарації, у фактичні шлюбні відносини з іншими особами не тягне наслідків, передбачених статтями 74 та 91 СК України. При розірванні шлюбу між подружжям припиняються всі особисті немайнові та майнові шлюбні правовідносини. *По-друге*, при сепарації не припиняє свою дію шлюбний договір, укладений між подружжям. Так, відповідно до ч. 1 ст. 120 СК України встановлення режиму окремого проживання не припиняє прав та обов'язків, встановлених шлюбним договором. При розірванні шлюбу дія шлюбного договору, як правило, припиняється, якщо його чинність або чинність окремих його умов не встановлена і після припинення шлюбу (ч. 2 ст. 96 СК України). *По-третє*, при встановленні режиму окремого проживання той із подружжя, хто при укладенні шлюбу або під час шлюбу змінив своє прізвище на прізвище

іншого з подружжя, не має права його змінити на дошлюбне. При розірванні шлюбу відповідно до ст. 113 СК України особа, яка змінила своє прізвище у зв'язку з реєстрацією шлюбу, має право після розірвання шлюбу надалі іменуватися цим прізвищем або відновити своє дошлюбне прізвище. *По-четверте*, в разі встановлення режиму окремого проживання подружжя мають право спадкувати один після одного на загальних підставах як за законом, так і за заповітом. При розірванні шлюбу колишній із подружжя не входить до кола спадкоємців іншого за законом і може спадкувати тільки за заповітом. *По-п'яте*, режим окремого проживання встановлюється виключно судом у порядку окремого або позовного провадження. Розірвання шлюбу може здійснити як суд, так і орган державної реєстрації актів цивільного стану. Крім того, позов про встановлення режиму окремого проживання може бути поданий тільки одним із подружжя. Позов про розірвання шлюбу може також подати опікун того з подружжя, хто визнаний недієздатним. *По-шосте*, при встановленні режиму окремого проживання подружжя, яке має дітей віком до 18 років разом із заявою про розірвання шлюбу не зобов'язане подавати до суду письмовий договір про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їх життя братиме той із батьків, хто проживатиме окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей.

Викладене може свідчити про те, що встановлення режиму окремого проживання подружжя спрощує «юридичне закріплення» припинення шлюбних відносин, але не тягне за собою повного припинення шлюбних правовідносин.

Очевидно, що наслідки сепарації та розірвання шлюбу є різними і тому встановлення режиму окремого проживання можна вважати однією з форм припинення шлюбних відносин, а не шлюбних правовідносин. Крім того, з аналізу змісту ст. 119 СК України випливає, що режим окремого проживання подружжя може бути встановлений не тільки в разі існування конфлікту між подружжям (*небажання проживати спільно*), а й у разі *неможливості такого проживання* з інших причин – знаходження у тривалому закордонному відрядженні, у місцях позбавлення волі, для спрощення придбання майна в особисту власність. Такий висновок підтверджується також і судовою практикою.

Наслідками встановлення режиму окремого проживання відповідно до ч. 2 ст. 120 СК України є блокування двох основних шлюбних презумпцій: презумпції спільності майна дружини та чоловіка, набутого у шлюбі, та презумпції батьківства чоловіка матері дитини.

Що стосується першої презумпції (презумпції спільності майна подружжя, набутого під час шлюбу), то тут можуть виникнути певні труднощі, пов'язані з визначенням моменту встановлення режиму окремого проживання подружжя. Справа в тому, що момент фактичного припинення шлюбних відносин і момент встановлення режиму окремого проживання подружжя у судовому порядку можуть не збігатися. По-перше, період, який проходить з моменту фактичного припинення шлюбних відносин і до моменту набрання чинності рішенням суду про встановлення режиму окремого проживання, може тривати досить довго; по-друге, протягом цього часу продовжує діяти презумпція спільності майна подружжя; по-третє, в разі заявлення подружжям вимог про поділ майна, суду може бути складно визнати особистою приватною власністю дружини (чоловіка) майно, набуте нею (ним) за час їх окремого проживання у зв'язку з фактичним припиненням шлюбних відносин, оскільки неможливо встановити момент, з якого почалося їх окреме проживання. У зв'язку з цим заслуговує на увагу думка вчених, які вважають, що режим окремого проживання подружжя може встановлюватися тільки на майбутнє [7, с. 233]. На нашу думку, слід визнати доречною судову практику, що склалася, коли судді на прохання подружжя або одного з них встановлюють режим окремого проживання з конкретної дати. На цю дату подружжя вказує як на строк припинення ними спільного проживання.

Що стосується другої презумпції (презумпції шлюбного батьківства), то і в цьому випадку можуть виникнути суперечки. Так, відповідно до п. 14 глави 1 розділу 3 Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 18.10.2000 р. № 52/5, оскільки у разі встановлення у порядку, передбаченому чинним законодавством, режиму окремого проживання подружжя дитина, народжена дружиною після спливу десяти місяців, не вважається такою, що походить від її чоловіка, при пред'явленні дружиною копії рішення суду про встановлення для подружжя режиму окремого проживання державна реєстрація народження дитини проводиться за заявою матері, прізвище та громадянство батька дитини зазначається за прізвищем і громадянством матері, а власне ім'я та по батькові – за вказівкою матері. Проте можливою є ситуація, коли мати з якихось причин не пред'явить рішення суду про встановлення сепарації при реєстрації народження дитини. В цьому разі батьком дитини має бути записаний чоловік матері, з яким вона перебуває на цей час у шлюбі. А оскільки вста-

новлення режиму окремого проживання не підлягає реєстрації в органах державної реєстрації актів цивільного стану, наявність або відсутність його у подружжя співробітнику органу державної реєстрації актів цивільного стану перевірити практично неможливо. Таким чином, чоловікові, який буде записаний батьком дитини, доведеться оспорювати своє батьківство у судовому порядку, що потягне за собою значні витрати часу та грошей.

Слід зазначити, що у такій ситуації можуть бути і підстави для зловживання жінкою своїми правами. Так, відповідно до Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми» від 21.11.1992 р., така жінка матиме право на допомогу на дітей одиноким матерям. Відповідно до ст. 18¹ цього Закону право на допомогу на дітей одиноким матерям мають одинокі матері (які не перебувають у шлюбі), якщо у свідоцтві про народження дитини або документі про народження дитини відсутній запис про батька або запис про батька проведено в установленому порядку органом державної реєстрації актів цивільного стану за вказівкою матері дитини. Відповідно до ст. 18² зазначеного Закону така допомога призначається за наявності витягу з Державного реєстру актів цивільного стану громадян про державну реєстрацію народження дитини, виданого відділом державної реєстрації актів цивільного стану, або довідки про народження, виданої виконавчим органом сільської, селищної, міської (крім міст обласного значення) ради, із зазначенням підстави внесення відомостей про батька дитини до актового запису про народження дитини відповідно до абзаца 1 ч. 1 ст. 135 СК України.

Таким чином, для призначення допомоги на дітей одиноким матерям, матері щодо якої встановлений режим окремого проживання й яка народила дитину після спливу десяти місяців з моменту його встановлення, необхідно подати до органів соціального захисту населення відповідний витяг із Державного реєстру актів цивільного стану громадян про державну реєстрацію народження дитини із зазначенням підстави внесення відомостей про батька дитини до актового запису про народження дитини відповідно до абзаца 1 ч. 1 ст. 135 СК України. При цьому до компетенції органу соціального захисту населення не входить з'ясування дійсних стосунків між матір'ю та батьком дитини. А насправді може виявитися, що встановлення режиму окремого проживання було здійснено фіктивно з метою одержання відповідної державної допомоги.

З огляду на викладене вважаємо за доцільне підтримати позицію вчених, які пропонують визнати встановлення режиму окремого проживання подружжя актом цивіль-

ного стану, що підлягає державній реєстрації [8, с. 120]. Така реєстрація має бути здійснена шляхом внесення відповідного запису до актового запису про шлюб.

Крім того, труднощі при встановленні батьківства у подружжя, щодо якого встановлено режим сепарації, можуть виникнути також і через невизначеність у законі моменту, з якого режим окремого проживання вважається встановленим. Деякі суди встановлюють режим окремого проживання, зазначаючи у судовому рішенні конкретну дату, з якої подружжя фактично припинило спільне проживання. Ця дата в окремих випадках може бути віддалена у часі більш як на десять місяців, проте рішення про сепарацію набере чинності лише згодом. Постає питання: в такому разі дружина має записати батьком дитини свого чоловіка, з яким вона вже давно спільно не проживає? Чи в даному разі десятимісячний термін має обчислюватися від дня фактичного припинення шлюбних відносин подружжям? На нашу думку, правильною буде позитивна відповідь на друге питання. Такий висновок випливає з того, що суд має виносити рішення про встановлення режиму окремого проживання подружжя, базуючись на конкретних доказах, які свідчать про фактичне припинення спільного проживання з конкретної дати. В цьому разі рішення суду повинно мати преюдиціальний характер для органу реєстрації актів цивільного стану при складанні акта про народження дитини після встановлення режиму сепарації.

Незважаючи на те, що у ст. 120 СК України наведено вичерпний перелік наслідків встановлення режиму окремого проживання, на нашу думку, він не є повним. Справа в тому, що деякі права подружжя можуть бути здійснені ними тільки у процесі спільного проживання та ведення спільного господарства. Зокрема, такими правами є більшість особистих немайнових прав. Наприклад, права на материнство та батьківство не можуть бути здійснені подружжям під час їх роздільного проживання. Не зможуть дружина та чоловік розподілити між собою обов'язки в сім'ї тощо. При цьому слід зазначити, що серед науковців існує точка зору, згідно з якою «неможливість або небажання «спільного» проживання, слід тлумачити не як неможливість або небажання проживати разом в одному житловому приміщенні, а як неможливість або небажання вести спільне сімейне життя, мати спільний побут і господарство» [8, с. 119]. З цієї позицією складно погодитись, оскільки встановлення режиму окремого проживання, як правило, є наслідком тривалого конфлікту між подружжям, одним із крайніх заходів його вирішення. А перебуваючи у стані постійного конфлікту, немож-

ливо проживати в одному житловому приміщенні. Саме тому, вважаємо, що поняття «роздільне проживання» в даному разі слід тлумачити буквально – як проживання у різних житлових приміщеннях. У такому випадку, неможливим буде здійснення не тільки майнових прав подружжя, а й більшої частини їх немайнових прав, зазначених у СК України.

На думку деяких учених, режим окремого проживання подружжя має встановлюватися судом у рамках застосування норм ст. 111 СК України як захід примирення подружжя [3, с. 43–44]. У цьому випадку слід погодитися з тим, що встановлення режиму окремого проживання подружжя є одним із заходів примирення подружжя. Проте ми вважаємо, що є певні законодавчі перешкоди для того, щоб встановлювати режим сепарації в процесі розгляду справи про розірвання шлюбу.

По-перше, із змісту СК України випливає, що режим окремого проживання подружжя є не етапом процесу розірвання шлюбу, а його альтернативою, спрямованою на збереження сім'ї. А заходи щодо примирення подружжя вживаються тоді, коли одним із подружжя подано позов про розірвання шлюбу.

По-друге, режим окремого проживання подружжя встановлюється за позовом або за заявою одного з подружжя, а заходи щодо примирення подружжя вживаються за ініціативою суду. Суд не може за власною ініціативою, за відсутності позову одного з подружжя встановити режим окремого проживання.

По-третє, режим окремого проживання може встановлюватися у порядку як окремого, так і позовного провадження, а заходи щодо примирення подружжя суд, як правило, вживає тільки при розгляді позову про розірвання шлюбу.

По-четверте, встановлення режиму окремого проживання, як захід щодо примирення подружжя при розгляді справи про розірвання шлюбу, на нашу думку, може необґрунтовано затягти процес розлучення, оскільки режим сепарації встановлюється на більш-менш тривалий строк, а у деяких випадках і взагалі без визначення строку.

Таким чином, встановлення режиму окремого проживання подружжя має здійснюватися як самостійний захід щодо примирення подружжя поза межами розгляду справи про розірвання шлюбу.

СК України не приділяє уваги захисту інтересів спільних дітей подружжя при встановленні режиму окремого проживання. Проте є підстави вважати, що до відносин подружжя, щодо яких встановлюється режим окремого проживання, можна застосовувати за аналогією норми, які регулюють розірван-

ня шлюбу та не суперечать суті режиму окремого проживання. Так, при встановленні режиму окремого проживання за заявою подружжя, яке має дітей віком до 18-ти років доцільно було б застосовувати норми ст. 109 СК України. Подружжя, яке має дітей, може подати до суду разом із заявою про встановлення режиму окремого проживання письмовий нотаріально посвідчений договір про те, з ким із них проживатимуть діти, яку участь у забезпеченні умов їх життя братиме той із батьків, хто проживатиме окремо, а також про умови здійснення ним права на особисте виховання дітей. Такий договір спрямований на охорону права дітей на належне батьківське виховання, на спілкування з ними та їх утримання.

Висновки

Встановлення режиму окремого проживання подружжя є однією з форм вирішення конфлікту між подружжям, що не є тотожним ні розірванню шлюбу, ні жодному з його етапів. Встановлення такого режиму впливає як на майнову, так і немайнову сферу відносин подружжя. Існування зазначеного інституту вже перевірене практикою і можна стверджувати про його доречність в українському законодавстві. Режим сепарації застосовується судами у випадках як існування між подружжям тривалого конфлікту (неба-

жання спільно проживати), так і тоді, коли конфлікт між подружжям відсутній (неможливість спільно проживати).

Список використаних джерел

1. Жилинкова І. В. Режим роздельного проживання супругов // Мала енциклопедія нотаріуса. – 2006. – № 6.
2. Глиняна К. М. Порівняльно-правова характеристика режиму окремого проживання подружжя за законодавством України та деяких зарубіжних країн // Актуальні проблеми держави і права. – 2010. – С. 204–211.
3. Труба В. І. Проблеми правового регулювання та перспективи розвитку встановлення режиму окремого проживання подружжя // Вестник Одес. нац. ун-та. – 2008. – Т. 13, вип. 10: Сер. «Правознавство». – С. 40–47.
4. Каспшик П. Сепарація подружжя в польському праві: Аналіз положень, спроба оцінки функціонування // Вісник Львів. ун-ту. Сер. юридична. – 2006. – № 2. – С. 180–191.
5. Лепех С. Інститут сепарації: проблеми застосування // Право України. – 2003. – № 3. – С. 128–130.
6. Левківський Б. К. Режим окремого проживання подружжя // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2003. – № 12. – С. 97–101.
7. Мироненко В. П., Пилипенко С. А. Сімейне право України / За ред. В. П. Мироненко. – К., 2008. – 477 с.
8. Лежнёва Т. М., Черноп'ятов С. В. Поняття та зміст режиму окремого проживання подружжя // Право і суспільство. – 2010. – № 6. – С. 117–121.

Стаття надійшла до редакції 07.10.2014 р.

This article is devoted to institution of establishment of separate husbands' routine that is new one for the Family law of Ukraine. There was developed further law nature of the determination such as «separation» and its correlation with the marriage cancellation. Special attention is devoted to the separate husbands' inhabitation routine moment determination and to its consequences in non-property and property spheres of husbands' relations.

Статья посвящена исследованию нового для семейного права Украины института установления режима отдельного проживания супругов, определению момента установления режима отдельного проживания супругов и его последствий в неимущественной и имущественной сферах отношений супругов.



УДК 347.1

Юлія Балюк,

здобувачка

Науково-дослідного інституту приватного права

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

СПОСОБИ НАБУТТЯ ПРАВА СПІЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ФІЗИЧНИХ ОСІБ НА ЖИТЛО

У статті на понятійному рівні досліджуються способи набуття права спільної власності на житло з метою виокремлення системи первісних і похідних підстав набуття права спільної власності фізичних осіб на житло.

Ключові слова: житло, право спільної власності, державна реєстрація, способи набуття права, підстави набуття права.

Право власності є одним із основних інститутів цивільного права. Особливість розвитку цього інституту – розширення видів житлових об'єктів, що можуть перебувати у спільній власності. Зазначена тенденція зумовлена ускладненням способів набуття права спільної власності різних фізичних осіб на житло. Потреба фізичної особи (людини) в житлі виникає з моменту її народження та зберігається протягом усього її життя, тому вивчення можливих підстав набуття права власності на нього завжди є актуальним. Це стосується житла фізичних осіб, які проживають у житловому будинку, квартирі, а також інвесторів, осіб, які ведуть спільну діяльність із метою будівництва житла.

Розвиток правового регулювання спільної власності в Україні зумовлюється розширенням видів відносин, що включаються у сферу регулювання цивільного законодавства. Цивільний кодекс (далі – ЦК) України регулює відносини набуття та здійснення права спільної власності. Але залишаються не вирішеними як в науці, так і на практиці питання способів набуття права спільної власності на житло.

Теоретичною основою дослідження стали наукові висновки, викладені у працях В. Борисової, М. Галянтича, О. Дзери, І. Жилінкової, Н. Кузнецової, І. Кучеренко, Є. Мічуріна, І. Спасибо-Фатєєвої, Є. Суханова, Є. Харитоновна, Я. Шевченко, Г. Шершеневича й інших учених.

Житло є особливим об'єктом права власності. Реалізація правомочностей власників житла дещо відрізняється від реалізації правомочностей власників інших видів об'єктів нерухомості. Це, перш за все, пов'язано із

специфічністю об'єкта нерухомості – житла та його особливим правовим режимом, закріпленим у різних законодавчих актах. Так, Конституція України закріпила право кожного на житло; держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду (ч. 1 ст. 47); правовий режим власності визначається виключно законами України (п. 7 ст. 92). ЦК України встановлює загальні правила, що поширюються на всі види нерухомого майна. Разом із тим існують і певні застереження.

Свого часу Г. Шершеневич вказував, що права на майно набуваються не інакше як визначеними способами, законами, отже, і право власності на речі може бути придбане лише передбаченими у законі способами. Способом придбання права власності називається такий юридичний факт, з яким з точки зору об'єктивного права поєднується встановлення права власності в особі конкретного суб'єкта. Договір взагалі не спосіб набуття права власності, а лише підстава [1, с. 182].

Є. Суханов, справедливо розмежовуючи зазначену термінологію, виділяв підстави набуття права власності як різні правопороджуючі факти, що також називаються титулами власності, та способи набуття цих титулів [2, с. 276].

Ю. Толстой вважав, що право власності належить до числа таких суб'єктивних прав, які можуть виникнути тільки за наявності певного юридичного факту, а іноді й їх сукупності. Ці юридичні факти називаються підставами виникнення права власності [3, с. 348]. Л. Саннікова під способами пропонує розуміти фактичні дії, з якими закон пов'язує право власності, а підстави є юридич-

ними діями або подіями, оскільки набуття права власності на законних підставах – це завжди сукупність фактичних та юридичних дій. Їх не можна розглядати окремо, оскільки зміст поняття «набуття права власності» буде втрачений [4, с. 32]. І. Спасибо-Фатєєва вважає, що слід вести мову про підстави набуття права власності, а не способи, та звертає увагу на певні різновиди підстав набуття права власності [5, с. 320–332]. До способів набуття права власності відносяться не всі юридичні факти, а лише група юридичних дій, а підставами є всі юридичні факти: як юридичні дії, так і бездіяльність [6, с. 27].

Слід зазначити, що Л. Пуляєвська не розмежовує поняття «підстави набуття права власності» та «способи набуття права власності», а наполягає на їх рівнозначності. На її думку, спосіб набуття права власності припускає набуття на законних підставах, тому протиріч між термінами «спосіб» і «підстава» немає. Їх не можна розглядати окремо, оскільки втрачатиметься зміст поняття «набуття права власності» [7, с. 26–27].

Вважаємо за доцільне дотримуватися позиції авторів, які розрізняють поняття, що розглядаються, розуміючи під «підставою набуття права власності» юридичні дії або вчинки, а під «способами набуття права власності» – фактичні дії, вказані в законі. Так, процес купівлі-продажу жилого будинку охоплює сукупність різних юридичних дій (укладення договору, складання технічної документації будинку, передача будинку та державна реєстрація права), які й є способом набуття права власності [8, с. 32].

Слід зазначити, що ЦК України взагалі уникає поняття «спосіб» набуття права власності, навіть тоді, коли це стосується того, що за своєю правовою сутністю ним є. Так, ст. 11 ЦК України встановлює перелік підстав виникнення цивільних прав та обов'язків із дій осіб, що передбачені актами цивільного законодавства, а також із дій осіб, що не передбачені цими актами, але за аналогією породжують цивільні права й обов'язки.

Підставами виникнення права спільної власності є різні обставини (юридичні факти), з якими норми права пов'язують встановлення правовідносин власності. Згідно з ч. 1 ст. 328 ЦК України це можуть бути будь-які підстави, не заборонені законом, зокрема події (смерть спадкодавця), договори (купівля-продаж), юридичні вчинки (виявлення скарбу), цивільні стани (перебування у шлюбі), а також юридична сукупність (заповіт і смерть спадкодавця) тощо. Перелік їх є невичерпним. Це означає, що право власності може набуватися у будь-який спосіб, що не суперечить закону. Найбільш поширеною підставою набуття права власності є правочини.

Інші, перелічені у главі 24 ЦК України підстави набуття права власності, деталізують вказане загальне правило.

За загальноприйнятою у цивілістиці класифікацією, всі підстави виникнення (набуття) права власності поділяють на *первісні* та *похідні* [9, с. 171]. До первісних підстав відносять способи, за якими право власності на річ виникає вперше або незалежно від волі попередніх власників. До похідних відносять підстави, за якими право власності на річ виникає за волею попереднього власника. Поділ підстав набуття права власності на первісні та похідні у чинному законодавстві прямо не закріплено, але, на думку Є. Харитонов, має велике практичне значення, оскільки від типу способу встановлення права власності залежить характер претензій, що мають бути заявлені до власника [10, с. 268]. При похідних підставах виникнення права власності на річ завжди необхідно враховувати можливість існування прав інших осіб на цю річ – не власників (наприклад, орендаря, заставодержателя, суб'єкта іншого обмеженого речового права). Ці права, як правило, не припиняються при зміні власника речі, яка переходить до нового володільця.

Зберігає свою практичну значимість також поділ підстав набуття права власності на *загальні* (правочини, спадкування тощо), які можуть зумовити виникнення права власності у будь-якого суб'єкта, та *спеціальні* (інвестування у житлове будівництво), які можуть забезпечити виникнення права власності у певних суб'єктів [5, с. 321].

У цілому підстави набуття права спільної власності на житло не відрізняються від підстав набуття права власності на об'єкти нерухомості. Разом із тим існують підстави, що характерні тільки для набуття права власності на житло. Так, право власності на житлові приміщення у фізичних осіб може виникнути внаслідок приватизації цих приміщень особами, які мешкають у них за договором найму. Для зведення житлового будинку, крім відведення ділянки та реєстрації права на неї за забудовником, потрібно отримати дозвіл на будівництво будинку, розробити проектну документацію. Слід зазначити, що спільна власність на житло може виникати не тільки у сім'ї та подружжя, а й на підставі інших цивільно-правових дій: на будинок, збудований у результаті спільної праці громадян, які об'єдналися для спільної діяльності, якщо письмовою згодою між ними встановлено режим спільної сумісної власності на набуто в результаті такої діяльності майно; на квартиру або будинок, передані з державного житлового фонду шляхом приватизації за письмовою згодою всіх членів сім'ї наймача в спільну сумісну власність; на житло, яке

перебуває у спільній сумісній власності громадян та юридичних осіб або держави.

Подружжя може набувати право спільної власності на майно шляхом членства в житловому, житлово-будівельному кооперативі, якщо повністю внесено пайовий внесок за квартиру. Спільна власність подружжя на житло виникає також за іншими правовими підставами (будівництво житлового будинку, квартири, у тому числі шляхом інвестування у житлове будівництво, що регламентується законами України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», «Про іпотеку», «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом і іпотечні сертифікати»).

Завершення будівництва житла співвласниками та його державна реєстрація є однією із найпоширеніших ознак права власності, визначальних для віднесення його до житлових об'єктів. Інвестування в житлове будівництво можна розглядати як спосіб задоволення житлової потреби. В. Січевлюк, аналізуючи поняття «інвестиційний договір на будівництво житла» доводить, що інвестиційні договори на будівництво житла є окремим видом цивільно-правового договору і виділяє за способом будівництва житла такі договори: договори, спрямовані на створення нового житла; договори, що передбачають будівництво шляхом добудови додаткових приміщень до вже існуючих житлових будинків; договори, спрямовані на реконструкцію вже існуючого об'єкта нерухомості [11, с. 20]. Право спільної власності на житло в процесі будівництва може виникати на підставі договору будівельного підяду, пайової (часткової) участі у будівництві, спільної діяльності.

Аналіз судових спорів [12] дозволяє відокремити справи, які ведуть до виникнення права спільної власності, зокрема, про визнання права власності на самочинно побудовані об'єкти житлової нерухомості. Чинне законодавство не дає чітких критеріїв виділення певних видів самочинного будівництва, наприклад, здійсненого шляхом створення нового об'єкта чи проведення реконструкції вже існуючого.

Законодавство України не містить загального правила щодо моменту набуття права спільної власності на житло. Тому, на нашу думку, у ЦК України необхідно зазначити, що права спільної власності на житло виникають з моменту державної реєстрації, якщо інше не встановлено законом.

Похідні способи набуття права власності виникає у суб'єкта внаслідок волевиявлення попереднього власника. До них відносять правочини, спадкування за законом, спадкування

за заповітом, приватизацію. Законодавець визначив додаткові способи: набуття права власності на новостворене житло, де право власності виникає з моменту завершення будівництва та моменту державної реєстрації. Похідні способи набуття права спільної власності на житло визначені ЦК України. До похідних підстав набуття права власності на житло відносяться різного роду зобов'язання: договори (купівлі-продажу, міни, дарування, ренти, довічного утримання), викуп квартири членом житлово-будівельного (житлового) кооперативу (ст. 384 ЦК), викуп, пам'ятки історії та культури (ст. 352 ЦК), викуп у власника належного йому житлового будинку, у зв'язку з викупом земельної ділянки, на якій він розміщений (ст. 351 ЦК), приватизація (ст. 345 ЦК), звернення стягнення на майно за зобов'язаннями власника (п. 8 ч. 1 ст. 346 ЦК), спадкування, договір про припинення права на утримання взамін набуття права власності на житловий будинок, квартиру чи інше нерухоме майно (ч. 1 ст. 89 Сімейного кодексу (далі – СК) України), договір про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку з передачею права власності на житловий будинок, квартиру (ст. 190 СК).

Одним із найбільш поширених способів набуття права спільної власності є купівля житла фізичними особами. Договори купівлі-продажу житлового приміщення залежно від предмета договору та способу його придбання поділяють на: договір про купівлю-продаж квартири, жилого будинку, частини жилого будинку, купівля-продаж будинку на умовах довічного утримання, купівля-продаж жилого будинку, що належить неповнолітнім, продаж жилого будинку від імені неповнолітніх, купівля-продаж частки жилого будинку, договір про реальний поділ будинку, купівля-продаж конкретної частини жилого будинку, обмін жилих будинків, обмін жилого будинку на квартиру, купівля-продаж будинку на знос. Так, до договорів купівлі житла відносять договори на придбання житлових приміщень у багатоквартирних будинках; правочини купівлі нерухомості, предметом яких є не тільки жиле приміщення, частина будинку або будинок, а й відповідна земельна ділянка з надвірними будівлями; за способом придбання можна виділити: придбання житла на аукціоні, шляхом викупу, на біржі, обмін, за рішенням суду тощо. Викуп житла державної форми власності передбачає викуп: частини квартири, якщо при приватизації була приватизована частина квартири, будинку; кімнати в комунальній квартирі; квартири, будинку на конкурс, аукціоні.

Договір купівлі-продажу житлового будинку (квартири) укладається у письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню

та державній реєстрації. В. Борисова зазначає, що нотаріальне посвідчення та державна реєстрація правочинів з нерухомістю, реєстрація прав на нерухомість (ч. 2 ст. 182 ЦК України) пов'язані саме з особливостями предмета цих договорів, адже таким поняттям, як нерухомість, охоплюються і земельні ділянки, і житлові будинки, і квартири, і дачі, і садові будинки, і гаражі, і підприємства як єдині майнові комплекси, й інше нерухоме майно [13, с. 109]. У зв'язку з цим В. Борисова вважає непослідовною позицію законодавця, коли він встановлює спеціальне регулювання для окремих об'єктів нерухомості при їх передачі, наприклад, у найм (оренду) (§ 3–4 гл. 58 ЦК; глава 59 ЦК) і не робить цього для їх купівлі-продажу, посилаючись на спеціальне правове регулювання укладення договору купівлі-продажу об'єктів нерухомості Законом України «Про нотаріат», Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України; це зайвий раз свідчить про те, що існує певна різниця між укладенням договорів купівлі-продажу нерухомості (форма, державна реєстрація, індивідуалізація об'єктів нерухомості, визначення ціни, особливий порядок передачі покупцеві тощо) [13, с. 109].

Викладене свідчить, що житло як нерухоме майно – це особлива категорія речей; його природа вимагає включення в цивільний оборот єдиного публічного механізму. Правовий режим житла ускладнюється також відсутністю єдиного підходу до відносин виникнення спільної власності, що підтверджується наявністю застарілого Житлового кодексу України 1983 р., невизначеністю особливостей цивільного обороту житла, окремих його видів, об'єктів незавершеного будівництва, самостійного будівництва тощо.

Оскільки виникнення права власності в особи виникає з моменту його державної реєстрації, то і момент виникнення права спільної власності потребує державної реєстрації у випадку купівлі частки у праві спільної часткової власності на жиле приміщення.

ЦК не виділяє договір купівлі-продажу нерухомості як самостійний вид. Інші підходи визначені в ЦК РФ [14, с. 448], в якому є окремий параграф «Продаж нерухомості», що визначає не тільки поняття та форму договору, а й порядок державної реєстрації, права на земельну ділянку, особливості предмета договору та ціну, порядок передачі нерухомості й особливості продажу жилих приміщень.

Особливості регулювання договору купівлі частки житла не визначаються ЦК. Разом із тим слід розрізняти купівлі-продаж речі від купівлі-продажу житла, яке, крім матеріального наповнення, має особливу нематеріальну цінність. У договорі продажу неру-

хомості потрібно чітко вказувати дані, які дозволяють точно встановити частку майна, у тому числі відомості, що визначають частку нерухомості у складі іншого нерухомого майна, а за відсутності їх у договорі умови щодо передачі майна вважаються непогдженими.

Договір купівлі-продажу житла є двостороннім, оскільки цивільне законодавство встановлює взаємообумовлені права й обов'язки; хоча на кожній стороні можуть виступати декілька осіб (члени сім'ї, подружжя, співвласники), вони представляють інтереси однієї сторони. Це важливо для дотримання прав на житло членів сім'ї при відчуженні житла. На відчуження будинку (квартири) чи його частки вимагається письмовий дозвіл другого з подружжя і виконання вимоги ст. 362 ЦК про переважне право купівлі співвласником відчужуваної частки майна. Продавець зобов'язаний передати житло у власність із урахуванням усіх умов договору (предмет, місце, строки).

Виникнення права власності на житло можливе із придбанням житла на користь третьої особи за договором із набувачем. Правомірність таких договорів впливає із загальних положень про договори, укладені на користь третіх осіб. Як правило, укладаються договори про придбання житла батьками на користь дітей, які є покупцями. До цієї групи також відносяться договори, за якими у набувача виникає обов'язок надати третій особі в довічне або тимчасове користування певне приміщення. Такі договори містять два договори купівлі-продажу: між набувачем і відчужувачем і договір на користь третьої особи. Продавець зобов'язаний не тільки передати житло, а й попередити покупця про всі права третіх осіб на житло, що продається (права наймачів, іпотеку, право довічного користування тощо).

Наявність відносин спільної часткової власності на квартиру у товаристві співвласників багатоквартирного житлового будинку не дозволяє однозначно визначити можливість реального здійснення права спільної власності на спільні елементи будинку, місця загального користування, прибудинкову територію з іншими співвласниками. Йдеться, перш за все, про управління загальним майном як правомочність власника квартири. Відносини спільної власності на квартиру дозволяють здійснювати управління будинком на підставі договорів про спільну діяльність. Для житлових відносин характерним є те, що правомочності власників житла у багатоквартирному жилому будинку залежать від прав та обов'язків інших мешканців такого будинку, які визначають порядок утримання багатоквартирного будинку.

Висновки

Право спільної власності може виникати при настанні певних юридичних фактів, визначених у главі 24 ЦК України, а також на підставах, що не заборонені законом, зокрема із правочинів. Право власності вважається набутих правомірною, якщо інше прямо не впливає із закону або незаконність набуття права власності не встановлена судом. Спільна власність на житло існує за наявності таких факторів, як множинність мешканців і єдність об'єкта, що належить їм на праві власності, – квартири як єдиного цілого, яка може складатися з однієї чи багатьох кімнат.

За спільної власності на житло право власності належить усім тільки в сукупності, тобто окрема особа не може вільно розпоряджатися своєю частиною. Право кожного співвласника поширюється на об'єкт у цілому, а не на певну його частину. Разом із тим не виключається можливість будь-якого співвласника користуватися правами володіння та користування як певними частинами будинку, квартири в цілому.

Право спільної часткової та спільної сумісної власності на житло може мати особливості, зумовлені призначенням того чи іншого об'єкта, складом або характером зв'язків учасників спільної власності.

Стаття надійшла до редакції 14.11.2014 р.

The article on the conceptual level are exploring ways to acquire the right of joint ownership of housing for the purpose of extracting a system of primary and derivative grounds of acquisition of joint ownership rights of individuals for housing.

В статье на понятийном уровне исследуются способы приобретения права совместной собственности на жилье с целью выделения системы первичных и производных оснований приобретения права совместной собственности физических лиц на жилье.

Список використаних джерел

1. Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М., 1995.
2. Гражданское право: В 2 т. – М., 2002. – Т. 1. – 544 с.
3. Гражданское право / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – Ч. 1.
4. Санникова Л. В. Основания и способы приобретения права собственности // Юридический мир. – 2002. – № 4. – С. 30–37.
5. Цивільне право України: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 1.
6. Щенникова Л. В. Вещные права в гражданском праве России. – М., 1996.
7. Пуляевская Л. В. Основания приобретения права собственности гражданами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2002.
8. Шведкова О. В. Право собственности граждан на жилые помещения. – М., 2003.
9. Рот В. М. Способы набуття права власності: класифікація та критерії розмежування // Часопис Київ. ун-ту права. – 2005. – № 4.
10. Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України. – К., 2003.
11. Січевлюк В. А. Інвестиційні договори на будівництво житла (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 20 с.
12. Судові рішення Верховного Суду України в цивільних справах: 2012 / За ред. А. Г. Яреми // Бюлетень законодавства і юридичної практики України. – К., 2014. – № 5–6. – 736 с.
13. Цивільне право України: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – К., 2004. – Т. 2.
14. Гражданский кодекс Российской Федерации. – Екатеринбург, 1997. – 448 с.



УДК 347.1

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

РОЛЬ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ АКТИВНОСТІ ТА РОЗСУДУ СУДУ ПРИ ВСТАНОВЛЕННІ ІСТИНИ У ЦИВІЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті аналізуються сутність процесуальної активності суду, її взаємозв'язок із процесуально-правовими принципами та засобами, що визначають порядок і можливості встановлення істини у цивільному процесі, проблеми розсуду суду та дискреційних повноважень, їх вплив на законність і обґрунтованість рішення суду.

Ключові слова: процесуальна активність, розсуд суду, встановлення істини, обґрунтованість рішення.

Реформи, що відбулися в українській економічній і політичній системі за останні роки та пов'язані з розширенням приватної сфери, зумовили зміни у механізмі правового регулювання. Розвиток диспозитивних методів регулювання цивільних процесуальних правовідносин шляхом розширення процесуальної активності сторін і змагальних засад судочинства зумовило обмеження процесуальної активності суду.

Сучасний цивільний процес характеризується такими засадами, як диспозитивність, що заснована на праві сторін розпоряджатися процесуальними засобами судового захисту та спірним суб'єктивним матеріальним правом, змагальність, що полягає у волі сторін щодо формування фактичного і доказового матеріалу процесу за повної пасивності суду та засад, які визначають діяльність суду, спрямовану на встановлення дійсних обставин справи, до яких у науці відносять принцип судової істини [1, с. 59]. Публічний інтерес держави полягає у вжитті заходів із забезпечення суб'єктам цивільного обороту можливості захищати свої порушені чи оспорювані суб'єктивні цивільні права й охоронювані законом інтереси. Ступінь процесуальної активності суду в діяльності, спрямованій на встановлення істини, можна визначити тільки в рамках принципів, що найбільшою мірою обумовлюють сутність судового пізнання.

Метою цієї статті є визначення ролі процесуальної активності та розсуду суду в системі

процесуальних засобів, які впливають на встановлення дійсних обставин справи і досягнення істини у цивільному судочинстві.

Проблеми процесуальної активності та розсуду суду досліджувались Є. Васьковським, В. Семеновим, М. Гурвичем, І. Пятілевим, А. Боннером, М. Гершоновим, В. Тараненком, О. Папковою, А. Бараком, О. Чистяковою. Разом із тим вплив зазначених процесуальних категорій на встановлення істини у справі не був предметом спеціального дослідження.

Дослідження проблеми істини в цивільному процесі – це в основному аналіз співвідношення між змістом принципів диспозитивності та змагальності, з одного боку, та можливістю суду з'ясувати істину у справі – з іншого. Неодноразово в наукових дослідженнях зазначалося про вплив на встановлення істини активних повноважень суду та внутрішнього переконання судді. Зокрема, слід підтримати позицію М. Олегова про те, що всі принципи, норми й інститути цивільного процесуального права, які забезпечують рух процесу, можна умовно поділити на дві групи. До першої групи відносяться гарантії встановлення об'єктивної істини, які безпосередньо забезпечують можливість встановлення дійсних обставин справи; до другої – ті, що забезпечують достовірність результатів [1, с. 175]. Зокрема, суд оцінює докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних

у справі доказів (ст. 212 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України). Ніякі докази не мають для суду заздалегідь встановленої сили, що відповідає концепції «чистої» змагальності.

У процесуальній науці процесуальна активність суду досліджувалася різною мірою. Деякі вчені виділяють положення про функції суду в окремий принцип, який називають принципом судового керівництва процесом [2, с. 41–43], принципом процесуальної активності суду [3, с. 95], принципом активності суду [4, с. 74], принципом керівництва суду [5, с. 49–50]. Процесуальна активність суду розглядається одними вченими як явище, що є несумісним із свободою сторін, тому такі дії визначаються як самостійний принцип [6, с. 17; 7, с. 19]. Інші вважають активність суду одним із проявів у цивільному процесі принципу законності [8, с. 116–127]. К. Юдельсон і М. Гурвич активність суду включали до змісту диспозитивності, розглядаючи її як допомогу та контроль суду за розпорядчою діяльністю сторін [9, с. 41; 10, с. 33]. І. Пятілетов також включає до змісту принципу диспозитивності активність суду та прокурора, пояснюючи це тим, що їх участь доповнює розпорядчу волю сторін і приводить її відповідно до дійсних прав та інтересів сторін [11, с. 8]. На думку І. Євтод'євої, контроль за розпорядчими діями учасників процесу відповідає положенню про те, що використання громадянином прав і свобод не повинно завдавати шкоди інтересам інших осіб; функції контролю суду відповідають розумінню свободи як можливості діяти відповідно до своїх інтересів і цілей [12, с. 5].

Включення процесуальної активності суду до змісту принципу диспозитивності не відповідає, на нашу думку, сутності останнього, який полягає у вільному виборі матеріально заінтересованими особами процесуальних засобів захисту прав і впливі на рух справи залежно від використання цих засобів.

М. Гершенов дотримувався тієї точки зору, що активність суду та право прокурора розпочати справу на будь-якій стадії процесу необхідно розглядати як обмеження принципу диспозитивності [13, с. 24]. З такою позицією також не можна погодитись, оскільки можливість матеріально заінтересованих осіб здійснювати свої процесуальні права не обмежується діяльністю органів державної влади. Л. Орлова, у свою чергу, справедливо стверджувала, що активність суду та право прокурора розпочати справу не є обмеженням, а гарантією здійснення принципу диспозитивності [14, с. 47].

В. Семенов обґрунтовував існування самостійного принципу цивільного процесуального права – принципу процесуальної активності суду. На його думку, цей принцип звернений до суду, характеризує його становище та діяльність у процесі, тому немає підстав розглядати його стосовно інших учасників процесу [15, с. 20]. М. Гурвич також виділяв серед принципів цивільного процесу принцип ініціативи (активності) суду. Він вважав, що цей принцип спрямований на допомогу сторонам у захисті їх законних інтересів, має на меті підвищення їх власної активності у процесі, додатковий до діяльності сторін характер і не замінює їх [16, с. 25–26]. Утім ці погляди зумовлені пануючою на той час ідеологією та значно вужчим у порівнянні з чинним законодавством змістом принципів, які визначають характер активності сторін.

На сучасному етапі загальновизнаним є те, що держава не повинна необмежено втручатись у приватну сферу. Якщо так, то мають рацію ті вчені та практики, які стверджують, що суд у цивільному процесі повинен бути обмежений у своїх офіційних повноваженнях. Для визначення меж активності суду вважаємо за доцільне розглядати активні повноваження суду не разом, у межах одного принципу, як це робив В. Семенов, а окремо – за тими сферами процесуальної діяльності, в яких існують офіційні обов'язки суду, у співвідношенні з процесуальними правами заінтересованих осіб і в межах таких принципів цивільного судочинства, як диспозитивність, змагальність та судова істина. У цьому зв'язку заслуговує на увагу позиція В. Тараненко, згідно з якою активність суду в цивільному процесі має багатоплановий характер. Дії, які, як правило, включаються до змісту принципу активності суду, є виявом низки інших принципів. Розгляд активності суду як самостійного принципу веде до збіднення змісту інших принципів [17, с. 7].

Серед сучасних українських дослідників у науці цивільного процесуального права також немає єдності щодо місця активності суду в системі принципів цивільного процесу. Ключовими елементами дискреції як правозастосовної діяльності вважають такі: застосування розсуду передбачено юридичними нормами; суддівський розсуд здійснюється в процесуальній формі; суддівський розсуд повинен бути вмотивованим; ключовим елементом суддівського розсуду є категорія вибору варіанта вирішення того чи іншого правового питання; вибір обмежений загальними та спеціальними межами [18, с. 14]. Саме співвідношення процесуальних прав заінте-

ресованих осіб та офіційних обов'язків суду відображає межі активності суду: якщо принцип диспозитивності визначає співвідношення процесуальних прав приватних осіб та активних повноважень суду з управління рухом процесу, то принципи змагальності та судової істини розподіляють роль суду й осіб, які беруть участь у справі, у судовому доказуванні.

У зв'язку із зміною ролі суду в процесі доказування, коли суд не виявляє процесуальної активності, яка раніше вимагалася від нього, цей принцип, як стверджують деякі дослідники, був замінений на принцип суддівського керівництва [19, с. 104–106], що розуміється як стан цивільного судочинства, з яким суд здійснює керівництво процесом розгляду цивільної справи, забезпечує дотримання належного порядку та сприяє особам, які беруть участь у справі, у здійсненні їх прав і обов'язків, у тому числі пов'язаних із встановленням дійсних обставин справи. Ці положення збігаються з концепцією, запропонованою ще Є. Васьковським [20, с. 94].

Таким чином, процесуальна активність суду, тобто здійснення судом повноважень у силу реалізації публічно правового інтересу, слід розглядати з двох сторін: у сфері руху цивільного процесу; у сфері з'ясування юридично значущих обставин справи (судової істини). З одного боку, активність суду кореспондується з принципом диспозитивності, а з іншого – з принципами судової істини та змагальності. На нашу думку, процесуальна активність суду в цивільному процесі як виняток із загального правила матеріальної заінтересованості сторін у розвитку процесуальної діяльності є явищем, що виникає із співвідношення диспозитивності, змагальності та судової істини.

Як справедливо зазначає О. Папкова, нерозвинутий оборот вимагає для вирішення спору більше формальностей, у зв'язку з чим фактично складаються та законодавчо закріплюються незначні можливості здійснення розсуду суддею. Притаманні цивільно-правовому регулюванню засади ініціативи та диспозитивності, рівності та взаємної майнової відповідальності суб'єктів зумовлюють розширення сфери їх застосування у судочинстві [18, с. 44]. Слід зазначити, що така закономірність притаманна і розвитку основних засад судочинства в Україні.

Розсуд суду є елементом свободи судді при вчиненні певних процесуальних дій. Межі цієї свободи визначаються завданням суду, рамками закону та права. Слід погодитися з М. Треушніковим щодо того, що роз-

виток законодавства останніх десятиліть свідчить про прийняття більшої кількості законів, які містять норми без точного фактичного складу і відсилають встановлення предмета доказування на розсуд суду. Наявність таких норм створює додаткові труднощі при здійсненні правосуддя, оскільки розширює можливості суддівського розсуду у визначенні фактів, які підлягають доказуванню [21, с. 23]. У науковій літературі є різні точки зору щодо сутності розсуду суду. Одні науковці вважають, що це повноваження [22, с. 57], правомочність [23, с. 24–26]. Л. Москвич пропонує включити його в структуру повноважень судді як самостійний елемент [24, с. 10, 16]. За такого підходу суддівський розсуд, безумовно, можна віднести до повноважень судді.

Зокрема, суддівський розсуд допускається цивільним процесуальним законодавством України щодо процесуальних дій, пов'язаних із наданням доказів, визначенням судових витрат і ціни позову; участі сторін і третіх осіб у розгляді справи; об'єднання, роз'єднання та забезпечення позову; змісту рішення. Оціночні положення містяться у ст. 212 ЦПК України, яка покладає на суд обов'язок всебічно, повно й об'єктивно з'ясувати обставини справи; у статтях 58, 61 ЦПК України щодо належності доказів і підстав звільнення від доказування. Розсуд суду пов'язаний із застосуванням судом ситуаційних норм і здійснюється в процесі заслуховування пояснень сторін і третіх осіб, показань свідків, ознайомлення з письмовими, речовими доказами, висновком експерта, відстрочки, розстрочки виконання рішення, зміни способу та порядку виконання рішення, зупинення провадження у справі тощо. Закон визначає можливість дій судді в розумних межах, зокрема, при встановленні процесуальних строків. Норми цивільного, сімейного права застосовуються судом із певною часткою суддівського розсуду, заснованому на внутрішньому переконанні й уявленні судді про закономірності відносин між фізичними особами, зокрема, щодо встановлення мети підтримання шлюбних відносин при розгляді справи за позовом про визнання шлюбу недійсним на підставі його фіктивності (ч. 2 ст. 40 Сімейного кодексу (далі – СК) України).

Слід підтримати позицію О. Чистякової, згідно з якою ситуаційні норми не узгоджуються з природою активних повноважень суду, тому існуючі в чинному цивільному процесуальному законодавстві активні повноваження суду у вигляді процесуальних прав, що використовуються на його розсуд, повин-

ні бути замінені на обов'язки (із можливістю скасування рішення суду у разі їх невиконання) або взагалі виключені [25, с. 32].

Розсуд суду у судовому доказуванні повинен передбачати чітке уявлення про предмет спору у справі. З урахуванням предмета спору, суддя ще на стадії провадження у справі до судового розгляду визначає, які факти необхідно встановити та якими доказами мають бути підтверджені відповідні юридичні факти (ст. 130 ЦПК). При цьому необхідним є надання належних доказів, якими підтверджуються та спростовуються факти, що мають значення для справи. Особливість судового розсуду при встановленні обставин справи полягає в оптимальному визначенні тих фактів і доказів, які будуть покладені в основу рішення. Критерії належності певних юридичних фактів до конкретної справи встановлюються з певною часткою розсуду суду, оскільки на законодавчому рівні їх врегулювати практично неможливо. Межею ж розсуду суду є норми матеріального права, які визначають юридичні факти, що входять до предмета доказування у даній справі. Втім навіть таке правило не може гарантувати встановлення судом дійсних обставин справи, оскільки судовий розсуд має невизначені межі та не підкріплений чіткими санкціями. Він має лише наслідки процесуально-правового характеру, зокрема скасування рішення суду апеляційним судом.

Проблема розсуду при визначенні кола доказів, які мають значення для справи, та їх оцінці зумовлена в окремих випадках відносно визначеними гіпотезами та диспозиціями норм матеріального права, а також суб'єктивними чинниками. Помилка при застосуванні розсуду суду у визначенні кола належних до справи доказів може призвести до ухвалення рішення, яке є незаконним, необґрунтованим і таким, що не відповідатиме дійсним обставинам справи. Отже, істинність фактів, які встановлюються судом, залежить від застосування ситуаційних норм, що опосередковані судовим розсудом, який залежить від надання суду активних повноважень.

Таким чином, розсуд суду у цивільному судочинстві має подвійне значення для встановлення істини у справі. З одного боку, ним долаються невизначеності у гіпотезах правових норм, а з іншого – відсутність чітких меж розсуду може вплинути на об'єктивність встановлення судом обставин справи. Реалізація судового розсуду зумовлена його процесуальною активністю, що має бути визначальною при встановленні судом обставин справи.

Висновки

Дослідження проблеми процесуальної активності суду в рамках самостійного принципу цивільного судочинства залишає поза увагою його зв'язок із процесуальними правами заінтересованих осіб, не вирішує проблему меж повноважень суду, які входять до змісту інших принципів цивільного процесуального права, зокрема принципу судової істини, суперечить керівним засадам диспозитивності та змагальності. Активна позиція суду з точки зору організації процесу виступає гарантією досягнення мети цивільного судочинства, а тому має велике значення для реалізації особами, які беруть участь у справі, наданих їм законом процесуальних прав, а також забезпечує ухвалення обґрунтованих рішень. Істину в судочинстві можна встановити при збалансованому поєднанні публічних і змагальних засад, де межі процесуальної активності суду зумовлені необхідністю встановлення обставин справи.

Список використаних джерел

1. Олегов М. Д. Истина в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1999. – 184 с.
2. Гражданский процесс / Под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. – М., 1997. – 480 с.
3. Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. – М., 1982. – 152 с.
4. Решетникова И. В. Суд идет: Новое в гражданском процессуальном законодательстве // Эко. – 1996. – № 2. – С. 73–78.
5. Рязановский В. А. Единство процесса. – М., 2005. – 80 с.
6. Боннер А. Т. Соотношение инициативы и активности сторон и суда в гражданском судопроизводстве // Сов. гос-во и право. – 1983. – № 8. – С. 17–29.
7. Пилехина Е. В. Мировое соглашение в практике арбитражного суда и суда общей юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2001. – 19 с.
8. Авдюков М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. – М., 1970. – 203 с.
9. Юдельсон К. С. Советское гражданское процессуальное право. – М., 1965. – 198 с.
10. Гурвич М. А. Лекции по советскому гражданскому процессу. – М., 1955. – 399 с.
11. Пятилетов И. М. Распоряжение сторонами гражданскими материальными и процессуальными правами в суде первой инстанции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1970. – 19 с.
12. Евтодьева И. А. Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1983. – 21 с.
13. Гершенов М. М. Основные принципы советского гражданского процесса // Ученые записки Украинского института юридических наук. – М., 1940.

14. Орлова Л. М. Права сторон в гражданском процессе. – Минск, 1973. – 192 с.
15. Семенов В. М. Принципы советского гражданского процессуального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Свердловск, 1965. – 57 с.
16. Советский гражданский процесс / А. Т. Боннер, М. К. Воробьев, М. А. Гурвич и др.; Под ред. М. А. Гурвич. – М., 1975. – 399 с.
17. Принципы диспозитивности и состязательности в советском гражданском процессе. – М., 1990. – 54 с.
18. Панкова О. А. Усмотрение суда. – М., 2005. – 413 с.
19. Решетникова И. В., Ярков В. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. – М., 1999. – 312 с.
20. Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. – М., 1917. – 429 с.
21. Треушников М. К. Судебные доказательства. – М., 1997. – 320 с.
22. Барак Аарон. Судейское усмотрение. – М., 1999. – 376 с.
23. Комиссаров К. И. Задачи судебного надзора в сфере гражданского судопроизводства. – Свердловск, 1971. – 167 с.
24. Москвич Л. М. Організаційно-правові проблеми статусу суддів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2003. – 20 с.
25. Чистякова О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1997. – 197 с.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The characteristic of the procedural nature of the activity of the court, its relationship with the procedural legal principles and means to determine the order and the possibility of establishing the truth in a civil proceeding. The problems of discretion of the court and discretionary powers, as well as their influence on the validity of the decision of the court.

В статье анализируются сущность процессуальной активности суда, ее взаимосвязь с процессуально-правовыми принципами и средствами, которые определяют порядок и возможности установления истины в гражданском процессе, проблемы усмотрения суда и дискреционных полномочий, их влияние на законность и обоснованность решения суда.



УДК 341.1

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

ПРАВОВІ ЗАСАДИ ФУНКЦІОНУВАННЯ МІЖНАРОДНИХ ТРАНСПОРТНИХ КОРИДОРІВ

У статті досліджуються правові засади функціонування міжнародних транспортних коридорів, аналізується система нормативно-правових актів, які є основними для забезпечення функціонування транспортної системи України на національному та міжнародному рівнях.

Ключові слова: міжнародний транспортний коридор, інтеграція в транспортну систему, Концепція створення та функціонування національної мережі міжнародних транспортних коридорів в Україні, міжнародні нормативно-правові акти.

В умовах розширення міжнародного співробітництва та поглиблення інтеграційних процесів формування міжнародних транспортних коридорів важливого значення набуває вирішення транспортних проблем, пов'язаних із забезпеченням міждержавних економічних, культурних та інших зв'язків, з метою створення міжнародної транспортної інфраструктури, що має узгоджені технічні параметри та забезпечує застосування сумісних технологій перевезень як основи інтеграції національних транспортних систем у світову транспортну систему. Саме міжнародні відносини зумовили подальший розвиток логістичних підходів до систем транспортування, що зумовило створення транспортних коридорів на найбільш значущих напрямках руху потоків вантажів і пасажирів.

Метою цієї статті є аналіз існуючої системи нормативно-правових актів, які визначають основні засади функціонування міжнародних транспортних коридорів.

Міжнародні транспортні коридори (далі – МТК) – це сукупність різних видів транспорту, що забезпечують значні перевезення вантажів і пасажирів на напрямках їх найбільшої концентрації. Транспортні коридори виконують роль кровоносних судин у світових інтеграційних процесах. У 1994 р. II Загальноєвропейська (Крітська) транспортна конференція визначила 9 основних маршрутів МТК, III Загальноєвропейська транспортна конференція (1997 р.) до 9 коридорів додала 4 загальноєвропейські транспортні зони. У травні 1993 р. у Брюсселі на міжна-

родній конференції за участю керівних осіб 8 республік колишнього СРСР (Азербайджан, Киргизстан, Вірменія, Таджикистан, Грузія, Туркменістан, Казахстан, Узбекистан) для виконання програми ЄС, спрямованої на розвиток транспортного коридору із Західної Європи через Чорне море, Кавказ і Каспійське море до Центральної Азії, була висунута ідея створення МТК TRACECA. Програма TRACECA (TRANSPORT CORRIDOR EUROPE CAUCASUS ASIA – транспортний коридор Європа–Кавказ–Азія) є компонентом міждержавної програми Tasis. Вказані держави вважаються країнами – засновниками TRACECA. Так, Україною проходить 6 міжнародних транспортних коридорів.

Розвиток транспортних коридорів і входження їх до міжнародної транспортної системи визнано пріоритетним загальнодержавним напрямом розвитку транспортно-дорожнього комплексу України. З цією метою прийняті постанови Кабінету Міністрів України, якими визначені основні шляхи та завдання щодо створення функціонування і розвитку міжнародних транспортних коридорів в Україні і міжнародних транспортних зв'язків:

«Про створення в Україні транспортних коридорів та входження їх до міжнародної транспортної системи» від 30.10.1996 р. № 1324;

Про першочергові заходи щодо створення національної мережі міжнародних транспортних коридорів» від 16.12.1996 р. № 1512;

Про затвердження Концепції створення в Україні транспортних коридорів та входження їх до міжнародної транспортної мережі від 04.08.1997 р. № 821;

Про затвердження Програми створення та функціонування національної мережі міжнародних транспортних коридорів України (1998–2005 рр. – I етап) від 20.03.1998 р. № 346;

Про затвердження Програми розвитку національної мережі міжнародних транспортних коридорів України на 2006–2010 рр. (II етап) від 12.04.2006 р. № 496.

Сучасна розбудова мережі транспортних коридорів у Європі та Азії може істотно прискорити розвиток туризму та перевезень вантажів. Це положення втілене у Державній програмі розвитку туризму на 2002–2010 рр., в якій зазначено, що розвиток міжнародних і трансконтинентальних транспортних коридорів слід визначати як потужний чинник, що сприяє розвитку туристичної галузі в Україні. Також прийнята Державна програма створення та функціонування національної мережі міжнародних транспортних коридорів в Україні, в якій зазначено, що для забезпечення створення та функціонування мережі транспортних коридорів, організації перевезень на них у міжнародній практиці існує значна кількість нормативно-правових актів, технічних документів, конвенцій, вимог, стандартів тощо. На жаль, Україна погодилася тільки частину цих документів (загальна їх кількість – декілька сотень). У Програмі передбачена підготовка відповідних законодавчих та інших нормативно-правових актів, вивчення й аналіз чинних міжнародних актів, їх адаптація до умов України.

Слід зазначити, що постановою Кабінету Міністрів затверджена Концепція створення та функціонування національної мережі міжнародних транспортних коридорів в Україні. Зокрема, ця Концепція передбачає, що правовою основою створення в Україні транспортних коридорів є Конституція України, Закон України «Про транспорт», інші законодавчі та нормативні акти, що діють у галузі транспорту.

Правова база транспортних коридорів України створюється шляхом:

- удосконалення чинних і розроблення нових актів законодавства, що стосуються транспортно-дорожнього комплексу;
- прийняття або адаптації існуючих в Європейському співтоваристві міжнародних документів і угод стосовно транспортної інфраструктури;
- визначення й акредитації закладів, установ, фахівців для створення нормативно-правових і законодавчих актів, правил, норм і стандартів, використання з цією метою потенціалу освітніх та виробничих закладів;
- створення системи доведення нормативно-правових документів до безпосередніх користувачів незалежно від форм власності.

Розроблення правових актів здійснюватиметься відповідно до затверджених графіків із визначенням пріоритетності найважливіших і першочергових правових актів. Контроль за розробленням правових актів, їх державна реєстрація та введення в дію є одним із основних завдань державного регулювання розбудови транспортних коридорів. Передбачається використання можливостей спільного розроблення нормативних документів із відповідними зарубіжними або міжнародними організаціями, здійснення постійного контролю за виконанням вимог нормативно-правових актів, у тому числі контролю за приведенням установчих документів та організаційно-правових форм суб'єктів сфери транспортних коридорів у відповідність із законодавством. Так, Програмою, зокрема, передбачається розглянути міжнародні документи (конвенції, угоди й інші нормативні акти) з питань розвитку та функціонування транспорту, прийняті Європейською економічною комісією ООН та Європейським співтовариством, розробити пропозиції щодо приєднання України до виконання вимог зазначених документів, провести аналітичний огляд чинних законодавчих та інших нормативно-правових актів із питань створення та функціонування транспортних коридорів, підготувати відповідні пропозиції. Необхідно також підготувати перелік і розробити законодавчі й інші нормативно-правові акти щодо методів стимулювання вітчизняних та іноземних інвесторів, які залучаються до розбудови й облаштування транспортних коридорів, нормативні документи з метою забезпечення надійності об'єктів системи річкових судноплавних шляхів у мережі транспортних коридорів та інші завдання в нормативно-правовій галузі.

Проведена значна робота з удосконалення нормативно-правової бази. Прийнято закони України: «Про транзит вантажів», «Про транспортно-експедиторську діяльність», «Про єдиний збір, який справляється у пунктах пропуску через державний кордон України», «Про концесії на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг»; внесені зміни до Закону України «Про податок на додану вартість» у частині звільнення від сплати ПДВ робіт і послуг при здійсненні транзитних перевезень та пасажирів. Україна приєдналася до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (далі – КОТІФ) і до Європейської угоди про важливі лінії міжнародних комбінованих перевезень. Так, Україна вже приєдналася до низки міжнародних конвенцій у галузі залізничного транспорту. Це створює передумови для спрощення контролю вантажів на кордонах, що, у свою чергу, дозволяє вийти на більш якісний рівень

співпраці із залізницями країн Європи й Азії. На сьогодні Укрзалізниця здійснює перевезення вантажів із використанням уніфікованої накладної ЦІМ/СМГС в експортному й імпортному сполученнях у напрямках Румунії, Чехії, Словаччини, а також транзитні перевезення в напрямку Росії та Казахстану. Використання уніфікованої транспортної накладної ЦІМ/СМГС, яка є єдиним перевізним документом для країн із різним транспортним правом (ЦІМ і СМГС), сприяє спрощенню залізничних перевезень між Україною та країнами Європейського Союзу. ЦІМ/СМГС – єдиний перевізний документ, уніфікована транспортна накладна для країн із різним транспортним правом (ЦІМ та СМГС). Вона використовується перевізниками, вантажовідправниками та вантажоодержувачами для здійснення перевезень у міжнародному сполученні. Уніфікована накладна ЦІМ/СМГС зближує дві правові транспортні системи Сходу та Заходу.

Використання уніфікованої транспортної накладної дозволяє учасникам перевізного процесу не здійснювати переоформлення накладної СМГС на ЦІМ, спрощує процедуру перетину кордону, прискорює рух вантажів через кордон, підвищує ефективність товарообігу, поліпшує якість обслуговування, зменшує транспортні витрати вантажовідправників. Рішення про розроблення уніфікованої накладної ЦІМ/СМГС прийняте за ініціативою Укрзалізниці в жовтні 2003 р. у Києві на Міжнародній конференції з транспортного права. Таким чином, використання уніфікованої транспортної накладної є значним кроком у вдосконаленні розвитку інфраструктури міжнародних транспортних коридорів.

Програма створення та функціонування національної мережі міжнародних транспортних коридорів України передбачає доопрацювання поданих і підготовку проектів законів України: «Про концесію на будівництво та експлуатацію автомобільних доріг», «Про морські порти», «Про вільні економіч-

ні зони в межах транспортних коридорів» тощо. Так, з набранням чинності Законом України «Про морські порти України» та початком роботи галузі в якісно новому форматі з новими державними гравцями (Адміністрацією морських портів України та державними стивідорними компаніями) реалізація морської реформи входить у завершальну стадію. Тепер українська морська галузь готова до залучення приватних інвестицій і виходу на новий рівень стивідорних послуг. Із набранням чинності Законом України «Про морські порти» (13.06.2013 р.) у підприємств усіх форм власності з'явилася можливість користуватись об'єктами інфраструктури портів нарівні з державними підприємствами. Реформування портової галузі повною мірою сприяє розвитку та функціонуванню міжнародних транспортних коридорів.

Для забезпечення зовнішньоторговельних зв'язків і поетапної інтеграції України в європейську та світову транспортні системи, крім запровадження міжнародних стандартів у транспортній галузі технічного й економічного характеру, необхідно:

- розширити та зміцнити співробітництво у рамках міжнародних транспортних організацій, у реалізації міждержавних угод у галузі транспорту;
- створити ефективну державну систему контролю за діяльністю транспортних підприємств і підприємців-громадян у сфері міжнародних перевезень на території України;
- гармонізувати нормативно-правову базу у сфері транспорту з відповідними міжнародно-правовими нормами;
- забезпечити правову адаптацію нормативно-правових актів, що приймають органи виконавчої влади, до міжнародних вимог.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що розбудова міжнародних транспортних коридорів і приведення їх стану до міжнародних норм та стандартів є одним із основних напрямів реалізації державної політики України щодо входження національної транспортної системи до міжнародної.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The author introduces the basic legal principles of the international transport corridors. Introduces a system of legal acts, which are essential for the functioning of the transport system of Ukraine at the national and international levels.

В статье исследуются правовые принципы функционирования международных транспортных коридоров, анализируется система нормативно-правовых актов, которые являются основными для обеспечения функционирования транспортной системы Украины на национальном и международном уровнях.



УДК 341.1

Вадим Шестаков,аспірант Інституту законодавства
Верховної Ради України

ЗАХИСТ ІНОЗЕМНИХ ІНВЕСТИЦІЙ В УКРАЇНІ: теорія та практика

У статті аналізуються національне законодавство України у сфері регулювання іноземного інвестування, а також ключові міжнародні двосторонні та багатосторонні угоди, укладені Україною у цій сфері.

Ключові слова: режим іноземного інвестування, інвестиційні угоди України, інвестиційні спори за участю України, інвестиційний арбітраж.

Актуальність питань щодо механізмів забезпечення належних умов поводження з іноземними інвестиціями, а саме порядок їх отримання, використання і захист прав та інтересів, учасників інвестиційного процесу, важко переоцінити, адже саме від відповідей на ці питання залежить інвестиційна привабливість тієї чи іншої держави. В Україні науковими дослідженнями на тему захисту іноземних інвестицій і пов'язаних із ними спорів займалися Т. Сліпачук, Ю. Черних, С. Войтович, Д. Грищенко, М. Мальський.

Метою цієї статті є комплексний аналіз нормативно-правового регулювання захисту іноземних інвестицій в Україні, а також дослідження проблеми ефективності існуючих норм для захисту інтересів іноземних інвесторів шляхом детального аналізу практики вирішення інвестиційних спорів за участю України та виконання відповідних рішень на території України.

Відповідно до інформації, наданої Державним комітетом статистики України, загальний обсяг прямих іноземних інвестицій в економіку країни, включаючи акціонерний капітал і боргові інструменти, на 01.01.2014 р. становив 68,312 млрд дол. На кінець року основними інвесторами України залишаються такі країни, як Кіпр (19,036 млрд дол.), Німеччина (6,292 млрд дол.), Нідерланди (5,562 млрд дол.), РФ (4,287 млрд дол.), Австрія (3,258 млрд дол.), Велика Британія (2,714 млрд дол.), Британські Віргінські острови (2,494 млрд дол.), Франція (1,826 млрд дол.), Швейцарія (1,325 млрд дол.), Італія

(1,268 млрд дол.) [1]. На ці країни припадає 83 % загального обсягу прямих інвестицій [2].

На рівні національного законодавства режим здійснення іноземного інвестування в Україні регулюється низкою спеціальних і загальних нормативно-правових актів. Серед спеціальних можна виділити Закони України «Про захист іноземних інвестицій на Україні» від 10.09.1991 р. № 1540а-XII, «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. № 1560-XII, «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР, що передбачають такі гарантії для іноземних інвесторів:

- застосування національного режиму до інвестиційної й іншої господарської діяльності іноземних інвесторів застосування державних гарантій захисту іноземних інвестицій у разі зміни законодавства про іноземні інвестиції (на вимогу іноземного інвестора у випадках і в порядку, визначених законом, застосовуються державні гарантії, які визначаються законодавством, що було чинним на момент здійснення інвестицій);

- гарантії щодо примусового вилучення, а також від незаконних дій органів влади та їх посадових осіб (іноземні інвестиції в Україні не підлягають націоналізації; не можуть бути реквізовані, крім випадків здійснення рятувальних заходів у разі стихійного лиха, аварій, епідемій, епізоотій і в порядку, передбаченому законодавством);

- компенсація та відшкодування збитків іноземним інвесторам (завданих їм незаконними діями чи бездіяльністю органів державної влади або органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб);

гарантії в разі припинення інвестиційної діяльності (іноземний інвестор має право на повернення своїх інвестицій не пізніше, ніж за шість місяців після припинення цієї діяльності, а також доходів за цими інвестиціями в грошовій або товарній формі, якщо інше не встановлено законом або угодою сторін);

- гарантії переказу прибутків і використання доходів від іноземних інвестицій (після сплати ними податків, зборів (обов'язкових платежів) гарантується безперешкодний негайний переказ за кордон їх доходів, прибутків та інших коштів в іноземній валюті, одержаних на законних підставах від здійснення інвестицій).

Слід зазначити, що відповідно до ст. 13 Закону України «Про режим іноземного інвестування» зазначені гарантії поширюються тільки на належним чином зареєстровані іноземні інвестиції. Процедура державної реєстрації іноземних інвестицій передбачена постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок державної реєстрації іноземних інвестицій» від 06.03.2013 р. № 139. Реєстрація здійснюється обласними, Київською, Севастопольською державними адміністраціями або Радою Міністрів Автономної Республіки Крим протягом 7 календарних днів із дня подання відповідного пакета документів, що підтверджують факт здійснення інвестицій та їх обсяг.

Крім зазначених спеціальних нормативно-правових актів, в Україні є закони, що регулюють порядок укладення та виконання договорів між інвесторами і державою або державними підприємствами. Це, зокрема, такі закони України: «Про державно-приватне партнерство» від 01.07.2010 р. № 2404-VI, «Про угоди про розподіл продукції» від 14.09.1999 р. № 1039-XIV, «Про концесії» від 16.07.1999 р. № 997-XIV. Крім того, Україна намагається впорядкувати адміністрування іноземного інвестування. Так, у 2011 р. створене Державне агентство з інвестицій та управління національними проектами України – центральний орган виконавчої влади, підпорядкований Кабінету Міністрів України, основним завданням якого є сприяння та допомога іноземним інвесторам у взаємодії з загальнодержавними та місцевими органами влади, залучення іноземних інвестицій в Україну та забезпечення реалізації стратегічно важливих проектів, що спрямовані на технологічне оновлення та розвиток базових галузей економіки України.

До компетенції Агентства входить також пошук і залучення іноземних інвестицій в Україну, підтримка інвестиційного розвитку

в регіонах, створення в регіонах України інвестиційних центрів для надання іноземним інвесторам послуг, передбачених Законом України «Про підготовку та реалізацію інвестиційних проектів за принципом «єдиного вікна» від 21.10.2010 р. № 2623.

У червні 2013 р. Міністерство доходів та зборів України (зараз – Державна фіскальна служба України) створило спеціалізовану Інвестиційну раду, діяльність якої спрямована на поліпшення інвестиційного клімату в Україні. Інвестиційна рада діє як дорадчий орган, що забезпечує співпрацю між ДФС, українськими й іноземними інвесторами у питаннях розвитку податкової та митної політики в державі. Вона покликана представляти інтереси українських бізнесменів та іноземних інвесторів при створенні оптимального інвестиційного клімату в Україні шляхом ведення відкритого діалогу з органами влади. До складу Ради входить більш як 50 найбільших міжнародних і вітчизняних компаній-інвесторів, що здійснюють свою діяльність в Україні, а також фінансові, донорські та неурядові громадські організації [3].

Незважаючи на наявність значної кількості національних нормативно-правових актів, що регулюють іноземне інвестування, в Україні відсутнє зведене інвестиційне законодавство. Тому можна стверджувати, що інвестиційне право в Україні перебуває на стадії активного формування і важливу роль у цьому процесі відіграють міжнародно-правові акти, що превалюють над національним законодавством.

Серед міжнародно-правових актів, що регулюють режим здійснення іноземного інвестування в Україні, на особливу увагу заслуговують двосторонні угоди. На сучасному етапі Україною укладено 56 чинних угод про взаємне сприяння та взаємний захист інвестицій; ще 17 підписано, але вони поки що не набули чинності [4].

Україна є стороною низки багатосторонніх угод, які, у тому числі, регулюють питання інвестицій, зокрема:

- Договір до Енергетичної Хартії (набув чинності 16.04.1998 р.);

- Угода про вільну торгівлю між Україною та державами ЄАВТ (набула чинності 01.06.2012 р.);

- Угода про партнерство і співробітництво з ЄС (набула чинності 01.03.1998 р.), яка скоро буде замінена Угодою про Асоціацію між Україною й ЄС (ратифікована Законом від 16.09.2014 р. № 1678-VII).

- Крім зазначених дво- та багатосторонніх угод, що безпосередньо регулюють питання

захисту та сприяння інвестиціям, Україна є стороною близько 20 міжнародних договорів, що так чи інакше пов'язані з іноземними інвестиціями та з питаннями вирішення спорів, які виникають із зазначених угод. До них, зокрема, можна віднести Вашингтонську конвенцію 1965 р. (Конвенція ІКСІД), Нью-Йоркську конвенцію 1958 р. про визнання і виконання іноземних арбітражних рішень, Сеульську конвенцію 1985 р. про створення БАГІ, угоди в рамках СОР (TRIPS, TRIMS, GATS) тощо.

Двосторонні угоди (23 угоди) про сприяння та взаємний захист інвестицій, стороною яких є Україна, передбачають, що для вирішення спору відповідно до певної угоди інвестор може звернутися або до місцевих судів або до міжнародного арбітражу. Вони позбавляють інвестора права звернутися в обидва місця [5]. Шість угод (з Австрією, Бельгією та Люксембургом, Канадою, Фінляндією, Йорданією та Словаччиною) містять обов'язкову умову про те, що звернення до міжнародного арбітражу автоматично позбавляє інвестора права звертатися за захистом своїх прав у будь-який національний орган вирішення спорів будь-якої з договірних держав. Лише двостороння угода з Республікою Білорусь передбачає, що, перш як звернутися за захистом своїх інтересів у міжнародний арбітраж, інвестор повинен вичерпати всі можливі способи захисту на національному рівні [5].

Більшість двосторонніх угод України передбачають право сторін на звернення до Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів (ІКСІД) та *ad hoc* трибуналу, створеного відповідно до Арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ. Відповідно до умов деяких договорів сторони також мають право звертатися до: Арбітражного суду при Міжнародній торговельній палаті (двосторонні угоди з Бельгійсько-Люксембурзьким економічним Союзом, Боснією та Герцеговиною, Йорданією та Великобританією); Арбітражного інституту при Торговій палаті Стокгольма (угоди з Бельгійсько-Люксембурзьким економічним Союзом, з Росією); спеціальних (*ad hoc*) трибуналів відповідно до специфічних правил, визначених в угодах (зокрема, договори України з Вірменією, Китаєм, Німеччиною, Лівією, Польщею, Туреччиною, ОАЕ), або до будь-яких інших органів вирішення спорів, відповідно до домовленостей між сторонами (Кувейт, Монголія, ОАЕ, Великобританія, США) [5].

Багатосторонній Договір до Енергетичної Хартії передбачає низку опцій щодо ви-

рішення спорів. Перш за все, сторони можуть звернутися до судів або адміністративних трибуналів Договірної Сторони, яка є стороною в спорі, або вирішити спір відповідно до будь-якої застосовної, раніше погодженої процедури розв'язання спору. Якщо спір не переданий на розв'язання відповідно до зазначених опцій, він може бути розглянутий в ІКСІД, відповідно до арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ або арбітражем при Арбітражному інституті Міжнародної торговельної палати у Стокгольмі [6].

Більшість міжнародних інвестиційних спорів за участю України розглядалися арбітражним трибуналом Міжнародного центру з урегулювання інвестиційних спорів. Наразі завершеними є такі справи [7]:

1. *Джозеф Лем'єр проти України (ICSID Case No ARB(AF)/98/1, рішення винесене 18.09.2000 р.;*

2. *Компанія Generation Ukraine Inc проти України (ICSID Case No ARB/00/9), рішення винесене 16.09.2003 р.;*

3. *Western NIS Enterprise Fund проти України (ICSID Case No ARB/04/2), процесуальний наказ видано 16.03.2006 р.;*

4. *Токіос Токелес проти України (ICSID Case No ARB/02/18), рішення винесене 26.07.2007 р.;*

5. *Компанія Alpha Projektholding GmbH проти України (ICSID Case No ARB/07/16), рішення винесене 08.11.2010 р.;*

6. *Компанії Global Trading Resource Corp та Globex International Inc проти України (ICSID Case No ARB/09/11), рішення винесене 01.12.2010 р.;*

7. *Джозеф Лем'єр проти України (II) (ICSID Case No ARB/06/18; ІС 485 (2011), рішення винесене 28.03.2011 р.;*

8. *Компанія GEA Group Aktiengesellschaft проти України (ICSID Case No ARB/08/16), рішення винесене 31.03.2011 р.;*

9. *Компанія Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and Ors проти України (ICSID Case No ARB/08/8), рішення винесене 01.03.2012 р.;*

10. *Компанія Bosh International, Inc та компанія В&Р, LTD Foreign Investments Enterprise проти України (ICSID Case No ARB/08/11), рішення винесене 25.10.2012 р.;*

11. *Джозеф Лем'єр проти України (ICSID Case No ARB/06/18), рішення винесене 08.07.2013 р.*

Арбітражним інститутом Торгової палати Стокгольму розглянуті такі справи:

1. *Компанія АМТО LLC проти України (SCC Case No 080/2005; ІС 346 (2008), остаточне рішення підписане 26.03.2008 р.;*

2. *Компанія Remington Worldwide Limited проти України; рішення винесене 28.04.2011 р.*

Крім того, одна справа вирішена відповідно до арбітражного регламенту ЮНСІТРАЛ: *Компанії Laskaridis Shipping Co LTD, Lavinia Corporation, A K Laskaridis ma P K Laskaridis проти України.*

Слід зазначити, що не на користь України винесені рішення у справах Alpha Projektholding GmbH проти України, Inmaris Perestroika проти України, Джозеф Лемьєр проти України (II) та Remington Worldwide Limited проти України [7].

Наразі на стадії розгляду знаходяться такі справи [5]:

1. *BAT «Татнафта» (Росія) проти України (справа розглядається арбітражем ad hoc відповідно до арбітражного регламенту UNCITRAL);*

2. *Компанії City-State N. V., Praktyka Asset Management Company LLC, Crystal-Invest LLC та Prodiz LLC проти України, розглядається в Міжнародному центрі з урегулювання інвестиційних спорів (ICSID Case No ARB/14/9);*

3. *Компанія Krederi Ltd. Проти України, розглядається в Міжнародному центрі з урегулювання інвестиційних спорів (ICSID Case No ARB/14/17).*

Арбітраж у справі BAT «Татнафта» проти України виніс рішення 29.07.2014 р. на користь російського інвестора, присудивши відшкодування збитків у розмірі 112 млн дол. (близько 5 % заявленої позивачем компенсації в розмірі 2,4 млрд дол. США), а також сплату Україною додаткової компенсації за порушення двосторонньої інвестиційної угоди між Україною та Росією. Наразі справа перебуває на стадії апеляційного оскарження в апеляційному суді м. Париж [8].

Більшість інвестиційних угод, стороною яких є Україна, передбачають, що виконання рішення арбітражу щодо угоди є обов'язковим. Третя їх частина передбачає, що рішення міжнародних арбітражів мають виконуватися відповідно до національного законодавства. Двосторонні угоди з Киргизстаном і Узбекистаном прямо передбачають, що рішення міжнародних арбітражів мають виконуватися відповідно до положень Нью-Йоркської конвенції 1958 р. [5]. Оскільки Україна є стороною Нью-Йоркської конвенції, яка є частиною національного законодавства та передбачає обов'язкове виконання рішень міжнародних арбітражів, зазначені положення, при різних формулюваннях, фактично, зводяться до одного – рішення міжнародних арбітражів мають обов'язково визнаватися та виконуватися в Україні відповідно до

положень Нью-Йоркської конвенції з урахуванням національного законодавства в частині процедури визнання та виконання.

Виконання рішень міжнародних арбітражів на території України відбувається відповідно до загальної процедури виконавчого провадження, передбаченої розділом 8 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України та Законом України «Про виконавче провадження». Так, відповідно до ст. 390 Кодексу рішення іноземного суду (у тому числі арбітражу) визнаються та виконуються в Україні, якщо їх визнання та виконання передбачене міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України (у тому числі Нью-Йоркська конвенція 1958 р.), або за принципом взаємності. При цьому ст. 396 Кодексу передбачає право відмовити у примусовому виконанні рішення іноземного або міжнародного арбітражу, якщо виконання такого рішення загрожувало б інтересам України.

Разом із тим вже відома практика виконання Україною рішень міжнародних арбітражів в інвестиційних спорах. Наразі маємо чотири рішення інвестиційних арбітражів, винесених не на користь України, зокрема у справах Alpha Projektholding v Ukraine, Inmaris Perestroika v Ukraine, Remington Worldwide Limited v Ukraine, and Joseph C Lemire v Ukraine (II). В останній справі Україна добровільно виконала рішення арбітражу (відповідно до інформації, наданої Мін'юстом), а у попередніх трьох Україна виконала рішення міжнародного арбітражу лише після завершення процедури виконавчого провадження відповідно до законодавства України. Лише у справі Remington Worldwide Limited v Ukraine визнання та виконання було проблематичним: позивачу у трьох інстанціях було відмовлено через те, що відповідачем зазначався Кабінет Міністрів України. Після подачі повторної заяви з зазначенням держави Україна як відповідача, процедура визнання та виконання завершилася успішно [7].

Висновки

Аналіз правового підґрунтя для захисту іноземних інвестицій в Україні, а також практики вирішення інвестиційних спорів за участю України свідчить про те, що, незважаючи на недосконалість національного законодавства у сфері захисту інвестицій і на відсутність узагальненої правової бази на рівні внутрішньодержавних НПА, інвестиційне середовище в Україні можна визнати передбачуваним. Значна кількість двосторонніх угод

про взаємний захист інвестицій, укладених Україною, а також ратифікація нашою державою ключових конвенційних інструментів, що регулюють питання вирішення інвестиційних спорів, визнання та виконання рішень міжнародних арбітражів компенсують нечіткість і застарілість національного законодавства.

Список використаних джерел

1. Веб-сайт Державної служби статистики України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ukrstat.gov.ua/>.
2. Економічна правда [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.epravda.com.ua/news/2014/02/14/420036/>.
3. Веб-сайт Ради з питань стимулювання інвестицій та підприємницької діяльності [Елек-

тронний ресурс]. – Режим доступу: <http://rada.sfs.gov.ua/>.

4. Investment Policy Hub [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://investmentpolicyhub.unc-tad.org/>.

5. Global Arbitration Review: Investment Treaty Arbitration: Ukraine [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://globalarbitrationreview.com/know-how/topics/66/investment-treaty-arbitration/>.

6. Сліпачук Т. Інвестиційний арбітраж та Енергетична Хартія: аналітичний огляд і коментарі // Юридичний журнал. – 2005. – № 8.

7. Tatyana Slipachuk «Investment Treaty Arbitration: Ukraine» – Getting the Deal Through, 2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.sk.ua/sites/default/files/ita2014_ukraine.pdf.

8. CEE Legal matters [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ceelegalmatters.com/>.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article describes and analyses national legislation of Ukraine in the sphere of foreign investment regulation, as well as key multilateral and bilateral agreements, concluded by Ukraine in this sphere. Practice of resolution of investment disputes involving Ukraine and practice of recognition and enforcement of arbitral awards in Ukraine is analyzed.

В статье анализируются национальное законодательство Украины в сфере регулирования иностранных инвестиций, а также ключевые многосторонние и двусторонние соглашения, заключенные Украиной в этой сфере.



УДК 349.2 (477)

Сергій Вавженчук,

д-р юрид. наук, доцент,
професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ОБ'ЄКТ ЗАХИСНОГО ТРУДОВОГО ПРАВОВІДНОШЕННЯ: експериментальний анклав

У статті аналізуються існуючі проблеми у сфері розуміння об'єкта захисного трудового правовідношення, розкриваються поняття та його сутність, визначаються конкретні ознаки, що допомагають нівелювати проблеми розуміння об'єкта захисного трудового правовідношення.

Ключові слова: захист, охорона трудових прав, трудові права.

Україна вступає у нову еру, що характеризується підвищенням ролі захисту трудових прав, зміцненням пріоритетного напрямку розвитку охоронних трудових правовідносин. Заслугує на увагу основоположна нормативна дефініція ст. 55 Конституції України, яка декларує, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права та свободи від порушень і протиправних посягань. Це передбачає вирішення низки завдань в умовах трансформації трудо-правового поля держави. Одним із таких завдань є підвищення ефективності правового захисту трудових прав у межах захисного трудового правовідношення та побудова цілісної системи охорони означених прав. Розбудова доктрини захисного трудового правовідношення неможлива без ґрунтовного аналізу юридичної природи об'єкта такого правовідношення із урахуванням нормативно-правової складової, судової практики та латентних проблем у цьому сегменті.

Проблеми розуміння сутності та складу трудових правовідносин були предметом наукових дискусій у різні періоди розвитку трудового права. Серед наукових досліджень, присвячених трудовим правовідносинам і його елементам, праці таких відомих учених, як Н. Болотіна, С. Венедіктов, О. Куренной, А. Лушніков, М. Лушнікова, О. Процевський, С. Прилипко, М. Іншин, Г. Чанишева, О. Ярошенко й ін. Охоронним правовідносинам у трудовому праві присвятили свої праці В. Андріїв, І. Костян, І. Лагутіна, Н. Хуторян та інші. Разом із тим об'єкту захисного трудового правовідношення не приділялося належної уваги у наукових колах.

Доктринальні здобутки різних періодів розвитку трудових правовідносин, захисних

трудових правовідносин, що окреслені в роботах провідних науковців, свідчать не лише про популярність вживаності відповідної конструкції, а й про необхідність їх правового вдосконалення. Втім, незважаючи на наявність наукових праць, категорія об'єкта захисного трудового правовідношення потребує подальшого вивчення з огляду на переосмислення вихідних положень трудового законодавства в сучасних економічних і політичних умовах.

Окреслений стан суспільних відносин і правової регламентації вже на віддалених підступах дослідження об'єкта захисного трудового правовідношення вказує на гостру актуальність теми статті.

Метою цієї статті є визначення об'єкта захисного трудового правовідношення на підставі критичного осмислення доктринальних здобутків.

Поняття «об'єкт захисних трудових правовідносин» не можна розглядати як сталу правову категорію, адже під впливом різних правових доктрин (наукової та судової) воно постійно трансформується. Як наслідок, законодавець у процесі нової кодифікації постає перед вибором концепції захисту суб'єктивних трудових прав. Не сприяє утвердженню такого вибору й постійна динаміка чинного трудового законодавства. Поглиблює проблему, що розглядається, також значна секторальність правових норм трудового законодавства.

Розмаїття підходів до розуміння поняття «об'єкт захисних трудових правовідносин» не може бути подолане шляхом різного тлумачення об'єкта захисного трудового право-

відношення чи власних інтерпретацій існуючих тлумачень цього поняття. Саме з огляду на зазначені чинники розглянемо сутність об'єкта захисного трудового правовідношення.

У трудо-правовій доктрині об'єкт захисного трудового правовідношення глибоко не досліджувався. Низка правників, описуючи трудові правовідносини, не згадує про їх об'єкт [1, с. 54; 2]. Саме тому необхідно звернутися до основ трудового права та до загальної теорії права. Слід зазначити, що аутопоезис правовідношення дав підстави для формування в юридичній літературі трьох основних точок зору з цього приводу:

- під об'єктом правовідношення розуміється те, з приводу чого встановлюються правовідносини;
- об'єктом правовідношення визнається те, на що спрямоване правовідношення;
- правовідношення слід розглядати як безоб'єктне, адже визначення об'єкта правовідношення не впливає на юридичну кваліфікацію.

Аналіз юридичної літератури дає підстави виділити такі підходи до розуміння об'єкта правовідношення: поведінка учасників правовідношення [3, с. 38]; поведінка зобов'язаної особи [4, с. 230]; дії учасників правовідношення [5, с. 142] (вказані об'єкти окреслені поведінковою концепцією об'єкта правовідношення); предмети матеріального світу (речова теорія об'єкта) [6, с. 301, 392] (ця теорія висвітлюється більшою мірою саме у цивільному, а не трудовому праві); охоронюваний законом інтерес [7, с. 148]; охоронювані законом блага [6, с. 142]; правовий режим (теорія правового режиму як об'єкта правовідносин за своєю суттю є симбіозом поведінкової теорії та речової теорії об'єктів правовідносин); суспільні відносини, що регулюються [8, с. 64]. Юридичній доктрині відома також теорія безоб'єктного правовідношення, яка опрацьовувалася М. Агарковим [9, с. 71, 72].

Ф. Тарановський дотримувався дуалістичного характеру об'єкта юридичного відношення. Він вважав, що суб'єктивне право й обов'язок є корелятивними елементами юридичного правовідношення. При цьому у кожному юридичному відношенні він виділяв об'єкт обов'язку й об'єкт права, тобто об'єкти першого та другого порядку. Так, до об'єктів першого порядку він відносив право на працю, а до об'єкта другого порядку – працю працівника. Більше цього, до об'єктів другого порядку Ф. Тарановський відносив, окрім речей і дій, також нематеріальні блага [10, с. 157, 158].

У трудовому праві під об'єктом трудових правовідносин А. Лушніков і М. Лушнікова розуміють процес праці (живу працю), а не її результат, тобто працю оречевлену [11, с. 41]. Л. Таль трактує працю як юридично реле-

вантну діяльність у чужому інтересі, виконувану особою, яка обіцяла її особисто або нею організовану [12, с. 32]. Однак, заради справедливості, слід зазначити, що трудові правовідносини доцільно розглядати у широкому сенсі, тобто (враховуючи критерій способу реалізації права) їх можна розділити на дві групи: *регулятивні трудові правовідносини* (що впливають із трудового договору тощо) й *охоронні трудові правовідносини* (що окреслюють превентивну охорону трудових прав та їх захист). У юридичній літературі існують спроби поділяти трудові правовідносини на *загальнорегулятивні*, *регулятивні* та *правоохоронні* [13, с. 1014], тобто має місце спроба виділити загальнорегулятивні трудові правовідносини та поставити їх в один класифікаційний ряд із регулятивними трудовими правовідносинами, що неправильно, оскільки останні як мінімум виступають родовими поняттями по відношенню до перших.

Слід зазначити, що у трудовому праві речова теорія об'єкта не може бути втілена на рівні ні регулятивних, ні захисних трудових правовідносин, ні відносин, пов'язаних із трудовими. Адже речі не виступають об'єктом таких правовідносин з огляду на те, що порушене суб'єктивне трудове право відновлюється в інший спосіб, який не передбачає наявності матеріальних благ, а саме – речей. Зокрема, це виявляється у трудовому страйку, пікеті, не виході на роботу через загрозу життю або здоров'ю тощо. З цього приводу Я. Магазінер зазначав, що речі є лише юридичним образом, який приховує у собі дії людей, які для них є обов'язковими в силу цільового призначення речей [14, с. 174]. На думку О. Іоффе, саме тому властивості речей можуть розглядатися як правостворюючі, юридичні факти, а не як обставини, в силу яких річ перетворюється на об'єкт права [15, с. 118]. Наведені аргументи свідчать про те, що в захисному трудовому правовідношенні відсутній такий об'єкт, як річ.

Розвиток суспільства зумовив ускладнення трудових правовідносин. Як наслідок в юридичній літературі з'явилася точка зору, згідно з якою правовий режим або правове положення розглядають у якості такого об'єкта правовідношення. Із цим погодитися не можна, оскільки в його основі теж знаходяться як речі, так і дії, що не вписується у розуміння об'єкта за наведеною аргументацією.

У контексті, що розглядається, заслуговують на увагу напрацювання В. Щербини, який об'єктом охоронних правовідносин вважає бажану правову поведінку, яку належить учинити правопорушникові на користь уповноваженої особи. При цьому вчений категорично заявляє, що в жодному разі об'єктом таких правовідносин не можуть бути мате-

ріальні чи інші блага. Саме в охоронних правовідносинах реалізується дисциплінарна та матеріальна відповідальність працівника, матеріальна відповідальність роботодавця, заходи захисту та запобіжні заходи [16, с. 100, 101].

І. Дмитрієва зазначає, що, незважаючи на складний склад прав та обов'язків, трудові правовідносини є єдиним правовідношенням. Розкриваючи вказану тезу, вона на прикладі охоронних правовідносин із матеріальної відповідальності працівників доводить, що вони не є самостійними, адже входять у нерозривний комплекс єдиного складного трудового правовідношення [17, с. 80–84]. Далі вона характеризує права й обов'язки учасників трудових правовідносин, їх взаємозв'язок. Із наведеного випливає, що об'єкту охоронного трудового правовідношення не відводиться окрема роль і значення. Не можна погодитися із тим, що у трудовому праві можуть мати місце безоб'єктні захисні трудові правовідносини. Адже якщо припустити, що вони існують, то стає незрозумілим вектор напрямку захисту порушеного трудового права. З цього приводу В. Лапач зазначав, що припущення можливості існування безоб'єктних правовідносин виключає будь-яку можливість пізнання механізму правового регулювання суспільних відносин [18, с. 88].

Ю. Томілова, С. Веретеннікова висловили точку зору, за якою об'єктом охоронних правовідносин виступає охоронюваний законом інтерес [19, с. 108; 20, с. 8, 13]. Охоронюваний законом інтерес не може бути об'єктом захисного трудового правовідношення хоча б тому, що він позбавлений конститутивних ознак суб'єктивного трудового права.

Заслуговує на увагу точка зору Д. Мікшиса, який вважає за доцільне окреслити всі різновиди об'єктів самозахисту терміном «суб'єктивні цивільні права» з урахуванням їх диференціації (майнові та немайнові, особисті та відчужувані) [21, с. 29].

На думку Д. Кархальова, об'єктом будь-якого охоронного, у тому числі захисного зобов'язання є дії (поведінка), здійснювані правопорушником з метою відновлення порушеного суб'єктивного цивільного права або порушення правового положення особи, що існувало до порушення [22, с. 90].

Викладене свідчить, що існує низка точок зору з приводу розуміння й існування об'єкта трудового правовідношення. Це не можна розглядати як випадковий факт, адже трудове право окреслює широке коло суспільних відносин, де мають місце і захисні трудові правовідносини. При цьому слід зазначити, що у трудовому праві об'єкт трудового правовідношення необхідно розглядати з урахуванням сутності та видових ознак такого правовідношення.

Охоронне трудове правовідношення, безумовно, є різновидом трудового правовідношення та має у своєму складі три елементи, серед яких існує об'єкт такого правовідношення.

Якщо рафінувати означені аргументи можна дійти такого **висновку**: те, що під час порушення суб'єктивного трудового права або явної загрози його порушення піддається правовому впливу (дія або сукупність дій, пасивна поведінка) та здатне на зустрічну реакцію, виступає об'єктом захисного трудового правовідношення. Таким чином, захисне трудове правовідношення, що виникло у разі порушення суб'єктивного трудового права або у разі явної загрози такого порушення, проявляється у здійсненні дії (сукупності дій) або пасивної вольової поведінки, спрямованої на забезпечення недоторканності суб'єктивного трудового права, відновлення порушеного трудового права або відновлення попередньо існуючого правового положення потерпілої особи. При цьому реалізація захисного трудового правовідношення здійснюється у немайновій формі (наприклад, проведення страйку працівниками у разі порушення їх права на оплату праці). В цьому випадку працівники реалізують правовідношення із захисту права на оплату праці, в якому роботодавець вчиняє дію або сукупність дій, що спрямовані на виплату належної заробітної плати працівникам відповідно до умов трудового договору. Вказане свідчить, що у межах захисного трудового правовідношення дія (сукупність дій), яка вчиняється роботодавцем (зобов'язаною особою), підпадає під правовий вплив.

Враховуючи викладене, а також здобутки трудо-правової доктрини стосовно розуміння трудових правовідносин, вважаємо за доцільне навести авторське визначення об'єкта захисного трудового правовідношення: *об'єкт захисного трудового правовідношення – це правомірна поведінка (активна або пасивна) у векторі забезпечення недоторканності суб'єктивного трудового права, відновлення порушеного трудового права або відновлення попередньо існуючого правового положення потерпілої особи.*

Безумовно, наведені міркування не вичерпують усієї повноти проблеми виокремлення об'єкта захисного трудового правовідношення. Проте ми мали на меті не стільки цілісно та всебічно охарактеризувати об'єкт захисного трудового правовідношення, скільки визначити основні проблеми у розумінні такого об'єкта, окреслити його функціональний генезис, що забезпечить підґрунтя для формування відповідного правозастосування та регламентації захисних трудових правовідносин у посткодифікаційний період.

Список використаних джерел

1. Ахметов А., Ахметова Г. Трудовое право Республики Казахстан. – Алматы, 2005. – 455 с.
2. Бердычевский В. С., Аюпов Д. Р., Сулейманова Г. В. Трудовое право. – Ростов н/Д, 2002. – 512 с.
3. Александров Н. Г. Правовые отношения в социалистическом обществе. – М., 1959. – 45 с.
4. Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. – М., 1961. – 381 с.
5. Кечекьян С. Ф. Правоотношение в социалистическом обществе. – М., 1958. – 187 с.
6. Алексеев С. С. Об объекте права и правоотношения // Вопросы общей теории советского права / Под ред. С. Н. Братуся. – М., 1960. – 405 с.
7. Томилова Ю. Ю. Охранительные правоотношения в механизме правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 203 с.
8. Толстой Ю. К. К теории правоотношения. – Л., 1959. – 87 с.
9. Гражданское право / Под ред. М. Агаркова, Д. Генкина. – М., 1944. – 419 с.
10. Тарановский Ф. В. Учебник энциклопедии права. – Юрьев, 1917. – 537 с.
11. Луишиков А. М., Луишикова М. В. Курс трудового права: В 2 т. – М., 2009. – Т. 1. – 879 с.
12. Таль Л. С. Трудовой договор: Цивилистические исследования. – Ярославль, 1913. – Ч. 1. – 150 с.
13. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. – М., 2009.
14. Магазинер Я. М. Советское хозяйственное право. – Л., 1928. – 489 с.
15. Иоффе О. С. Избранные труды: В 4 т. – СПб., 2003. – Т. 1. – 574 с.
16. Щербина В. І. Трудове право України / За ред. В. С. Венедиктова. – К., 2008. – 384 с.
17. Трудовое право России / Под ред. А. М. Куренного. – М., 2004. – 493 с.
18. Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. – СПб., 2002. – 544 с.
19. Томилова Ю. Ю. Охранительные правоотношения в механизме правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – 230 с.
20. Веретенникова С. Н. Меры самозащиты в российском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2004. – 20 с.
21. Микиш Д. В. Самозащита гражданских прав. – СПб., 2013. – 310 с.
22. Кархалев Д. Н. Охранительное гражданское правоотношение. – М., 2009. – 332 с.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

In this article the area of existing problems in the sphere of understanding the object of protecting employer-employee relations is defined, it's definition and nature are described. In the process of investigation specific characteristics which contribute to the eliminating of problems in the sphere of understanding the object of protecting employer-employee relations are characterized

В статье анализируются существующие проблемы в сфере понимания объекта защитного трудового правоотношения, раскрываются понятие и его сущность, определяются конкретные признаки, способствующие устранению проблем в сфере понимания объекта защитного трудового правоотношения.



УДК 349.422

Максим Гребенюк,*канд. юрид. наук, доцент,***Олеся Главацька,***Інститут післядипломної освіти**Київського Національного університету ім. Тараса Шевченка*

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ОБІГУ РАДІОАКТИВНО ОБРОБЛЕНИХ ХАРЧОВИХ ПРОДУКТІВ В УКРАЇНІ

У статті розкриваються правові засади забезпечення безпеки харчових продуктів, щодо яких здійснено іонізуюче опромінювання, аналізуються положення чинного законодавства, які регулюють питання ввезення й обігу в Україні радіоактивно оброблених харчових продуктів.

Ключові слова: безпека продуктів харчування, радіаційна технологія обробки харчових продуктів, продовольча безпека, радіоактивні ізотопи, маркування радіоактивно оброблених продуктів харчування, торговельна мережа, вітчизняний продовольчий ринок.

Міжнародний досвід свідчить, що з метою знезараження та стерилізації харчових продуктів у 73 країнах світу нормативно дозволено використання сучасної технології радіоактивної обробки продовольства за допомогою іонізуючого опромінювання (гамма та рентген променів). Новаторами запровадження радіоактивного опромінювання продуктів харчування були США, вперше застосувавши вказану технологію ще у 50-х роках ХХ ст. з метою підвищення показників безпеки харчових продуктів, фізичного знищення в молекулярній структурі продовольчої сировини та сільськогосподарській продукції патогенних мікроорганізмів, бактерій і плісняви.

У сучасних умовах як у США, так і в ЄС продовольство, що реалізується у торговельній мережі (м'ясо, птиця, яйця, картопля, хліб, овочі) у переважній більшості піддається іонізуючому опромінюванню за допомогою відомих ізотопів кобальт-60 і цезій-137. Вважається, що радіаційна технологія обробки харчових продуктів має фундаментальні переваги, порівнюючи з іншими поширеними способами зниження втрат від біологічного, хімічного та бактеріального псування продовольства: радіоактивно стерилізовані харчові продукти можуть зберігатись у декілька разів довше, при цьому не вимагається додаткових енерговитрат, зберігаються смакові та харчові якості продовольства; значно зни-

жуються виробничі втрати (при розморожуванні кожної тонни м'яса промислові втрати досягають близько 40 кг, а при запровадженні радіаційної технології обробки харчових продуктів ці втрати відсутні), використання вказаної технології є достатньо дешевою й оптимальною.

З метою посилення захисту здоров'я споживачів в Україні вважаємо за доцільне розглянути правові засади забезпечення безпеки харчових продуктів, щодо яких застосована технологія іонізуючого опромінювання, визначити шляхи вдосконалення вітчизняного законодавства в контексті формування сучасної концепції продовольчого забезпечення на європейському рівні.

Правові аспекти забезпечення продовольчої безпеки та безпеки харчових продуктів досліджували О. Білінська, С. Бугера, В. Єрмоленко, Т. Курман, С. Лушпаєв, А. Тригуб [1–6] та інші фахівці аграрно-правової науки. Проте висвітлення правових питань щодо ввезення й обігу в нашій країні радіоактивно оброблених харчових продуктів жоден із вказаних науковців не здійснював, що посилює актуальність теми дослідження.

Метою цієї статті є визначення шляхів удосконалення вітчизняного законодавства щодо ввезення й обігу в Україні харчових продуктів, щодо яких проведено іонізуюче опромінювання в умовах форму-

вання сучасної концепції захисту прав споживачів.

У сучасних умовах технологія виробництва продуктів харчування передбачає новачку, яка полягає у тому, що обов'язковим є використання рентгеновських апаратів, які просвічують готову до споживання харчову продукцію з метою виявлення у кінцевій продукції шматків металу, пластику, які потенційно можуть залишитися після кінцевої обробки продуктів харчування.

Іонізуюче опромінювання харчових продуктів – процес, під час якого харчові продукти піддаються впливу радіоактивних ізотопів (кобальт-60, цезій-137) з метою знищення мікроорганізмів, бактерій, вірусів або комах, які можуть бути присутні в структурі харчового продукту, для сповільнення проростання, затримки дозрівання злакових культур, овочів і фруктів. Завдяки застосуванню вказаної технології виробники продовольства запобігають претензіям споживачів, які можуть мати місце при споживанні в їжу певного «проблемного» продукту харчування. Але харчові продукти, які просвічуються рентгеном отримують певну дозу радіації та можуть становити загрозу для здоров'я людини. В Японії, після ядерної аварії на Фукусімі у 2011 р., в результаті чого радіоактивний йод і цезій знищили майже все живе на сотні кілометрів, населення змушене було споживати виключно імпортні продукти харчування.

Наукові дослідження доводять, що більше 70 % природної радіації, яка накопичується в організмі людини, припадає саме на продукти харчування та питну воду. Вченими встановлено, що шкода від вживання продуктів харчування, в яких перевищені допустимі рівні вмісту радіонуклідів, більша, ніж від зовнішнього іонізуючого опромінювання. Тому з метою забезпечення максимального захисту від їх негативного впливу у більшості розвинутих держав світу законодавчо встановлений посилений контроль за безпечністю харчових продуктів і питної води.

Безпека харчової продукції та продовольчої сировини є однією з вирішальних складових економічної безпеки кожної держави та визначається спроможністю країни ефективно контролювати виробництво і ввезення безпечного й якісного продовольства на загальноновизнаних у світі засадах.

Споживання продуктів харчування, в яких присутні радіонукліди, не є новачкою або сенсацією для нашої країни. В результаті Чорнобильської катастрофи у деяких регіонах України (Рівненська, Житомирська, Волинська, Київська області) рівень радіоактивного забруднення ґрунтів та об'єктів навколиш-

нього природного середовища до цього часу залишається достатньо високим, тому мешканці вказаних областей мають вимагати у продавців результати радіологічного контролю сільськогосподарської продукції та харчових продуктів (м'ясо, молоко, гриби, ягоди), насамперед на продовольчих ринках. Таким чином, основним шляхом потрапляння радіонуклідів до людського організму є споживання в їжу радіоактивних продуктів харчування. У країнах, які постраждали від катастрофи на Чорнобильській АЕС, зокрема в Україні, нормуються тільки два радіонукліди: цезій-137 і стронцій-90. Це пов'язано з тим, що зазначені радіонукліди внаслідок своїх фізичних і хімічних властивостей легко включаються в біологічні процеси в організмі людини, підміняючи собою стабільні ізотопи. При цьому норми для стронцію-90 більш жорсткі, ніж для цезію-137, що пов'язано з його більшою небезпекою.

Для контролю безпеки харчових продуктів і з метою попередження та зниження дози внутрішнього опромінення населення України шляхом обмеження надходження радіонуклідів із продуктами харчування та стимуляції створення і дотримання виробниками необхідних умов одержання чистої харчової продукції на забруднених територіях Міністерство охорони здоров'я України затвердило відповідно до Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» наказ МОЗ України «Про затвердження Допустимих рівнів вмісту радіонуклідів Cs-137 і Sr-90 у продуктах харчування та питній воді» від 19.08.1997 р. № 255.

Наказ МОЗ України «Мікробіологічні критерії для встановлення показників безпечності харчових продуктів» від 19.07.2012 р. № 548 регламентує питання проведення перевірки харчових продуктів за мікробіологічними критеріями з метою визначення показників гігієни харчових продуктів, але не встановлює критерії безпечності харчових продуктів, оброблених іонізуючим опромінюванням.

Із 2011 р. в Україні запроваджено новий стандарт ISO 14470:2011 «Опромінювання харчових продуктів», який передбачає використання радіаційної іонізуючої технології. Опромінювання харчових продуктів – це процес, під час якого харчові продукти спеціально піддаються впливу іонізуючого опромінювання з метою підвищення їх безпечності. Опромінювання харчових продуктів використовується для різних цілей, у тому числі для контролю над патогенними мікроорганізмами і паразитами, скорочення кількості мікроорганізмів псування, придушення проростання цибулин, картоплі та коренеплодів, продовження терміну зберігання продукту.

Положення Закону «Про безпечність та якість харчових продуктів» від 06.09.2005 р. визначають, що в Україні дозволяється використання відповідно до встановлених міжнародних вимог безпечного застосування радіаційної іонізуючої технології. Законодавець у вказаному акті визначає лише поняття «неправильно маркований харчовий продукт» – харчовий продукт, який піддавався дозволеній радіоактивній обробці у будь-якій формі з метою збереження та забезпечення безпечності харчового продукту, а інформація про назву й адресу виробника, який здійснив радіоактивну обробку, не зазначена на етикетці згідно з вимогами етикетування, за винятком нефасованого товару, що не має етикеток, інформація стосовно якого повинна супроводжувати обіг, зазначатись у супровідному документі, який засвідчує, що нефасований харчовий продукт піддавався радіоактивній обробці. Стаття 27 згаданого Закону декларує, що харчові продукти, вироблені в Україні, повинні бути безпечними, придатними до споживання, правильно маркованими та відповідати санітарним заходам і технічним регламентам. Забороняється введення в обіг харчових продуктів спеціального дієтичного використання, функціональних продуктів і дієтичних добавок, які не пройшли державну санітарно-епідеміологічну експертизу та державну реєстрацію. Стаття 38 Закону «Про безпечність та якість харчових продуктів» встановлює вимоги до етикетування харчових продуктів (вимоги щодо маркування продуктів харчування, стосовно яких було здійснено іонізуюче опромінювання, відсутні). Для деяких категорій харчових продуктів відповідними технічними регламентами можуть встановлюватися специфічні обов'язкові вимоги до етикетування.

Статтею 8 Закону «Про дитяче харчування» від 14.09.2006 р. передбачається, що у виробництві дитячого харчування забороняється використання сировини, яка містить гормональні препарати, антибіотики, залишки важких металів, пестицидів, радіонуклідів та інших небезпечних речовин, наявність яких не допускається державними санітарними нормами або вміст яких перевищує максимально допустимі рівні залишків у дитячому харчуванні. Таким чином, у харчуванні дітей важливо забезпечити найбільш повний раціон натуральних продуктів, багатих на вітаміни та мінерали.

Законом «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28.02.1991 р. заборонено виробництво, переробка та реалізація радіоактивно забрудненої харчової продукції (ст. 7). Так, хліб і хлібопродукти вважаються радіоактивно забрудненими, якщо во-

ни містять 20 одиниць цезію-137 або 5 одиниць стронцію-90. Вміст радіоактивного забруднення у певному харчовому продукті визначає експертиза, оскільки допустимі рівні вмісту радіонуклідів в їх структурі неоднакові.

Закон «Про використання ядерної енергії та радіаційну безпеку» від 08.02.1995 р. сферу іонізуючого опромінювання харчових продуктів не регулює. Закон «Про захист людини від впливу іонізуючих випромінювань» від 14.01.1998 р. регулює сферу забезпечення захисту життя та здоров'я громадян від негативного впливу іонізуючих випромінювань, спричиненого практичною діяльністю, а також унаслідок радіаційних аварій. Але вказаний акт законодавства не регламентує особливості обігу оброблених радіацією продуктів харчування. Стаття 13 вказаного законодавчого акта встановлює, що фізичні й юридичні особи з метою захисту людини від впливу іонізуючого випромінювання зобов'язані розробляти обґрунтування додержання норм радіаційної безпеки щодо нової (модернізованої) продукції, матеріалів і речовин, технологічних процесів і виробництв, а ст. 16 регламентує питання щодо контролю вмісту радіонуклідів у продуктах харчування, продовольчій сировині та питній воді.

Закон «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» визначає, що продовольча сировина, харчові продукти, а також матеріали, обладнання і вироби, що використовуються при їх виготовленні, зберіганні, транспортуванні та реалізації, повинні відповідати вимогам санітарних норм і підлягають обов'язковій сертифікації (ст. 17). Підприємства, установи, організації та громадяни, які виробляють, зберігають, транспортують чи реалізують харчові продукти і продовольчу сировину, несуть відповідальність за їх безпеку для здоров'я і життя населення, відповідність вимогам санітарних норм.

Положення Закону України «Про вилучення з обігу, переробку, утилізацію, знищення або подальше використання неякісної та небезпечної продукції» від 14.01.2000 р. не відносять радіоактивно оброблену харчову продукцію до небезпечної або неякісної. Закон «Про виробництво та обіг органічної сільськогосподарської продукції та сировини» від 03.09.2013 р. встановлює, що при виробництві органічної продукції або сировини не допускається використання іонізуючого випромінювання для обробки органічної сировини або кормів (ст. 15).

Стаття 4 Закону України «Про державне регулювання імпорту сільськогосподарської продукції» у новій редакції декларує, що сільськогосподарська продукція, яка ввозиться (пересилається) на митну територію Укра-

їни, підлягає в обов'язковому порядку радіологічному контролю.

Закон України «Про захист прав споживачів» передбачає, що споживач має право на одержання необхідної, доступної, достовірної та своєчасної інформації про продукцію, що забезпечує можливість її свідомого і компетентного вибору (ст. 15). Інформація про продукцію повинна містити також дані про основні властивості продукції, відомості про вміст шкідливих для здоров'я людини речовин, дату виготовлення, відомості про умови зберігання, найменування та місцезнаходження виробника. Проте реалізація права споживача на одержання в обов'язковому порядку інформації щодо радіоактивної обробки харчових продуктів зазначеним актом законодавства не регулюється.

Г. Мандра вказує, що рівень поінформованості вітчизняного споживача щодо якісного складу та властивостей харчових продуктів відрізняється від європейського рівня. Тому в умовах євроінтеграції постає проблема необхідності гармонізації законодавства України до законодавства ЄС, зокрема у сфері етикетування (маркування) харчових продуктів [7, с. 12].

Технічний регламент «Щодо правил маркування харчових продуктів», затверджений наказом Держспоживстандарту України від 28.10.2010 р. № 487 регулює питання маркування (етикетування) розфасованих продуктів харчування, що реалізуються кінцевому споживачу через оптову або роздрібну торговельну мережу, а також закладам ресторанного господарства (ресторанам, їдальням, лікарням та іншим аналогічним закладам). Нормативно встановлено, що для харчових продуктів, які безпосередньо або їх інгредієнти (складники) піддавалися обробці іонізуючим опромінюванням, поряд з назвою обов'язково зазначають «опромінено» або «оброблено іонізуючим опроміненням», але не визначено порядок маркування харчових продуктів у випадку надходження у торговельну мережу оптових партій продовольчих товарів, або у готових до споживання харчових продуктах у закладах громадського харчування.

Основні санітарні правила забезпечення радіаційної безпеки, затверджені наказом МОЗ України від 02.02.2005 р. № 54 встановлюють особливості використання джерел іонізуючого опромінювання або радіоактивних речовин у медицині, промисловості, сільському господарстві, освіті, наукових дослідженнях, включаючи будь-яку пов'язану з таким використанням діяльність, де є чи може бути опромінення людини. Але питання іонізуючого опромінювання харчових продуктів зазначеним актом не регулюються.

Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо харчових продуктів» від 22.07.2014 р. № 1602 набуває чинності 20.09.2015 р. Відповідно до положень вказаного законодавчого акта Закон України «Про безпечність та якість харчових продуктів» викладено у новій редакції під назвою «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів». Зазначеним нормативним актом встановлено оновлений порядок забезпечення безпечності й окремих показників якості харчових продуктів, що виробляються, перебувають в обігу, ввозяться (пересилаються) на митну територію України та/або вивозяться (пересилаються) з неї. Також нормативно запроваджено абсолютно нове поняття «харчовий продукт» – це речовина або продукт (неперероблений, частково перероблений або перероблений), призначені для споживання людиною. До харчових продуктів належать напої (у тому числі вода питна), жувальна гумка та будь-яка інша речовина, що спеціально включена до харчового продукту під час виробництва, підготовки або обробки.

Не відносяться до харчових продуктів корми, живі тварини якщо вони не призначені для розміщення на ринку для споживання людиною; рослини (до збору врожаю); лікарські засоби; косметичні продукти; тютюн і тютюнові вироби; наркотичні та психотропні речовини; залишки та забруднюючі речовини.

Стаття 32 вказаного законодавчого акта встановлює, що харчові продукти, які знаходяться в обігу на території України, повинні відповідати вимогам законодавства про безпечність та окремі показники якості харчових продуктів. У випадку надходження доказів щодо шкідливості харчового продукту, незважаючи на його відповідність законодавству про безпечність та окремі показники якості харчових продуктів, виробництво й обіг такого харчового продукту має бути зупинено та заборонено. Новаційним аспектом також є скасування обов'язкової сертифікації харчових продуктів. Проте, на жаль, у Законі України «Про основні принципи та вимоги до безпечності та якості харчових продуктів» про особливості обігу радіоактивних продуктів харчування в Україні мова не йдеться.

Висновки

Безпека продуктів харчування, у тому числі контроль вмісту радіонуклідів, повинні забезпечуватися на всьому шляху прямування харчового продукту від «лану» (ферми, річки, моря, саду) «до столу». Тому, згідно із законодавством, в Україні продукти харчування за допомогою гамма та бета спектрометрів контролюють: виробники продуктів (ферме-

ри, рибазки, садівники, бджоляри), переробні підприємства (виробники ковбасних виробів, молока та молочних продуктів, дитячого харчування, соків, напоїв, цукерок і печива, рибних продуктів і консервів). Згідно з вітчизняною концепцією, продукти харчування повинні проходити радіологічний контроль у виробника (на підприємствах, установах, організаціях), у тому числі в торговельній мережі та на продовольчих ринках.

У сучасних умовах питання безпеки й якості харчових продуктів має важливе значення як для виробників харчових продуктів, так і їх продавців та споживачів. З метою гармонізації законодавства України у сфері державного нагляду (контролю) за безпекою й якістю харчових продуктів, кормів, здоров'я і благополуччя тварин, відповідно до Регламентів ЄС № 854/2004, № 882/2004, № 669/2009 та Директиви Ради ЄС № 97/78/ЄС, необхідно прискорити прийняття законопроекту «Про державний контроль, що здійснюється з метою перевірки відповідності законодавству про безпеку та якість харчових продуктів і кормів, здоров'я та благополуччя тварин» від 17.06.2014 р. № 4986-1. Прийняття зазначеного законопроекту дозволить підвищити рівень захисту здоров'я й інтересів споживачів; підвищити впевненість споживачів у безпеці харчових продуктів і достовірності інформації про їх властивості; поліпшити умови для здійснення експортно-імпорتنних операцій з харчовими продуктами, тваринами, кормами; гармонізувати про-

довольче законодавство України із правилами СОТ.

Також вважаємо за доцільне доповнення Закону України «Про основні принципи та вимоги до безпеки та якості харчових продуктів», який набуває чинності з 20.09.2015 р., щодо заборони постачання в Україну імпортованої харчової продукції, щодо якої здійснено іонізуюче опромінювання.

Список використаних джерел

1. Білінська О. В. Правові засади державної аграрної політики України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2013. – 20 с.
2. Бугера С. І. Якість сільськогосподарської продукції: правове регулювання. – К., 2012. – 424 с.
3. Єрмоленко В. М. Теоретичні проблеми аграрних майнових правовідносин. – К., 2008. – 188 с.
4. Курман Т. В. Щодо поняття та ознак продовольчої безпеки // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2011. – № 165. – С. 121–127.
5. Луштаєв С. О. Правове регулювання відносин із виробництва рослинницької продукції в аспекті продовольчої безпеки України // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 10. – С. 69–72.
6. Тригуб А. Ю. Адміністративно-правове забезпечення продовольчої безпеки України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 18 с.
7. Мандра Г. Маркування імпортованих товарів державною мовою: правові відносини між споживачами, виробниками і продавцями // Юридика газета. – 2010. – № 33–34.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article deals with legal principles of maintenance of a food safety for which an ionizing radiation is realized. An analysis of provisions of the current legislation which regulate a question of importation and circulation in Ukraine radioactive processed foods was accomplished.

В статті розкриваються правові основи забезпечення безпеки харчових продуктів, относительно которых осуществлено ионизирующее облучение, анализируются положения действующего законодательства, которые регулируют вопросы ввоза и оборота в Украине радиоактивно обработанных пищевых продуктов.



УДК 346.9 : 620.9 (477)

Марина Кузьміна,*канд. юрид. наук,
асистентка кафедри господарського права
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків*

ВІТРОЕНЕРГЕТИКА В УКРАЇНІ: законодавче регулювання

У статті аналізуються техніко-економічні аспекти функціонування, основні проблеми та перспективи розвитку одного з найбільших секторів ринку альтернативної енергетики – вітряної енергетики.

Ключові слова: альтернативна (відновлювальна) енергетика, відновлювальні джерела енергії, ринок вітроенергетики.

Людство використовує енергію вітру вже більше 5000 років: мореплавання, вітряні млини для перемелювання зерна. У Європі вітряки з'явилися у VIII–IX ст. У Голландії осушували море завдяки роботі сотень вітряків. У XVIII ст. вітряний млин був атрибутом майже кожного другого села в Україні, проте парова машина, а потім двигун внутрішнього згоряння витіснили їх.

Перша вітрова електростанція промислового типу (далі – ВЕС) побудована у США у м. Клівленд (штат Огайо) у 1888 р. У Радянському Союзі перша вітрова електростанція потужністю 8 кВт споруджена у 1929–1930 рр. під Курськом, а через рік у Криму побудована ВЕС потужністю 100 кВт. На той час вона була найбільшою у світі й успішно працювала до 1942 р., але під час війни була зруйнована.

ВЕС самі собою не можуть бути надійною основою енергетики. Вони доповнюють основні потужності, роблячи певний внесок у виробництво необхідної електроенергії, або є джерелом електрики у віддалених чи ізольованих місцях, де існують проблеми з постачанням енергії, а потреби в ній невеликі [1]. Для нормальної роботи вітрових двигунів швидкість вітру не повинна падати у середньому за рік нижче за 4–5 м/с, а оптимальний варіант, коли вона становить 6–8 м/с. Проте для цих установок шкідливими є і надто великі швидкості вітру (урагани), які можуть їх зруйнувати. Найбільш сприятливими регіонами для використання вітрової енергії є узбережжя морів і океанів, степи, тундра, гірські райони. За оцінками вчених США, площа, придатна для розвитку вітроенергетики, охоплює 25 % поверхні Землі. Якщо врахувати економічні, технічні, екологічні й інші обмеження, то до 2020 р. можна побудувати ВЕС загальною потужністю 450 млн кВт, які мог-

ли б щороку виробляти 900 млрд кВт/год електроенергії. Це становило б 3,5 % усієї електроенергії, що, за прогнозами, буде вироблена. Факторами, що обмежують масштаби використання енергії вітру, є неможливість будувати одиничні агрегати великої потужності (тому доводиться будувати комплекси, що складаються з багатьох вітроустановок, об'єднаних у систему), а також переривчастий графік роботи таких ВЕС, що вимагає акумулювання енергії для зручності користування.

Одним із провідних лідерів вітроенергетики є Німеччина. До виробництва вітроустановок залучено близько 20 фірм, а вітроенергетикою займаються 10 інститутів та організацій. Сучасні вітроустановки провідних німецьких виробників мають значну потужність – від 3000 кВт до 4,5 МВт. За прогнозами експертів Світової асоціації вітроенергетики WWEA (World Wind Energy Association) у 2016–2020 рр. середньорічний приріст встановлених потужностей світової вітроенергетики в Європі скоротяться; на провідні позиції вийдуть країни Південної та Східної Азії (КРН, Індія тощо), а для США, Канади, Японії, Австралії показник приросту залишиться стабільним [2].

Метою цієї статті є з'ясування стану розвитку та проблеми правового регулювання вітряної енергетики в Україні.

В юридичній науці питання енергетики розглядають у своїх працях С. Свірков, А. Вершинін, С. Білоцький та інші, але сфера альтернативної енергетики залишається недостатньо дослідженою.

Розвиток вітроенергетики у незалежній Україні започатковано у 1993–1996 рр., коли прийнята постанова уряду та Указ Президента

України «Про будівництво вітряних електростанцій», якими передбачалося фінансування будівництва та створення спеціального фонду розвитку вітроенергетики. Однак розвитку цей напрям альтернативної енергетики не набув, у тому числі через низькі тарифи на енергію з традиційних джерел.

Початок розвитку альтернативної енергетики в Україні в цілому припадає на 2009 р. із встановленням зеленого тарифу в Законі України «Про електроенергетику». Вітроенергетика почала розвиватися лише у 2011–2012 рр. Це пов'язано з тим, що для ВЕС необхідний як мінімум рік вітромоніторингу, що вимагають банки для отримання кредиту, відслідковуються також шляхи міграції птахів, будівельникам необхідно вирішувати складні інженерні завдання, забезпечити будівництво доріг (щоб доставити лопасті вітряків) тощо. Саме через це проекти вітроенергетики більш тривалі за часом, ніж інші проекти альтернативної енергетики [3].

Інститут відновлюваної енергетики НАН України провів ретельні дослідження та створив атлас енергетичного потенціалу відновлюваних джерел енергії України. Україна характеризується достатньо високими енергетичними потенціалами вітрового потоку в Карпатах, у Криму, на узбережжях Чорного й Азовського морів, у Донецькій області, де середньорічні швидкості вітру на висоті 10 м досягають 5 м/с і більше, що ставить вітрову енергію на перше місце серед відновлюваних джерел для виробництва електричної енергії. В цілому на території України придатними для будівництва ВЕС вважаються площі до 7 тис. км². За розрахунками науковців, при максимальному використанні сили вітру в цих регіонах можна одержувати електроенергію в обсягах, які б дозволяли забезпечити до 50 % загального енергоспоживання країни.

За станом на 2014 р. енергетична потужність вітроенергетики становить близько 500 МВт. Враховуючи проекти, що знаходяться у стадії будівництва, до 2015 р. мало б з'явитися 1 ГВт вітропотужності [3]. За даними Української вітроенергетичної асоціації (далі – УВЕА), за роки незалежності в нашій країні встановлені та діють близько 1200 вітрогенераторів потужністю до 10 кВт. Сукупна потужність існуючих в Україні вітроустановок – 1400 кВт. Основними замовниками вітроустановок потужністю 1–2 кВт є власники заміських будинків, фермерські господарства, бази відпочинку, дитячі табори тощо [3].

Правове регулювання вітроенергетики в цілому здійснюється законами України: «Про альтернативні джерела енергії», «Про електроенергетику», «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних

об'єктів», а також підзаконними нормативно-правовими актами, спільними для всіх відновлювальних джерел енергії, наприклад, постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики: «Про встановлення «зеленого тарифу» для окремих об'єктів альтернативної енергетики на певний період часу», «Про затвердження Порядку формування та ведення реєстру об'єктів електроенергетики, що використовують альтернативні джерела енергії», «Про затвердження примірних договорів, які укладаються із суб'єктами господарювання, що виробляють електричну енергію з використанням альтернативних джерел енергії», «Про порядок видачі Національною комісією регулювання електроенергетики ліцензій на провадження діяльності, пов'язаної з виробництвом, передачею та постачанням електричної енергії, комбінованим виробництвом теплової та електричної енергії, виробництвом теплової енергії на теплоелектроцентралях та установках з використанням нетрадиційних або поновлюваних джерел енергії» тощо.

Щоб краще розуміти суть правового регулювання питання необхідно розібратися з деякими технічними особливостями функціонування вітроенергетики.

Вітрогенератор (вітрова турбіна) – це пристрій для перетворення кінетичної енергії вітру на електричну. Застосовується два види вітрових генераторів: горизонтальні та вертикальні¹. Найбільш розповсюдженими є горизонтальні, хоча у вертикальних навіть трохи більша енергія вітру.

Вітрогенератори можна умовно поділити на дві категорії:

- промислові вітроелектростанції – група вітрових електричних установок (або окрема вітрова електрична установка), устаткування та споруди, які розташовані на одній території, функціонально пов'язані між собою і становлять єдиний комплекс, призначений виробляти електроенергію, перетворюючи кінетичну енергію вітру на електричну;

- домашні, або малі вітряки (для приватного використання), можуть повністю забезпечувати електроенергією один або декілька будинків, невеликі промислові об'єкти. Такі установки здатні працювати при середній швидкості вітру від 4 м/с².

¹Шумові характеристики вітряної установки 10 кВт – приблизно 40 дБ безпосередньо під установкою під час роботи на середніх оборотах. Для порівняння: шум міських доріг 70–80 дБ, а звук від працюючого дизель-генератора – 90–110 дБ.

²Індустрія домашніх вітряків активно розвивається і ціни на них невпинно знижуються. Для невеликого котеджу достатньо вітряка номінальною потужністю 1 кВт, при швидкості вітру 9 м/с. Якщо місцевість не вітряна, то його можна доповнити сонячними батареями.

Правовий порядок регулювання діяльності вітроелектростанцій залежить від їх потужності. Відповідно до Закону України «Про електроенергетику» проектування та будівництво (нове будівництво, реконструкція, капітальний ремонт, технічне переоснащення) об'єктів електроенергетики здійснюються відповідно до законодавства у сфері містобудівної діяльності. Оснащення об'єктів електроенергетики ліцензіатами, ціни (тарифи) на відповідні послуги (товари) яких встановлюються національною комісією, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики, здійснюється на конкурентних засадах.

Спеціальне правове регулювання приєднання вітроелектростанцій більше 100 кВт до електричних мереж здійснюється відповідно до Правил, затверджених наказом Міністерства палива та енергетики України від 28.10.2009 р. № 570.

Приєднання вітроелектростанції замовника здійснюється на підставі договору про приєднання до електричних мереж, що укладається між власником електричних мереж (юридична особа (електропередавальна організація), яка на правах власності або користування має електричні установки, призначені для передачі та розподілу електроенергії, та здійснює діяльність із передачі електроенергії відповідно до отриманої ліцензії) та замовником (фізичною або юридичною особою, яка має намір приєднати до електричних мереж новозбудовану вітроелектростанцію або внаслідок реконструкції чи технічного переоснащення змінити технічні параметри діючої вітроелектростанції).

Власник електричних мереж не має права відмовити у приєднанні до електричних мереж вітроелектростанції замовника за умови дотримання останнім згаданих Правил.

Використання побутового (до 75 кВт) вітрогенератора прирівнюється до використання дизель-генератора або сонячних батарей, тобто до побутових електроприладів, тому для його функціонування не потрібні ліцензії чи дозволи. Єдиним регламентуючим документом із установки вітрогенераторів малої потужності (до 75 кВт) є вимоги, яких потрібно дотримуватися при установці стаціонарної малої архітектурної форми.

У Законі України «Про електроенергетику» одночасно з введенням «зелених тарифів» затверджено механізм стимулювання розвитку місцевого виробництва матеріалів, комплектуючих і обладнання для відновлюваної енергетики. Для об'єктів електроенергетики, які виробляють електроенергію з альтернативних джерел енергії (крім доменного та коксівного газів) і будівництво яких розпочате після 01.01.2012 р., «зелений тариф» застосовується за умови дотримання вимог

щодо розміру місцевої складової. На місцеву складову для об'єктів вітроенергетики припадає 30–50 % залежно від конкретної дати введення в експлуатацію об'єкта. Постановою НКРЕ затверджено порядок визначення розміру місцевої складової для об'єктів електроенергетики, у тому числі введених в експлуатацію черг будівництва електричних станцій (пускових комплексів), що виробляють електричну енергію з альтернативних джерел енергії (крім доменного та коксівного газів). Українське походження елементів місцевої складової (крім робіт із будівництва) підтверджується сертифікатами про українське походження й іншими документами, що засвідчують здійснення законодавчо визначених операцій щодо елементів місцевої складової.

Походження робіт з будівництва об'єкта електроенергетики визначається відповідно до країни реєстрації особи, що їх виконувала. Українське походження робіт з будівництва визнається таким за умови реєстрації на території України місцезнаходження генерального підрядника (за його наявності) або реєстрації всіх підрядників (за відсутності генерального підрядника), що підтверджується виписками (витягами) з Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців. Для об'єктів вітроенергетики встановлене таке співвідношення елементів місцевої складової: лопаті, виробництво (15 %), башта, виробництво (15 %), гондола, зборка (30 %), головна рама, виробництво (5 %), головний вал, виробництво (5 %), ротор (10 %), роботи з будівництва, виконання (20 %). Як стверджують експерти, забезпечити місцеве походження робіт з будівництва легко, адже бетон, металокопиркування, кабелі, трансформатори, робочу силу українського походження використовує більшість будівельних компаній. Із виробництвом обладнання для вітропарків є складності, оскільки виробників не так вже і багато («Фурлендер Технолоджі», м. Краматорськ; «Уінденерго ЛТД», м. Київ; Державне конструкторське бюро «Південне», м. Дніпропетровськ; «Світ вітру», м. Харків тощо) або вони виробляють не всі необхідні елементи для вітроелектростанції. Так, сталевий лист з «Азовсталі» експортується в Данію, де виготовляється обладнання, хоча можна налагодити виробництво в Україні [3].

Вимога щодо дотримання розміру місцевої складової не поширюється на генеруючі установки приватних домогосподарств. Хоча на українському ринку широко представлена техніка і європейських, і китайських виробників, все ж понад 50 % вітрогенеруючих мініелектростанцій потужністю до 10 кВт припадає на вітчизняних виробників – спеціалізованих виробничих фірм із Києва, Дніпропетровська, Харкова.

Слід зазначити, що важливу роль у розвитку вітроенергетики у зарубіжних країнах відіграє політика урядів, спрямована на стимулювання споживачів альтернативної енергії. Проводиться інформаційна політика (наприклад, в Англії складаються маршрути огляду вітроелектростанцій для школярів під час літніх канікул); тарифна (у Швеції споживачу надається право купувати енергію з традиційних джерел чи альтернативних, політика підвищення тарифів на енергію з традиційних джерел порівняно з альтернативними); податкова політика та кредитування купівлі й установки обладнання для виробництва енергії з альтернативних джерел.

В Україні поки що ситуація діаметрально протилежна. В уряді механізм прийняття рішень нашоується на бюрократичні перешкоди, які затягують прийняття необхідного рішення на роки, повноваження та відповідальність недостатньо чітко розподілені між різними відомствами, немає механізму, який дозволяв би оцінити ефективність його імплементації та відгуки учасників ринку. Крім того, уряд ігнорує необхідність затвердження Національного плану дій з відновлювальної енергетики до 2020 р. та оновлення Енергетичної стратегії до 2030 р. в частині розвитку відновлювальної енергетики.

Висновки

Для розвитку вітроенергетики в Україні необхідне формування національної енерге-

тичної політики, створення законодавчої та нормативно-технічної бази відновлюваної енергетики, створення системи її стимулювання. Стимулювання створення вітроенергетичної галузі має проводитися одночасно за трьома напрямками:

виробництво енергії промисловими вітроелектростанціями та домашніми вітряками (прозорість механізму будівництва, приєднання до мережі, отримання «зеленого тарифу»);

виробництво обладнання (конкурентні умови функціонування виробників);

стимулювання споживачів енергії (надання пільгових кредитів на встановлення обладнання).

Крім створення цілісної вітроенергетичної галузі в Україні, слід враховувати регіональне розташування відповідних об'єктів, а тому необхідно розробляти та впроваджувати інноваційно-інвестиційні проекти розвитку в окремих регіонах.

Список використаних джерел

1. Олійник Я. Б., Шищенко П. Г., Гавриленко О. Г. Основи екології. – К., 2012. – 558 с.
2. Офіційний сайт Світової асоціації вітрової енергетики [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.wwindea.org>.
3. Гузенко Н. Пошли по ветру // Инвестгазета. – № 14. – С. 28–30.

Стаття надійшла до редакції 07.10.2014 р.

The article investigates the technical and economic aspects of functioning, the main problems and perspectives of development of one of the most promising sectors of alternative energy market – wind energy. The article is considered main features of the legal regulation.

В статье анализируются технико-экономические аспекты функционирования, основные проблемы и перспективы развития одного из наиболее перспективных секторов рынка альтернативной энергетики – ветряной энергетики.



УДК 346.7

Олена Зельдіна,*д-р юрид. наук, професор,
завідувачка сектором,***Катерина Хрімлі,***здобувачка
Інституту економіко-правових досліджень НАН України,
м. Київ*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ГОСПОДАРСЬКО-ТОРГОВЕЛЬНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

У статті характеризується законодавство України з питань господарсько-торговельної діяльності, аналізуються загальні та спеціальні умови здійснення такої діяльності в Україні.

Ключові слова: господарсько-торговельна діяльність, законодавство України, умови здійснення господарсько-торговельної діяльності.

Як зазначається у науковій літературі, торговельні відносини регулюються як публічним, так і приватним правом [1, с. 5]. В. Джунь вважає, що регулювання торговельної діяльності має базуватися на органічному поєднанні ринкової саморегуляції та державного управління з метою забезпечення соціального спрямування економіки за допомогою економічних і правових важелів [2, с. 10]. Такої точки зору дотримується також В. Хасанова [3, с. 37].

Аналіз наукової літератури [1; 2; 3; 4; 5; 6] та законодавства України свідчать, що основними нормативно-правовими актами, які регламентують господарсько-торговельну діяльність є Конституція України від 28.06.1996 р. у редакції від 15.05.2014 р., Господарський кодекс (далі – ГК) України від 16.01.2003 р. у редакції від 24.07.2014 р. та Цивільний кодекс (далі – ЦК) України від 16.01.2003 р. у редакції від 02.09.2014 р., норми яких потребують вивчення.

Мета цієї статті дати стислу характеристику законодавства України, що регулює господарсько-торговельну діяльність, і виявити його недоліки.

Конституція України надає громадянам право на заняття підприємницькою діяльністю, одним із різновидів якої є господарсько-торговельна діяльність. Згідно з положеннями ст. 42 Конституції України кожен має право на підприємницьку діяльність, що не заборонена законом. При цьому держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності, прав споживачів, здійснює контроль за якістю та безпечністю продукції й усіх видів

послуг і робіт, сприяє діяльності громадських організацій споживачів.

Особливості правового регулювання господарсько-торговельної діяльності як виду господарської діяльності передбачені главою 30 ГК. Стаття 263 ГК дає визначення господарсько-торговельної діяльності, а також допоміжної діяльності, яка забезпечує реалізацію продукції шляхом надання відповідних послуг, і встановлює, що господарсько-торговельна діяльність здійснюється як внутрішня або зовнішня торгівля залежно від ринку (внутрішнього чи зовнішнього), в межах якого відбувається товарний обіг, містить перелік форм, в яких може здійснюватися господарсько-торговельна діяльність. Господарсько-торговельна діяльність опосередковується господарськими договорами, а саме договорами: поставки, контракції сільськогосподарської продукції, енергопостачання, купівлі-продажу, оренди, міни (бартеру), лізингу тощо. Зазначені договори опосередковують не лише власне торговельну діяльність (купівля-продаж, поставка, контракція, енергопостачання, міна), а й допоміжну діяльність із забезпечення реалізації товарів (послуг) у сфері обігу (оренда, лізинг).

На відміну від ГК, ЦК не виокремлює господарсько-торговельну діяльність, а регламентує окремі договори у підрозділі 1 «Договірні зобов'язання» розділу III «Окремі види зобов'язань». У деяких випадках положення ЦК суперечать, а у деяких випадках дублюють положення ГК. Так, § 3 глави 54 ЦК регламентує договір поставки, а § 4 цієї ж глави – договір контракції сільськогосподарської продукції (надає власні визначення цим договорам, які суперечать положенням глави 30 ГК).

Стаття 269 ГК встановлює гарантії якості товарів і регламентує порядок пред'явлення претензій у зв'язку з недоліками поставлених товарів. ЦК також встановлює певні вимоги до виявлення недоліків у придбаному товарі (§ 1 глави 54). Однак, оперуючи терміном «недоліки поставлених (проданих) товарів», ні ЦК, ні ГК не розкривають змісту цього поняття. Як зазначається у літературі, аналіз їх положень дає підстави для висновку, що термін (недоліки) вживається у них для позначення невідповідності товарів вимогам щодо якості (у тому числі стосовно строку придатності) [7]. Проте, встановлюючи види гарантійних строків ЦК суперечить положенням ГК. Так, ст. 269 ГК виділяє три види гарантійних строків: гарантійний строк експлуатації; гарантійний строк придатності; гарантійний строк зберігання. Відповідно ж до ч. 1 ст. 677 ЦК законом або іншими нормативно-правовими актами може бути встановлений строк, із спливом якого товар вважається непридатним для використання за призначенням. Мабуть тому ч. 3 ст. 677 ЦК містить вимогу, згідно з якою продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, на який встановлено строк придатності, з таким розрахунком, щоб він міг бути використаний за призначенням до спливу цього строку. Однак навіщо ЦК вводити термінологію, яка суперечить положенням ГК, тим більше, що товари виготовляються саме у сфері виробництва, регламентація якої покладена на ГК.

На неузгодженості та суперечності ГК та ЦК неодноразово зверталась увага як у науковій літературі, так і правозастосовній практиці (адже ці неузгодженості та суперечності викликають певні труднощі у господарюючих суб'єктів під час здійснення господарської діяльності, а також у суду під час розгляду господарських спорів, що зумовило необхідність направлення Вищим господарським судом України Інформаційного листа «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008 р. № 01-8/211. Ми вважаємо, що неузгодженість ГК і ЦК негативно позначається на діяльності господарюючих суб'єктів, тому положення обох кодексів потребують узгодження й удосконалення.

Проведений аналіз законодавства України свідчить, що здійснення господарсько-торгівельної діяльності як виду господарської діяльності можливе лише при виконанні суб'єктом господарювання певних умов, встановлених у нормативно-правових актах. Такі умови можна поділити на *загальні* та *спеціальні*. Загальні умови є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання, що здійснюють господарсько-торгівельну діяльність, а спеціальні поширюються лише на певне коло суб'єктів господарсько-торгівельної діяльності, перелік яких визначений спеціальними нормативно-правовими актами.

Загальною умовою здійснення господарсько-торгівельної діяльності є обов'язкова державна реєстрація суб'єкта господарювання, яка відбувається згідно з вимогами ГК, ЦК та Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» від 15.05.2003 р. в редакції від 02.09.2014 р.

Загальною умовою здійснення господарсько-торгівельної діяльності є також вибір суб'єктом господарсько-торгівельної діяльності певної системи оподаткування відповідно до положень Податкового кодексу (далі – ПК) України від 02.12.2010 р. в редакції від 01.10.2014 р.

Наразі здебільшого суб'єкти господарсько-торгівельної діяльності обирають спрощений порядок оподаткування, який найбільш прийнятний для даного виду господарської діяльності. Спрощену систему оподаткування, обліку та звітності регламентує глава 1 розділу XIV ПК, п. 291.4 ст. 291 якого поділяє суб'єктів господарювання, які застосовують спрощену систему оподаткування, обліку та звітності, на шість груп платників єдиного податку відповідно до видів діяльності й обсягу доходу, щодо яких встановлюється розмір оподаткування.

Аналіз спрощеної системи оподаткування як інструмента державного регулювання економіки свідчить, що існуюча спрощена система оподаткування має як певні позитивні моменти, так і недоліки. Зокрема, до позитивних моментів слід віднести вичерпний перелік підстав, за якими суб'єкту господарювання може бути відмовлено у видачі свідоцтва платника єдиного податку та надання фізичним особам-підприємцям, які застосовують спрощену систему оподаткування, певних соціальних гарантій (можливість перебувати у відпустці або на лікарняному без необхідності сплати єдиного податку); негативними моментами є, зокрема, нечіткість і неузгодженість окремих норм ПК, їх суперечливість із іншими нормами.

Однак, незважаючи на існуючі недоліки, спрощена система оподаткування позитивно впливає на розвиток економіки країни. Адже у сучасних економічних умовах запорукою успішного розвитку економіки держави є стимулювання малого та середнього бізнесу. Тому для забезпечення основи соціально-орієнтованої економіки України доцільно законодавчо врегулювати питання, що стосуються умов для суб'єктів малого та середнього підприємництва.

Загальні умови здійснення господарсько-торгівельної діяльності у сфері роздрібної торгівлі у взаєминах із споживачами встановлені Законом України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 р. у редакції від 02.12.2012 р., який регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм влас-

ності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту й основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів. Так, ст. 4 Закону «Про захист прав споживачів» встановлює права споживачів, яким кореспондують відповідні обов'язки торговельного підприємства, а саме: надавати споживачеві у доступній формі необхідну, достовірну та своєчасну інформацію про товари; всіляко сприяти споживачеві у вільному виборі товарів і додаткових послуг, на його вимогу провести перевірку якості, безпеки, комплекtnості, міри, ваги та ціни товарів із наданням йому контрольно-вимірювальних приладів, документів, що підтверджують якість, безпеку, ціну товарів; перевіряти справність виробу, демонструвати, за можливості, роботу товару, ознайомлювати споживача з правилами користування; забезпечувати приймання, зберігання та продаж товарів і продукції, виготовленої у закладі ресторанного господарства, відповідно до законодавства.

Загальною умовою здійснення господарсько-торгівельної діяльності у сфері роздрібно-ї оптової торгівлі є додержання суб'єктом господарювання загальних правил здійснення торговельної діяльності щодо споживчих товарів, передбачених «Порядком провадження торговельної діяльності і правилами торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів» в редакції від 18.04.2013 р. Ці Порядок і правила визначають загальні умови провадження торговельної діяльності суб'єктами оптової торгівлі, роздрібно-ї торгівлі, закладами ресторанного господарства, основні вимоги до торговельної мережі, мережі закладів ресторанного господарства та торговельного обслуговування споживачів (покупців), які придбавають товари у підприємств, установ та організацій незалежно від організаційно-правової форми та форми власності фізичних осіб – підприємців, іноземних юридичних осіб, що провадять підприємницьку діяльність на території України.

Пункт 10 Порядку і правил встановлює умови, які суб'єкти господарювання, що бажають займатися торговельною діяльністю, повинні виконати до початку роботи торговельного підприємства: відповідність приміщення (місця) для провадження діяльності у сфері торгівлі та ресторанного господарства необхідним санітарним нормам, а також відповідність технічного стану приміщення (місця), будівлі й устаткування вимогам нормативних документів щодо зберігання, виробництва та продажу відповідних товарів, охорони праці; наявність на видному та доступному місці куточка покупця, в якому розміщується інформація про найменування власника або уповноваженого ним органу, книга відгуків і пропозицій, адреси та номери телефонів органів, що забезпечують захист прав споживачів; розміщення торговельного патенту, ліцензії відповідно до встановлених

законодавством вимог; продаж товарів та їх обмін згідно з установленими правилами і нормами.

Для здійснення господарсько-торгівельної діяльності необхідно дотримуватися не лише загальних, а й спеціальних умов. Спеціальні умови здійснення господарсько-торгівельної діяльності встановлені спеціальними нормативно-правовими актами, які відображають особливості господарювання окремих суб'єктів господарсько-торгівельної діяльності. До спеціальних умов відносяться, зокрема, ліцензування та патентування торговельної діяльності. Стаття 9 Закону «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» в редакції від 02.09.2014 р. встановлює види діяльності, які підлягають ліцензуванню.

Види торговельної діяльності, які звільняються від обов'язку придбання торгового патенту або здійснюються на підставі пільгового патенту, ставки, строки дії, порядок придбання та використання торгового патенту, порядок і строки сплати за торговий патент встановлені ст. 267 ПК, який розглядає торговий патент як збір за провадження деяких видів підприємницької діяльності.

Крім ліцензування та патентування торговельної діяльності, законодавство України передбачає інші спеціальні умови для суб'єктів господарювання щодо порядку здійснення господарсько-торгівельної діяльності. Зокрема, такі умови передбачені Законом України «Про споживчу кооперацію» в редакції від 16.10.2012 р., який встановлює спеціальні умови здійснення господарсько-торгівельної діяльності суб'єктами господарювання у сфері споживчої кооперації. Закон «Про зовнішньоекономічну діяльність» в редакції від 27.03.2014 р. встановлює особливі умови діяльності юридичних і фізичних осіб – суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності. Закон «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» в редакції від 09.04.2014 р. встановлює спеціальні умови, які є обов'язковими під час здійснення господарсько-торгівельної діяльності. Закон «Про лікарські засоби» в редакції від 12.08.2014 р. регулює правовідносини, пов'язані із створенням, реєстрацією, виробництвом, контролем якості та реалізацією лікарських засобів, визначає права й обов'язки підприємств, установ, організацій і громадян, а також повноваження у цій сфері органів виконавчої влади та посадових осіб. Закон «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів» в редакції від 12.08.2014 р. визначає основні засади державної політики щодо регулювання виробництва, експорту, імпорту, оптової та роздрібно-ї торгівлі спиртом етиловим, коньячним і плодовим, спиртом етиловим ректифікованим виноградним, спиртом етиловим ректифікованим плодовим,

спиртом-сирцем виноградним, спиртом-сирцем плодовим, алкогольними напоями та тютюновими виробами, забезпечення їх високої якості та захисту здоров'я громадян, а також посилення боротьби з незаконним виробництвом та обігом алкогольних напоїв і тютюнових виробів на території України. Закон «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг» в редакції від 01.01.2014 р. визначає правові засади застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг. Він встановлює суб'єктів господарювання, які застосовують реєстратори розрахункових операцій. Закон «Про державний ринковий нагляд і контроль нехарчової продукції» в редакції від 04.07.2013 р. закріплює правові й організаційні засади здійснення державного ринкового нагляду та контролю нехарчової продукції. Закон «Про безпечність та якість харчових продуктів» в редакції від 04.07.2013 р. регулює відносини між органами виконавчої влади, виробниками, продавцями (постачальниками) та споживачами харчових продуктів і визначає правовий порядок забезпечення безпечності й якості харчових продуктів, що виробляються, знаходяться в обігу, імпортуються, експортуються.

Проведений аналіз дозволяє зробити такі висновки:

недоліком у нормативно-правовому регулюванні господарсько-торгівельної діяльності є суперечливість і дублювання норм ГК і ЦК України щодо регламентації господарсько-торгівельної діяльності, зокрема стосовно регламентації певних видів договорів якими вона опосередковується;

докладне законодавче врегулювання існує лише у сфері відносин із громадянами, що придбавають товари для власних побутових потреб. Але господарсько-торгівельна діяльність передбачає також забезпечення суб'єктів господарювання засобами виробництва, тому відносини між суб'єктами господарювання в процесі здійснення цієї діяльності потребують докладнішого регулювання;

аналіз існуючого нормативно-правового регулювання торговельної діяльності дозволяє умови здійснення господарсько-торгівельної діяльності поділити на загальні та спеціальні. Загальні умови є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання, що здійснюють господарсько-торгівельну діяльність, а спеціальні поширюються лише на певне коло суб'єктів господарсько-торгівельної діяль-

ності, перелік яких визначається спеціальними законами. Загальними умовами здійснення господарсько-торгівельної діяльності є: обов'язкова державна реєстрація суб'єкта господарювання; обрання системи оподаткування відповідно до положень ПК України; додержання вимог законодавства України про захист прав споживачів; додержання загальних правил відповідності торговельного підприємства вимогам, передбаченим Порядком провадження торговельної діяльності та правилами торговельного обслуговування населення. Спеціальними умовами здійснення господарсько-торгівельної діяльності є: ліцензування певних видів господарсько-торгівельної діяльності; патентування торговельної діяльності у випадках, передбачених ПК України; інші спеціальні умови щодо здійснення торговельної діяльності, встановлені спеціальними законами та підзаконними нормативно-правовими актами.

Таким чином, незважаючи на велику кількість нормативно-правових актів щодо регламентації торговельної діяльності, нормативно-правове забезпечення господарсько-торгівельної діяльності не є повним і всебічним, має певні недоліки та потребує вдосконалення.

Список використаних джерел

1. Данильєва І. Становление торгового права в Украине: историко-методологический аспект // Підприємництво, господарство і право. – 2002. – № 7.
2. Джуль В. Функціональне призначення інституту неспроможності та концептуальні завдання його реформи в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 1.
3. Хасанова В. Деякі питання нормативно-правового регулювання внутрішньої торгівлі в Україні // Підприємництво, господарство і право. – 2004. – № 9.
4. Потапенко В. Борьба за победителя... против производителя // Юридическая практика. – 2002. – № 14.
5. Притика Д. Роль арбітражних судів у забезпеченні законності в економічних правовідносинах і протидії економічним правопорушенням // Право України. – 2000. – № 1. – С. 9–11.
6. Кузнєцова Н. Шляхи розвитку законодавства України про підприємницьку діяльність // Концепція розвитку законодавства України: Матеріали наук.-практ. конф. – К., 1996. – С. 36–37.
7. Коментар господарського кодексу України / За ред. Знаменського [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://crimeallawyers.com/garant-yakost-tovar-v-pretenz-u-zvyazku-z-nedol-kami-postavlenikh-tovar-v>.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article characterizes the legislation of Ukraine on economic and trade activities, analyzes the general and special conditions of such activity in Ukraine.

В статті характеризується законодавство України по вопросам хозяйственно-торговой деятельности, анализируются общие и специальные условия осуществления такой деятельности в Украине.



УДК 346.1

Віталій Олюха,

канд. юрид. наук, доцент,

завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін

Криворізького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»

УДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА ЯК ЗАСІБ ЙОГО НЕПРЯМОЇ ДЕРЖАВНОЇ ПІДТРИМКИ

У статті досліджуються напрями вдосконалення норм про капітальне будівництво у Господарському кодексі України як одного з можливих засобів непрямої державної підтримки будівельної галузі, пропонуються шляхи подолання кодифікаційних протиріч норм про будівельний підряд.

Ключові слова: капітальне будівництво, підрядні відносини у капітальному будівництві.

Будівельна галузь значною мірою впливає на розвиток усієї економіки країни, формуючи попит підприємств суміжних галузей, створення та відновлення основних фондів. Цей вид господарської діяльності забезпечує розвиток і підтримання у належному стані інфраструктури населених пунктів, виробничих потужностей підприємств, забезпечує матеріальні умови для дотримання соціальних стандартів та якості життя людей. Разом із тим капітальне будівництво вкрай чутливе до негативних економічних явищ (будівельні підприємства першими входять та останніми виходять із кризи); тому воно потребує проведення виваженої державної політики, спрямованої на підтримку галузі. В умовах обмеженості бюджетних фінансових ресурсів надання прямої державної допомоги суб'єктам господарювання є проблематичним. У той самий час запровадження гармонічного законодавчого регулювання у цій сфері значною мірою знижує трансакційні витрати всіх учасників ринку будівельних робіт, не потребує значного вкладення державних коштів, отже, є одним із доцільних господарсько-правових засобів оптимізації капітального будівництва у сучасній Україні.

Складність упорядкування законодавчої бази з капітального будівництва полягає у значній кількості нормативно-правових і нормативно-технічних актів. При цьому перші мають суперечності між собою, а друга група не завжди відповідає сучасним європейським нормативам у будівельній сфері, що не дивно (окремі технічні норми щодо проекту-

вання та будівництва були прийняті за часів СРСР і не враховують сучасних змін, що відбулись у технологіях виробництва матеріалів, проведення будівельно-монтажних робіт.

Вже десять років діє Господарський кодекс (далі – ГК) України, глава 33 якого присвячена саме капітальному будівництву, а ст. 10 передбачає здійснення державою самостійного комплексу заходів стимулюючого впливу відносно будівельної галузі. Здавалося би, приділивши увагу капітальному будівництву у кодифікованому акті, законодавець створив підґрунтя для подальшого вдосконалення й уніфікації законодавства у цій сфері. Проте практика законотворчості останніх років свідчить, що проблема систематизації господарського законодавства щодо капітального будівництва належним чином не вирішується. Не в останню чергу це пов'язано з тим, що глава 33 ГК не є досконалою і фактично присвячена регулюванню підрядних відносин, які виникають у капітальному будівництві, а не цьому виду економічної діяльності, як можна було б сподіватись. У той самий час підрядні відносини досить повно врегульовані в іншому кодифікованому акті – Цивільному кодексі (далі – ЦК) України. Наявність двох кодифікованих актів не була б проблемою, якби регулювання подібних відносин не мало неузгодженості між ними навіть на термінологічному рівні.

Із метою усунення суперечностей між кодифікованими актами необхідно взаємно узгодити їх норми. Також існує неузгодженість між ГК та підзаконними нормативними акта-

ми у питаннях регулювання капітального будівництва. Досконала система господарського законодавства знижує транзакційні витрати учасників будівельного ринку (відбувається економія ресурсів на етапі підготовки договору підяду на капітальне будівництво, оформлення необхідних для його проведення документів та в процесі виконання контрагентами господарських зобов'язань, не витрачаються кошти на претензійно-позовну роботу).

Питання вдосконалення ГК розглядалися у наукових працях вітчизняних учених Г. Знаменського, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Щербини, проте поза їх увагою залишилось обґрунтування доцільності внесення змін до його глави 33. Удосконалення певних норм про договір підяду на капітальне будівництво пропонувалось у дисертаціях Н. Трофуненко та Г. Гриценко, але вони не досліджували необхідність перебудови структури ГК з метою усунення диспропорції в регулюванні капітального будівництва як виду економічної діяльності.

Метою цієї статті є дослідження такого способу непрямої державної підтримки капітального будівництва, як удосконалення законодавства про капітальне будівництво, зокрема норм, що містяться у ГК України.

Капітальне будівництво є таким видом господарської діяльності, який потребує державної підтримки, але в умовах світової економічної кризи й обмеженості бюджетних грошових коштів перевага має надаватися саме непрямым господарсько-правовим засобам протекціонізму. Як зазначає Д. Лічак, державна підтримка може мати не лише економічний зміст, а й надаватися шляхом створення сприятливих законодавчих умов для здійснення господарської діяльності [1, с. 9]. Для капітального будівництва організаційно-правова підтримка держави може полягати у гармонізації господарського законодавства як з міжнародно-правовими актами, так і між внутрішніми законами та підзаконними актами. Така діяльність держави має проводитися за трьома напрямками: вдосконалення нормативно-правових і нормативно-технічних актів, які є складовими господарського законодавства про капітальне будівництво; усунення суперечностей між ними; гармонізація їх з міжнародними правовими актами.

Одним із організаційно-правових засобів непрямої державної підтримки капітального будівництва може бути гармонізація вітчизняних технічних норм щодо проведення проектування, будівельних робіт, використання будівельних матеріалів з нормами Європейського Союзу, оскільки експортний потен-

ціал будівельної галузі можна реалізувати лише за умови відповідності кінцевого продукту будівельних робіт таким вимогам. Крім того, визначення, які використовуються у нормативно-технічних правових актах, мають відповідати тим, що містяться у нормативно-правових актах, що також сприятиме зниженню транзакційних витрат будівельно-монтажних підприємств.

Напрямом підвищення стійкості та доходності будівельних підприємств є також зниження їх транзакційних витрат на етапі укладення та виконання договорів підяду на капітальне будівництво, оскільки це буде призводити до одночасного здешевлення їх робіт і підвищення норми прибутку. Як наслідок поліпшуватиметься економічна доступність таких робіт для замовника. Це можливо, якщо норми законодавства щодо договору на проведення підрядних робіт у капітальному будівництві будуть простими та не суперечливими. Відомо, що для визнання договору укладеним необхідно визначити у ньому всі істотні умови, адже відсутність навіть однієї з них призводить до не укладення всього контракту. Відповідно до ч. 2 ст. 180 ГК істотними є умови господарського договору, встановлені законом, але для договору підяду на капітальне будівництво вони визначені у двох різнорівневих нормативно-правових актах: у ГК та у Загальних умовах укладення та виконання договорів підяду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 р. № 668 (далі – Загальні умови). Останній акт не можна вважати законом, а тому такий підхід суперечить базовим засадам, закладеним у ГК. З іншого боку, ст. 323 ГК надає можливість визначати умови укладання та виконання договорів підяду на капітальне будівництво у підзаконних нормативно-правових актах, тобто існування такого суперечливого підходу закладено нормами самого ГК, а тому в сучасних умовах правознавці-практики мають використовувати норми щодо істотних умов, які містяться в обох нормативно-правових актах. У зв'язку з цим необхідно зупинитися на невідповідності положень щодо істотних умов договору підяду на капітальне будівництво між ними.

Умови договору підяду на капітальне будівництво окреслені у ч. 5 ст. 318 ГК, прямо як істотні не визначені; також у цій нормі не міститься і застереження про наслідок у вигляді неукладення договору підяду на капітальне будівництво за відсутності будь-якої з перелічених у заданій статті умов. Лише шляхом доктринального тлумачення можна визнати, що це умови, які відносяться до третьої групи істотних, необхідні для договору даного виду. Умови перелічені у Загаль-

них умовах є істотними за законом, оскільки про це є пряма вказівка; окреслено і наслідок – неукладення договору за відсутності будь-якої з істотних умов. Іншими словами, у підзаконному нормативно-правовому акті використана досконаліша юридична техніка, ніж у кодифікованому.

Ще однією проблемою є те, що Загальні умови передбачають більш широке коло істотних умов договору підряду на капітальне будівництво ніж ГК. Порівняльний аналіз норм цих нормативно-правових актів щодо істотних умов свідчить, що основна їх кількість, хоч і має в окремих випадках редакційні розбіжності, в цілому взаємно дублюється. Господарські суди вирішують проблему застосування двох нормативно-правових актів при розгляді спорів щодо укладення та виконання умов договору підряду на капітальне будівництво доволі просто – застосовують обидва переліки істотних умов, про що і зазначають у судовому рішенні.

Недоцільність встановлення у нормативно-правових актах надмірно широкого кола істотних умов автор цієї статті обґрунтував ще у 2000 р. Цей підхід був підтриманий науковцями у дослідженнях та наукових статтях, присвячених як загальним питанням договірного права, так і конкретним видам договорів. Проте законодавець не поспішає вносити відповідні зміни, спрямовані на скорочення значного переліку таких умов. Не є винятком і аналізовані нормативно-правові акти. Так, для договору підряду на капітальне будівництво ГК серед інших умов визначає як обов'язкові такі: порядок залучення субпідрядників; права й обов'язки сторін; умови страхування ризиків випадкового знищення або пошкодження об'єкта будівництва; вимоги до організації робіт; порядок здійснення замовником контролю за якістю ресурсів; гарантійні строки якості закінчених робіт (експлуатації об'єкта будівництва), порядок усунення недоліків; відповідальність сторін за порушення умов договору підряду; порядок врегулювання спорів; порядок внесення змін до договору підряду та його розірвання. Ми вважаємо, що відсутність цих умов не є суттєвою перешкодою для виникнення між контрагентами відносин підряду. Наприклад, загальний обсяг прав і обов'язків сторін, порядок залучення субпідрядників можна встановити шляхом застосування положень ГК та ЦК.

Відсутність умови про страхування ризиків означатиме лише те, що сторони прийняли запропонований законодавцем порядок розподілу ризику та підвищуватиме їх відповідальність за виконання власних зобов'язань у разі неузгодження таких умов. Алгоритм врегулювання спорів, внесення змін до

договору підряду та його розірвання визначені чинним законодавством, отже, такі положення включаються до контракту автоматично, внаслідок його укладення і не потребують додаткового узгодження сторонами. Але ж це є ознакою звичайних, а не істотних умов договору. Таким чином, у цих конструкціях законодавцем не враховані загально-теоретичні положення про умови як цивільно-правового, так і господарського договору. Окремим недоліком ГК і Загальних умов є віднесення до істотних найменування, реквізитів сторін, місця та дати укладення договору підряду, які взагалі не є умовами, а скоріше відносяться до необхідних реквізитів будь-якого господарського договору. Істотні умови договору підряду на капітальне будівництво мають визначатися безпосередньо у ГК за прямою вказівкою закону на істотність таких умов і їх перелік не повинен бути надмірно широким, для чого необхідно запровадити, з урахуванням викладеного, відповідні зміни до ч. 5 ст. 318 ГК.

Значення кодифікації полягає у консолідації певних норм у єдиному законі, а тому збереження підзаконного нормативно-правового акта з порядку укладення та виконання договору підряду на капітальне будівництво є недоцільним. Такі норми мають бути визначені повністю тільки у ГК. За наявності кодифікованого акта господарського законодавства не доцільним є і збереження у ньому ст. 323 ГК, яка дозволяє умови укладання та виконання договорів підряду на капітальне будівництво визначати у підзаконних нормативно-правових актах, адже це не сприяє зручності використання нормативно-правового акта у практиці господарської будівельної діяльності, дозволяє вносити постійні зміни до підзаконного акта, що зумовлює потребу у витратах на відслідковування таких змін. Загальні умови можуть бути збережені як рекомендаційний нормативний акт, який дозволить сторонам мати приблизний, не обов'язковий до виконання, напрям визначення взаємовідносин контрагентів.

Наступним напрямом організаційно-правової підтримки капітального будівництва державою є гармонізація положень ГК і ЦК з регулювання підрядних відносин у будівництві. Представники господарської науки розробили законопроект «Про узгодження ЦК України, ГК України та інших законів», яким з метою усунення суперечностей між цими кодифікованими правовими актами пропонується запровадити системні зміни у ГК, зокрема, в главу 33, що присвячена капітальному будівництву (статті 321, 322, 324). Ми підтримуємо в цілому цей напрям законодавчої ініціативи, але вважаємо за необхідне зазначити про певну непослідовність цих про-

позицій. У статті 324 ГК, за законопроектом, термін «досліджувальні роботи» підлягає заміні на термін «пошукові роботи»; це цілком виправдано з огляду на те, що параграф 4 глави 61 ЦК встановлює підряд на проектні та пошукові роботи. Але ж ст. 317 ГК одним із видів договорів підряду у капітальному будівництві визначає досліджувальні, а не пошукові роботи. Отже, логічним буде замінити ці терміни й у зазначеній правовій нормі.

Частина 2 ст. 875 ЦК серед форм будівельних робіт окреслює капітальний ремонт і як різновид реконструкції – технічне переоснащення. ГК не визначає наведені форми для капітального будівництва і містить у ч. 2 ст. 318 їх власний перелік. У той самий час таку форму, як технічне переоснащення та капітальний ремонт об'єктів встановлено не тільки у цивільному законодавстві, а й інших актах господарського законодавства. Порядок державного фінансування капітального будівництва, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 27.12.2001 р. № 1764, встановлює технічне переоснащення самостійною формою капітального будівництва, а державні будівельні норми ДБН.А.2.2-3-2012 «Склад та зміст проектної документації на будівництво», затверджені наказом Мінрегіону від 03.03.2012 р. № 98 не тільки визначають, а й передбачають необхідність складання проектної документації на технічне переоснащення та капітальний ремонт об'єктів будівництва. Тому ч. 2 ст. 318 ГК необхідно доповнити вказівкою на те, що договір підряду у капітальному будівництві укладається на нове будівництво, технічне переоснащення, капітальний ремонт.

Гармонізуючи норми кодифікованих актів, необхідно пам'ятати, що ЦК призначений для регулювання підрядних відносин у будівництві, а ГК капітальне будівництво мав би впорядковувати як вид економічної діяльності, який забезпечує не тільки інвестиційні процеси та відновлення основних фондів, а й освоєння та розвиток територій країни, оскільки «до предмета ГК належить регулювання найбільш поширених господарських відносин, що стосуються публічних інтересів» [2, с. 50]. Його загальні положення спрямовані на створення правових засад дотримання публічних інтересів при проведенні господарської діяльності у ринкових умовах, органічне поєднання публічних і приватно-правових засад, але цей підхід не завжди можна спостерігати у ГК при регулюванні певних видів господарської діяльності та капітального будівництва тощо. Тому погодитись із позицією, за якою «ГК України інтегрував майнові та організаційні відносини у сфері господарювання, оскільки останні не підвладні Цивільному кодексу» [3, с. 43],

можна лише частково, адже таке поєднання не простежується при встановленні норм щодо видів господарської діяльності. На жаль, у главі 33 ГК встановлюються «правила гри» на мікроекономічному рівні, щодо проведення підрядної діяльності з будівництва, проведення пошукових і проектних робіт між суб'єктами господарювання, а організаційні відносини у цій сфері взагалі не визначаються. При цьому навіть господарсько-виробничі відносини стосуються тільки одного способу проведення будівельної діяльності – підрядного. Тому вислів В. Щербини про те, що «Господарський кодекс містить частину норм, що багато в чому повторюють положення Цивільного кодексу, але не відображають особливостей правового регулювання господарської діяльності» [4, с. 14] цілком справедливо можна адресувати і до зазначеної глави.

Капітальне будівництво є складовою містобудівної діяльності. Остання розуміється широко – як діяльність не тільки з розвитку території міста, а й області, всієї країни. За такого підходу регулювання господарської будівельної діяльності мало б стосуватися не тільки спорудження будинків, а й їх комплексів, розглядатись як інструмент розвитку територій, проведення комплексної забудови. До речі, форми капітального будівництва за такого підходу мають свій зміст, оскільки у процесі реконструкції певної території проводять і капітальний ремонт, і знесення, і нове будівництво окремих об'єктів будівництва. Тому на перспективу у ГК необхідно вносити зміни, які врегулюють організаційно-господарські відносини, що виникають у зв'язку з проведенням капітального будівництва, використанням територій.

Поняття «містобудівна діяльність», «капітальне будівництво» як вид економічної діяльності, спрямованої на створення, відновлення основних фондів і розвиток територій, форм капітального будівництва, поняття та склад містобудівної, проектної документації, певні процедури, пов'язані з їх оформленням тощо мають відображатись у ГК. Іншою складовою глави 33 ГК мають бути правові норми, спрямовані на регулювання майново-господарських відносин, що виникають у процесі проведення будівельної діяльності підрядним, господарським, змішаним способом, при проведенні капітального будівництва за державні кошти. Безумовно, основна увага має приділятися підрядним відносинам у капітальному будівництві.

У Верховну Раду внесений законопроект від 18.05.2010 р. № 6400 «Містобудівний кодекс», який прийнято за основу 30.06.2010 р. і за станом на 17.02.2011 р. прийнято у другому читанні. Значна частина норм цього зако-

нопроекту присвячена регулюванню організаційно-господарських відносин у капітальному будівництві. За взірць взято Містобудівний кодекс РФ. Для Росії, де протягом декількох років діє Містобудівний кодекс, з огляду на відсутність кодифікованого акта для регулювання відносин у сфері господарювання такий напрям кодифікаційної роботи є цілком справедливим, адже публічні відносини будівельної сфери не доцільно регулювати у ЦК. Натомість в Україні вже існує кодифікований акт господарського законодавства. Постає питання доцільності прийняття численних нових кодифікованих актів замість внесення відповідних змін до вже існуючих. Безумовно, з позицій зручності використання у повсякденній діяльності посадовими особами підприємств, юристами відповідь є очевидною.

Висновки

В умовах обмеженості бюджетних фінансових ресурсів доцільною економічною політикою держави щодо будівельної галузі є застосування непрямих методів державної підтримки, один із яких – гармонізація законодавства щодо регулювання капітального будівництва з міжнародними правовими актами і між нормативно-технічними та нормативно-правовими вітчизняними актами. Структура глави 33 ГК України має бути змінена, оскільки повинна включати не тільки норми з упорядкування господарської будівельної

діяльності на мікроекономічному рівні, визначаючи майново-господарські відносини, а й на макроекономічному рівні, впорядковуючи організаційно-господарські відносини у капітальному будівництві. Окремим напрямом законодавчої роботи в упорядкуванні сфери капітального будівництва є подолання кодифікаційних протиріч між ГК та ЦК, для чого необхідно запровадити відповідні зміни у статтях глави 33 ГК. Удосконалення господарського законодавства сприятиме зниженню трансакційних витрат будівельно-монтажних підприємств на етапі оформлення необхідної для початку виконання робіт документації та під час виконання ними договірних зобов'язань, оформлення результатів виконаних будівельно-монтажних робіт, що врешті-решт дозволить підвищити їх конкурентоспроможність і прибутковість господарської діяльності.

Список використаних джерел

1. Лічак Д. В. Господарсько-правове забезпечення непрямої державної підтримки суб'єктів господарювання: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2011. – 23 с.
2. Мамутов В. К. Кодифікація. – К., 2011. – 248 с.
3. Господарське право / О. П. Подцерковний, О. О. Квасніцька, А. В. Смітюх та ін.; За ред. О. П. Подцерковного. – Х., 2011. – 640 с.
4. Щербина В. С. Деякі проблеми удосконалення господарського і господарського процесуального законодавства // Право України. – 2010. – № 8. – С. 13–18.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

The article investigates the ways to improve the rules on capital construction in the Commercial Code of Ukraine as one of the possible means of indirect state support for the construction industry. Suggests ways of overcoming the contradictions codification norms on building contracts.

В статье исследуются направления совершенствования норм о капитальном строительстве в Хозяйственном кодексе Украины как одного из возможных средств косвенной государственной поддержки строительной отрасли, предлагаются пути преодоления кодификационных противоречий норм о строительном подряде.



УДК 346.21

Олександр Гарагонич,*канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільного, господарського права та процесу
Академії адвокатури України*

ІСТОРИКО-ПРАВОВІ ПЕРЕДУМОВИ ФОРМУВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ АКЦІОНЕРНИХ ТОВАРИСТВ

У статті досліджуються історико-правові аспекти проблеми формування господарської правосуб'єктності акціонерних товариств.

Ключові слова: акціонерні товариства, господарська правосуб'єктність, формування господарської правосуб'єктності, акціонерні компанії, виникнення акціонерних товариств, законодавство про акціонерні товариства.

У науці господарського права питання щодо правового становища акціонерних товариств є важливою частиною вчення про учасників (суб'єктів) господарсько-правових відносин і завжди викликали значну заінтересованість у господарників. У сучасних умовах дослідження господарської правосуб'єктності акціонерних товариств набуває особливого значення, оскільки проблеми, перед якими Україна постала у процесі реформування економіки, актуалізують питання правового регулювання діяльності господарських організацій, здатних акумулювати інвестиційні ресурси. Ефективність господарської діяльності акціонерних товариств потребує чіткого регулювання їх правового статусу, одним із найважливіших елементів якого виступає господарська правосуб'єктність. Це зумовлює доцільність проведення ретельного дослідження питань формування господарської правосуб'єктності акціонерних товариств.

Питанням господарської правосуб'єктності приділяється велика увага представниками науки господарського права, серед яких В. Мамутов, В. Лаптев, В. Мартем'янов, Г. Пронська, В. Щербина, Р. Джабраїлов, С. Грудницька, І. Труш, В. Мілаш, О. Переверзев, С. Віхров [1–10] та інші. Результати наукових досліджень цих авторів засвідчили досить складний характер правових питань, що охоплюються дефініцією «господарська правосуб'єктність», що зумовлює необхідність подальших наукових пошуків. Особливо важливо у цьому зв'язку розглянути проблему формування господарської правосуб'єктності акціонерних товариств (далі – АТ), яка на сучасному етапі залишається поза увагою дослідників.

Метою цієї статті є дослідження проблеми формування господарської правосуб'єктності АТ.

Формування господарської правосуб'єктності АТ відбувалося протягом тривалого історичного періоду й є результатом еволюційного розвитку суспільно-економічного життя. Для системного та послідовного аналізу доктринальних проблем формування господарської правосуб'єктності АТ необхідно проаналізувати, насамперед, питання їх виникнення і поширення.

Поява прообразів сучасних АТ сягає часів середньовіччя, коли розвиток виробництва та торгівлі вимагав об'єднання багатьох приватних капіталів в єдиний сукупний капітал. Як зазначав Л. Петражицький, ідея корпоративного об'єднання виникає там, де сил одного не вистачає для вирішення будь-якого життєво важливого завдання, тому окремі ознаки АТ у тому чи іншому вигляді можна виявити на різних, навіть найбільш ранніх, етапах розвитку людської цивілізації [11, с. 42].

Акціонерна форма господарювання започаткована в Італії, її розвиток продовжився в Голландії, а згодом уже в інших країнах – Англії, Франції, Німеччині, Росії [12, с. 62]. Створення прообразу АТ – Генуезького банку Святого Георгія (Banco di San Giorgio), що відрізнявся від сучасних товариств незначними особливостями, одні вчені датують 1407 р. [13, с. 84; 14, с. 372], а інші – 1419 р. [15, с. 93]. У цій організації знаходимо чимало ознак сучасного АТ (поділ майна на частки рівної номінальної вартості – лоса; володіння (як і перехід володіння до іншої особи) засвідчувалося записом у спеціальній книзі та за-

безпечувало право участі в організації; участь у розподілі прибутків/збитків, а також участь в управлінні шляхом участі в загальних зборах і виконавчому органі); однак ступінь участі в управлінні залежав від розміру майнової участі: право голосувати за прийняття рішень на зборах і право бути обраним у виконавчий орган мали лише учасники, які володіли певною кількістю часток [16, с. 85].

До прообразів АТ науковці відносять не лише генуезькі банки, а й генуезькі маони (товариства з торговими цілями як об'єднання державних кредиторів), що надавали державі позики, для погашення яких і сплати високих відсотків держава надавала організаціям кредиторів – маонам право управляти державними боргами та збирати доходи для погашення державних боргів. Частка участі в капіталі іменувалася *лоса*, право власності на яку фіксувалося в спеціальних книгах маонів; *лоса* вільно відчужувалася з відповідною фіксацією у цій книзі. Управління маоном здійснювалося за допомогою зборів учасників, які збиралися не рідше одного разу на рік і вирішували питання розподілу доходів та обирали раду з п'яти осіб, що діяла в перерві між зборами. Необхідні витрати за згодою ради або її більшістю здійснював головний керуючий [17, с. 22].

Перші АТ у власному сенсі стали з'являтися в Англії, Голландії та Франції на рубежі XVI–XVII століть [18, с. 4]. Їх появу зумовили бурхливий розвиток капіталістичних (ринкових) відносин і необхідність акумулювання значних капіталів для започаткування та ведення значних (великих) за розмірами справ (здебільшого пов'язаних з освоєнням заморських колоній і торгівлею з ними) [19, с. 49]. Період появи перших АТ характеризувався ускладненням економічних процесів і рівня взаємодії господарських суб'єктів, що зумовило необхідність кардинальної зміни організаційних засад господарювання [20, с. 119].

Виникнення першої компанії в Англії припадає на XV ст. У 1496 р. Генріх VII дає дозвіл на створення компанії для торгівлі на шляху до Індії.

Пізніше (у 1553 р.) створюється Московська компанія (*Muscovy Company*), яка у 1566 р. перейменована у Російську компанію (*Russia Company*), що вважається однією з найстаріших компаній в Англії [21, с. 152]. Принципи останньої були застосовані до створеної у 1599 р. в Лондоні Англійської Ост-Індійської компанії (*The Governor and Company of Merchants of London Trading into the East Indies*), яка пішла далі у розвитку корпоративних відносин.

Особливістю процесу створення Ост-Індійської компанії стало те, що вона була

однією із перших акціонерних компаній, яка своєю появою зобов'язана не уряду Англії, а приватній ініціативі енергійних підприємливих людей, які звикли діяти спільно у морських товариствах. Так, 22.09.1599 р. у Лондоні під головуванням лорда-мера було скликано мітинг, на якому прийняли резолюцію про утворення асоціації для торгівлі з Індією. Взяти участь у цьому підприємстві виявила бажання 101 особа, підписавшись на загальну суму 30 133 фунта стерлінгів 6 шилінгів [22, с. 63–64].

На чолі Англійської Ост-Індійської компанії стояли загальні збори учасників, які вперше виступали як орган управління, а не тільки сукупність наявних членів. Збори скликалися у відомому місці, у визначеному порядку та приймали рішення більшістю голосів. Чергові збори скликалися щорічно, надзвичайні – за необхідності. Спочатку кожен учасник мав один голос. У хартії компанії 1662 р. право голосу надавалося тільки акціонерам, які внесли до капіталу компанії не менше 500 фунтів стерлінгів, а у 1772 р. ценз виріс до 1000 фунтів стерлінгів; при цьому особа, яка бажала скористатися правом голосу, повинна була володіти акціями не менше одного року. Загальні збори встановлювали правила внутрішнього управління та здійснювали за ним нагляд. Безпосереднє ведення справ компанії здійснювалося колегіальним органом – комітетом із 24 осіб, які обиралися загальними зборами з числа учасників компанії строком на один рік і вирішували всі поточні справи більшістю голосів. Представник компанії – управляючий (*Governor*) також обирався загальними зборами строком на один рік. Крім того, загальні збори обирали депутата (висловлюючись мовою сучасних акціонерних товариств – кандидата на посаду управляючого), який заміняв його на випадок його відсутності. Всі нові учасники компанії та всі посадові особи зобов'язані були складати присягу на вірність компанії [21, с. 198–207].

Англії належить і першість у виданні загального законодавчого акта про акціонерні компанії. Цим актом був Закон про мильні бульбашки від 11.06.1720 р. (*Bubbles-Act*, Stat. 6, Geo 1, cap. 18) [13, с. 92–94]. Цим Законом, як зазначає Г. Шершеневич, відкривається історія акціонерного законодавства [22, с. 142]. Закон про мильні бульбашки визначав, хоч і розмито, критерії неправосуб'єктних АТ. Зокрема, Законом оголошувалися недійсними всі АТ, засновані на шкоду та розорення добрих підданих його величності. Закон проіснував понад 100 років і був скасований тільки у 1825 р. [14, с. 378].

Голландські компанії, як і англійські, на початковому етапі організовувалися з метою

аккумуляції капіталів та захисту інтересів учасників переважно для здійснення колоніальної торгівлі. З часом кількість невеликих торговельних компаній зростала, що спричиняло загострення конкурентної боротьби між ними. За ініціативою уряду, шляхом проведення переговорів із торговельними товариствами голландських провінцій та їх подальшого злиття, за одними джерелами у 1595 р. [15, с. 94; 23, с. 10], а за іншими у 1602 р. [14, с. 374] було утворено Голландську Ост-Індійську компанію (Verenigde Oostindische Compagnie), яка отримала монопольне право на торгівлю з Індією, Китаєм та Японією [20, с. 122].

Капітал Голландської Ост-Індійської компанії складав приблизно 6,5 млн флоринів. З'явився термін «акція». Номінал однієї акції дорівнював 500 флоринів. Акції опосередковували участь учасників (акціоніста) в капіталі, а також у прибутках і збитках компанії. При цьому встановлювався принцип вільного відчуження акцій. Голландська Ост-Індійська компанія вважається першим АТ, яке виплатило дивіденди (приблизно у 1604 або 1609 р.). Середній розмір дивідендів становив 18 % [24, с. 9].

Майже одночасно й у Франції створюються подібні організації. У 1628 р. завдяки зусиллям кардинала Ришельє створена компанія Західної Індії, яка припинила своє існування через 50 років тим, що всі її акції були скуплені королем. У 1664 р. за сприяння Колбера заснована компанія Східної Індії. Через надмірне втручання держави компанія не була ефективною, а роль акціонерів за необхідності зводилася до нуля [14, с. 374–375].

У Німеччині АТ (Aktiengesellschaft – AG) з'явилися пізніше, ніж в інших країнах. Тільки у XVIII ст. тут починається застосування акціонерної форми (в основному під урядовим впливом) [14, с. 375].

На території України поява АТ сягає періоду, коли наша країна входила до складу Російської імперії. Так, 24.02.1757 р. заснована перше в Російській імперії АТ – Російська компанія для торгівлі з Константинополем. Капітал компанії становив 100 000 руб., поділених на 200 акцій по 500 руб. кожна [14, с. 376]. Засновані в наступні роки АТ (1758 р. – Компанія Персидського торгу, 1762 р. – Акціонерний емісійний банк, 1766 р. – Компанія для торгівлі у Середземному морі, 1798 р. – Російсько-Американська компанія та інші) сприяли поступовому становленню та поширенню в Російській імперії уявлень про цю організаційно-правову форму [14, с. 377; 21, с. 341–361; 25, с. 26–56].

Незалежно від країни походження характерною ознакою перших АТ було те, що вони виникали в основному на підставі особливих

актів корони: едиктів, патентів, декларацій, указів, які дарувались абсолютним монархом господарській організації, що створювалася [12, с. 67; 13, с. 86, 113; 21, с. 89–107]. Державне регулювання діяльності перших АТ в основному цим і обмежувалося [20, с. 124].

Очевидно, що в період виникнення АТ ні про яке легальне визначення господарської правосуб'єктності не йшлося. Однак ні законодавство, що діяло на той час, ні практика не виключали можливості таких організацій бути учасником відносин щодо організації та здійснення господарської діяльності. Зрозуміло, що в тих умовах законодавство та практика санкціонували господарську правосуб'єктність АТ, незалежно від того, чи містилась у законі пряма вказівка про неї.

Поява АТ стала вагомим кроком у розвитку організаційно-правових форм здійснення господарської діяльності [13, с. 84]. У діяльності перших АТ були апробовані елементи, які в ході історичної еволюції сформували основні характеристики акціонерного товариства: можливість аккумуляції значних капіталів із дрібних часток; відокремленість майна та діяльності товариства від його власників, що зумовлювало необов'язковість особистої участі у справах товариства; вільне відчуження часток, що в майбутньому отримали назву акцій [20, с. 124].

Подальше формування господарської правосуб'єктності АТ відбувалося паралельно з еволюційним розвитком цієї організаційно-правової форми господарювання. Так, наприкінці XVIII – на початку XIX ст. були закладені основні принципи сучасного корпоративного управління АТ [26, с. 366–367]. З початку XIX ст. розвивається законодавче регулювання питань, пов'язаних із господарською правосуб'єктністю АТ. У 1807 р. у Торговому кодексі Франції (Code de Commerce de France) вперше на законодавчому рівні АТ зафіксовано як організаційно-правову форму господарської діяльності. Тому деякі дослідники саме цей нормативно-правовий акт називають актом, із моменту видання якого виник правовий інститут «акціонерне товариство» [21, с. 262–264; 27, с. 181]. У 1843 р. у Пруссії, у 1844 р. – в Англії, у 1856 р. – у Франції видають самостійні закони про акціонерні товариства. У 1862 р. в Англії всі законодавчі акти, що регулювали діяльність АТ, зведено в єдиний закон, і вперше у світі була запроваджена реєстраційна система створення АТ, а у 1867 р. уперше дозволено випуск акцій на пред'явника [21, с. 225, 267, 295; 12, с. 69–78].

Важливим чинником поширення акціонерної організаційно-правової форми господарювання в середині XIX ст. стала суспільна необхідність аккумуляції значних капіта-

лів для організації важливих господарських проектів – будівництво залізниць, доріг, видобуток корисних копалин тощо, які мали велике значення для розвитку ринкової інфраструктури [20, с. 128; 23, с. 8]. На цьому етапі розвитку АТ відбувається поступова деперсоніфікація зазначеної організаційно-правової форми господарювання. Поступово АТ перетворюється з персонального об'єднання (об'єднання осіб) на об'єднання капіталів, що робить його надзвичайно привабливим для суб'єктів господарської діяльності.

У середині XIX ст. українцем К. Ушинським розробляється перша концепція господарського права, в якій він обґрунтував необхідність поєднання приватних і публічних елементів у господарському праві [28, с. 88]. Цей період також характеризується поширенням пропозицій про відмову від дозвольного порядку та перехід до нормативно-явочного порядку заснування АТ [29, с. 9].

У другій половині XIX ст. АТ отримали повне право утворення та детальне законодавче регламентування їх діяльності практично в усіх країнах Європи та більшості американських штатів. З цього часу розпочався наступний етап еволюції АТ, пов'язаний із початком використання акціонерної форми для створення господарських об'єднань незалежних юридичних осіб. Першою такою корпорацією була «Стандарт Оіл» Дж. Д. Рокфеллера [27, с. 181]. Фактично із середини XIX ст. АТ стали переважною формою власності у великій промисловості. Це пояснюється тим, що на той час АТ було практично єдиною формою об'єднання капіталів.

На даному етапі історичного розвитку формування господарської правосуб'єктності АТ починає зазнавати впливу так званої концепції корпоративної загрози, корені якої, як зазначає О. Кібенко, криються у перших гучних корпоративних скандалах, що мали місце у XIX та на початку XX ст., що на довгі роки забезпечила упереджене ставлення законодавця до цієї форми ведення підприємницької діяльності [30, с. 9]. Так, у США у зв'язку з посиленням процесу концентрації виробництва та виникненням великих АТ, які монополізували ринки і безконтрольно зловживали своїм домінуючим становищем, довелося «винайти» антимонопольне законодавство. Антитрестівський Закон Шермана (Sherman Antitrust Act) Конгрес США прийняв 02.07.1890 р. Відповідно до цього Закону будь-яке об'єднання у формі тресту або будь-якій іншій формі, а також таємна змова, спрямована на обмеження торгівлі та вільної конкуренції визнавалися незаконними і підлягали судовому переслідуванню [15, с. 110].

Концентрація виробництва та бурхливе зростання капіталістичних накопичень при-

звели до формування монополій і переростання промислового капіталізму у фінансово-промисловий. У нових економічних умовах відчувається брак приватно-правового забезпечення економічних суспільних відносин, сформувалася потреба в проведенні централізованої соціально-економічної політики. Це вимагало системного підходу до правового регулювання, що забезпечує формування відповідного інституціонального середовища, впливає на структуру та зміст господарської правосуб'єктності, носії якої виступають, з одного боку, як самостійні господарські одиниці, а з іншого – як структурні елементи економічної системи. У результаті приватна підприємницька правосуб'єктність еволюціонувала в приватно-публічну господарську правосуб'єктність [31, с. 77].

На початку XX ст. у Російській імперії, до складу якої на той час входила Україна, кількість АТ досягла 1506, а їх сукупний статутний капітал – 2467 млн руб. Дохід на капітал становив 6 % і більше, що перевищувало дохід за державними цінними паперами [25, с. 55]. Жовтнева революція 1917 р. і прихід до влади більшовиків еволюційний розвиток АТ перервали. Майно всіх АТ було націоналізоване та визнане власністю держави. На цьому етапі розмаїття організаційно-правових форм господарювання зводилося до єдиної – соціалістичне державне підприємство.

Дещо змінилася ситуація у період НЕПу. Так, 16.12.1922 р. постановою ВУЦВК затверджено Цивільний кодекс (далі – ЦК) УРСР, що діяв у 1923–1963 рр. Нормами цього Кодексу передбачалася можливість створення акціонерного (пайового) товариства. Акціонерним (пайовим) товариством визнавалося товариство, що засновується під особливим найменуванням або фірмою з основним капіталом, розподіленим на певне число рівних частин (акцій) і за зобов'язання якого відповідає лише майно товариства. ЦК УРСР встановлював мінімальний розмір основного капіталу товариства на рівні 100 000 золотих крб, а також мінімальна номінальна вартість, яка не могла бути нижчою 100 золотих крб. АТ могло випускати іменні акції, а у випадках, передбачених статутом, також і акції на пред'явника. АТ зобов'язане було щорічно публікувати звіт і баланс за встановленою формою.

Після завершення НЕПу сфера функціонування АТ різко звужується. Більшість із них перетворюються на трести (форма державних господарських організацій, що виконували подвійні функції: управління підприємствами, які входили до їх складу, а також безпосереднє здійснення господарської діяльності за допомогою структурних підроз-

ділів, що не мали статусу юридичної особи). АТ, що залишилися (Зовнішторгбанк, Інтурист тощо), обслуговували переважно зовнішньоекономічну діяльність держави. Їх правове становище регулювалося Положенням про акціонерні товариства, затвердженим ЦВК і РНК СРСР 17.08.1927 р. Зазначене Положення передбачало для таких товариств мінімальну кількість засновників (3 особи), можливість випуску лише іменних акцій, створення за участю держави та під її контролем [17, с. 30]. Як зазначає Н. Бутрин, усі ці товариства тільки називалися акціонерними, а по суті це були унітарні державні підприємства [32, с. 276].

Відродження правового інституту АТ, і відповідно відновлення процесів формування господарської правосуб'єктності цих господарських організацій, розпочалося уже у період перебудови. Постановою Ради Міністрів СРСР від 19.06.1990 р. № 590 затверджено Положення про акціонерні товариства та товариства з обмеженою відповідальністю. Цим нормативно-правовим актом для АТ передбачалися можливість здійснювати будь-які види господарської діяльності, не заборонені законодавством (п. 2); створювати інші товариства (п. 3), а також відокремлені підрозділи (п. 6); порядок державної реєстрації (пункти 9–13); правовий режим майна – право власності (п. 15); система органів управління (пункти 49–57) тощо. За один рік, який минув після прийняття зазначеної постанови, в Україні було створено 27 АТ [32, с. 276].

Після розпаду СРСР в Україні, що набула статусу незалежної держави, прийнято Закон України «Про господарські товариства» від 19.09.1991 р. № 1576-XII, яким закладені правові основи діяльності АТ в умовах переходу планової економіки до ринкової.

Становлення та формування акціонерної форми господарювання в економіці незалежної України відбувалось у специфічний «некласичний» спосіб. Саме через процеси акціонування проводилися структурні зміни власності – від одержавленої моделі, зорієнтованої на адміністративні методи управління, до моделі ринкової, зорієнтованої на приватну ініціативу, здорову конкуренцію [33, с. 7]. Відповідно і формування господарської правосуб'єктності АТ в Україні у наступні роки відбувалось під впливом процесів корпоратизації та приватизації, правовим підґрунтям для яких стали закони України «Про приватизацію державного майна» від 04.03.1992 р. № 2163-XII, «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» від 06.03.1992 р. № 2171-XII, «Про приватизаційні папери» від 06.03.1992 р. № 2173-XII, Указ Президента України «Про корпоратизацію підприємств» від 15.06.1993 р. № 210/93.

Незважаючи на те, що в цей період видається значна кількість нормативно-правових актів із питань діяльності суб'єктів господарювання, у тому числі АТ, термін «правосуб'єктність» у національному законодавстві не використовувався.

Із прийняттям 28.06.1996 р. Конституції України на рівні нормативно-правового акта вищої юридичної сили закріплюється термін «правосуб'єктність» (згідно з п. 2 ч. 1 ст. 92 виключно законами визначається правосуб'єктність громадян). Потім це поняття знаходить своє відображення і в інших нормативно-правових актах (у ч. 1 ст. 207 Господарського кодексу (далі – ГК) України, ст. 48 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України, ст. 27 Закону України «Про міжнародне приватне право» та ін.).

Після набуття чинності такими важливими нормативно-правовими актами, як ГК України та ЦК України, подальші процеси формування господарської правосуб'єктності АТ відбувалися під впливом їх законодавчих положень. Цими двома кодифікованими актами закладені основи правового статусу суб'єктів господарської діяльності. При цьому ЦК України і ГК України містять різні підходи до визначення правосуб'єктності суб'єкта господарювання й її обсягу: загальна (універсальна) – у ЦК України та спеціальна – у ГК України [34; 35, с. 39].

Важливою віхою у процесі формування господарської правосуб'єктності АТ стало прийняття Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514-VI (далі – Закон про АТ). Зазначений Закон, на думку О. Виговського, став своєрідною «легальною конституцією» для АТ, яка охоплює практично всі аспекти діяльності цих корпоративних утворень [36, с. 19]. Серед іншого, Законом про АТ були детально врегульовані питання, пов'язані з виникненням господарської правосуб'єктності АТ, заповнені чисельні прогалини й усунені суперечності у правовому регулюванні питань реалізації господарської правосуб'єктності даного виду господарських товариств.

Однією з характерних ознак зазначеного нормативно-правового акта стало збалансування публічно-правових і приватноправових способів регулювання корпоративних правовідносин за участю АТ, що має на меті забезпечення, з одного боку, публічного інтересу держави, а з іншого – інтересів АТ і заінтересованих осіб [36, с. 20]. На нашу думку, такий підхід є виправданим, адже динамічний рух суспільних відносин визначає динаміку правосуб'єктності, яка виражається в різноманітних заходах щодо збалансування влади та публічних і приватних інтересів [35, с. 41]. Як наслідок, сучасному системно орга-

нізованому суспільству (державній соціально-економічній системі) адекватне поняття суб'єкта права як функціональної одиниці, що виникає не з протиставлення, а поєднання приватного та публічного, яка містить у собі характеристику суб'єкта права як учасника не тільки приватних економічних відносин, а й учасника суспільних економічних відносин – носія публічних функцій [31, с. 78].

В останні роки відбувається трансформація форм участі АТ у сфері господарювання, змінюються підстави та характер реалізації їх господарської правосуб'єктності. Так, в Україні у нових умовах господарювання з'являються АТ із незвичною структурою й організацією управління, що вимагає вирішення питання про те, хто і на яких підставах може реалізовувати господарську правосуб'єктність таких організацій. Прикладом таких АТ можуть бути корпоративні фонди, правовий статус яких регулюється Законом України «Про інститути спільного інвестування» від 05.07.2012 р. № 5080-VI, що набрав чинності 01.01.2014 р. Господарська правосуб'єктність таких корпоративних фондів, що створюються у формі АТ, у сфері спільного інвестування реалізується від імені товариства іншою господарською організацією – компанією з управління активами корпоративного фонду, яка уповноважена в силу закону здійснювати на підставі відповідного договору представницькі функції.

Додатковим поштовхом до розвитку законодавства про АТ в Україні та підвищення уваги правової науки до питань формування господарської правосуб'єктності АТ може стати Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, підписана 27.06.2014 р. і ратифікована Верховною Радою України 16.09.2014 р. Однак слід пам'ятати, що Угода про асоціацію лише створює можливості, але не гарантує результат. Тому саме на Україну цим документом покладається завдання здійснення структурних реформ в економіці, виконання якого значною мірою залежить і від успішності гармонізації корпоративного законодавства України із законодавством ЄС.

Висновки

Господарська правосуб'єктність АТ не виникла одномоментно. Процес формування господарської правосуб'єктності характеризується еволюційністю. Уявлення про правосуб'єктність АТ еволюціонувало зарозумінням суті самого АТ. Формування господарської правосуб'єктності АТ залежало від пев-

них історичних умов і панівної ідеології, що існувала в ті чи інші часи.

Аналіз чинного законодавства України свідчить про наявність як у ГК України, так і в Законі про АТ суттєвих прогалин у регулюванні питань господарської правосуб'єктності АТ. Їх складно заповнити положеннями ЦК України, а тим більше підзаконних нормативно-правових актів, які мають нижчу юридичну силу. Тому уточнення на рівні закону потребує як саме поняття «господарська правосуб'єктність», так і її елементи.

Процес формування господарської правосуб'єктності не завершений. Сьогодні ми об'єктивно стаємо його учасниками. Подальші наукові дослідження вбачається доцільним активізувати у напрямі обґрунтування нормативного закріплення в законодавстві поняття «господарська правосуб'єктність» та її елементів, а також гармонізації вітчизняного законодавства про АТ із законодавством ЄС.

Список використаних джерел

1. Мамутов В. К. Компетенция государственных органов в решении хозяйственных вопросов промышленности. – М., 1964. – 267 с.
2. Лаптев В. В. Предмет и система хозяйственного права. – М., 1969. – 179 с.
3. Мартемьянов В. С. Хозяйственное право местных Советов. – М., 1981. – 176 с.
4. Пронська Г. В. Компетенція господарських міністерств і відомств Української РСР. – К., 1973. – 126 с.
5. Щербина В. С. Суб'єкти господарського права. – К., 2008. – 264 с.
6. Джабраїлов Р. А. Господарська правосуб'єктність міста: теорія і практика. – Д., 2010. – 455 с.
7. Грудницькая С. Н. Хозяйственная правосуб'єктность государственных предприятий: проблемы теории и практики. – Д., 2011. – 428 с.
8. Труш І. В. Господарсько-правове забезпечення діяльності комунальних підприємств. – К., 2012. – 400 с.
9. Мілаш В. С. Підприємницькі комерційні договори в господарській діяльності. – Полтава, 2005. – 450 с.
10. Переверзев О. М., Віхров С. О. Господарська правосуб'єктність недержавних пенсійних фондів // Форум права. – 2012. – № 3. – С. 519–523.
11. Петражицкий Л. И. Акционерная компания: Акционерные злоупотребления и роль акционерных компаний в народном хозяйстве. По поводу предстоящей реформы акционерного права: экономическое исследование. – СПб., 1898. – 220 с.
12. Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица. Очерк истории и теории. – М., 2003. – 318 с.
13. Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях. – М., 2000. – 666 с.
14. Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: Введение. Торговые деятели. – М., 2003. – Т. 1. – 480 с.
15. Кашанина Т. В. Корпоративное право. – М., 1999. – 802 с.

16. Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. – К., 2003. – 352 с.
17. Вінник О. М., Щербина В. С. Акціонерне право. – К., 2000. – 544 с.
18. Лаптев В. В. Акционерное право. – М., 1999. – 254 с.
19. Вінник О. М. Господарські товариства і виробничі кооперативи: правове становище. – К., 1998. – 309 с.
20. Супрун Н. А. Генеза господарських корпорацій на етапі формування ринкової економіки (XVI–XIX ст.) // Історія народного господарства та економічної думки України. – 2011. – Вип. 44. – С. 118–133.
21. Каминка А. И. Акционерные компании: Юридическое исследование. – СПб., 1902. – Т. 1. – 512 с.
22. Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. – М., 1919. – 389 с.
23. Корпоративне управління / І. Спасибо-Фатеева, О. Кібенко, В. Борисова; За ред. І. Спасибо-Фатеевої. – Х., 2007. – 500 с.
24. Рубенко Г. Л. Акционерное право. – М., 2012. – 189 с.
25. Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции. – М., 2006. – 736 с.
26. Функ Я. И., Михальченко В. А., Хвалей В. В. Акционерное общество: история и теория. Диалектика свободы. – Минск, 1999. – 608 с.
27. Львчук П. Г., Корольова О. Г. Корпоративне управління: історичні аспекти та тенденції розвитку // Управління у сферах фінансів, оподаткування, страхування і кредиту: Тези доповідей II Всеукр. наук.-практ. конф., 18–21 листопада 2009 р. – Л., 2009. – С. 180–182.
28. Знаменский Г. Л. Новое хозяйственное право. – К., 2012. – 488 с.
29. Лаптев В. В. Акционерное право. – М., 1999. – 254 с.
30. Кібенко О. Р. Європейське корпоративне право на етапі фундаментальної реформи: перспективи використання європейського законодавчого досвіду у правовому полі України. Сер. Юридичний радник. – Х., 2005. – 432 с.
31. Грудницька С. Еволюція господарської правосуб'єктності як економіко-правової категорії // Право України. – 2008. – № 8. – С. 74–80.
32. Бутрин Н. Становлення корпоративного права на території України: історичний аспект // Україна–Європа–Світ. Міжнародний збірник наукових праць. Сер.: Історія, міжнародні відносини. – Тернопіль, 2011. – Вип. 8. – С. 272–279.
33. Луць В. В., Сивий Р. Б., Яворська О. С. Акціонерне право / За ред. В. В. Луця, О. Д. Крупчана. – К., 2004. – 256 с.
34. Алексеева Ю. Объем правосуб'єктності господарських організацій [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/4252/%DE>.
35. Ментух Н. Ф. Поняття господарської правосуб'єктності // Адвокат. – 2011. – № 2. – С. 39–41.
36. Виговський О. І. Новели акціонерного законодавства: науково-практичний коментар до Закону України «Про акціонерні товариства». – К., 2009. – 880 с.

Стаття надійшла до редакції 07.10.2014 р.

The article is dedicated to the research of historical and legal aspects of the formation of Joint Stock Companies legal capacity.

В статье исследуются историко-правовые аспекты проблемы формирования хозяйственной правосубъектности акционерных обществ.



УДК 346.32 : 346.31

Катерина Терещенко,*аспірантка кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київського національного університету ім. Вадима Гетьмана»*

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ ЯК ПІДСТАВИ ВИНИКНЕННЯ ГОСПОДАРСЬКОГО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

У статті досліджуються теоретичні аспекти правової природи господарського договору як підстави виникнення господарського зобов'язання, зокрема проблеми термінологічного визначення поняття «господарський договір», з'ясовується його сутність через призму порівняння з родовим поняттям «договір», аналізуються праці науковців-юристів щодо цього інституту господарського права.

Ключові слова: договір, господарський договір, господарське зобов'язання, дійсність договору, умови дійсності.

У формі договору здійснюється великий товарообіг у суспільстві, його роль постійно зростає в умовах ринкової економіки й у зв'язку з євроінтеграційним вектором розвитку держави.

Господарські договори у тому розумінні, в якому вони застосовувалися до реформування економіки, вже не в повному обсязі відповідають існуючим суспільним відносинам. Господарський договір як особливий вид договорів, як найбільш поширена підстава виникнення господарського зобов'язання часто виходить за межі звичайного цивільно-правового договору, не позбавлений нерозтлумачених норм і прогалин у правовому полі та потребує подальшого наукового дослідження, а також комплексного правового регулювання для ефективного використання, що й зумовлює актуальність досліджуваної у науковій статті проблематики.

У сучасній українській юридичній науці питаннями дослідження договору та господарського договору займалися такі вчені-юристи, як С. Бервено, О. Беяневич, А. Бобкова, О. Дзера, В. Луць, В. Мілаш, С. Подоляк, В. Щербина та інші, але питання правової природи господарського договору як підстави виникнення господарського зобов'язання й надалі потребують конкретизації.

Метою цієї статті є аналіз позицій науковців щодо визначення поняття та особливостей господарського договору для розроблення наукових рекомендацій, спрямованих на подальше вдосконалення норм чинного законодавства.

Договір як юридичний факт є однією з найдавніших правових конструкцій (вчення про договір сформоване ще римськими цивілістами), але й на сьогодні в усіх правових системах займає провідне місце.

Право України регулює майново-господарські відносини суб'єктів господарювання, використовуючи дві основні нормативно-правові категорії: договір і господарський договір. Перша категорія є загальною, але і щодо її визначення існує велике розмаїття думок. Я. Шевченко пропонує визначення договору як волевого акта, який виражає в єдиному волевиявленні загальну волю суб'єктів договору, спрямовану на досягнення певних цивільно-правових наслідків, і одночасно визначає договір як правовий інститут, що має ознаки угоди та зобов'язання [1, с. 15].

С. Бервено визначає договір як правовмірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення, на врегулювання відносин між сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків у визначеній законом формі [2, с. 13].

В. Мілаш розглядає договір як багатогранний правовий феномен, який одночасно є актом правостановлення й актом правореалізації [3, с. 24]. В. Луць погоджується з розумінням договору як дво- або багатосторонньої угоди. Разом із тим він вважає допустимим розглядати договір як зобов'язання, що виникло з договору як юридичного факту чи як правовий документ, яким зафіксовано виникнення договірної зобов'язання з волі

його учасників [4, с. 37]. О. Дзера пропонує визначати договір як правомірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення, а також на врегулювання відносин між сторонами шляхом закріплення прав та обов'язків, як правило, у формі відповідних умов договору у визначеній формі [5, с. 45–46]. Цивільний кодекс (далі – ЦК) України визначає договір – це домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ст. 626).

Оскільки Господарський кодекс (далі – ГК) України не містить визначення поняття «господарський договір», В. Щербина пропонує його встановити, виходячи із загального поняття «договір», визначеного ЦК України, з урахуванням особливостей, притаманних господарському договору: господарський договір – це домовленість суб'єкта господарювання з іншим учасником відносин у сфері господарювання, спрямована на встановлення, зміну або припинення їх прав та обов'язків у сфері господарювання [6, с. 236].

У законодавстві та науковій літературі термін «господарський договір» вживається у декількох смислових значеннях, які мають своє коріння в цивілістиці, серед яких основними є угода та зобов'язання. О. Беяневич зазначає, що господарський договір є узагальнюючим (збірним) поняттям, до якого відносяться різні договірні типи (купівля-продажу, поставки, перевезення, оренди, підяду на капітальне будівництво тощо), що мають схожі принципи нормативної регламентації [5, с. 452]. Господарський договір як дво- або багатостороння угода являє собою дії сторін, спрямовані на досягнення певного правового результату – виникнення господарського зобов'язання. Таке смислове значення не дозволяє виявити всі істотні ознаки господарського договору, оскільки угода сторін не є договірним відношенням, а лише спрямована на його встановлення. Багатогранність і складність господарського договору розкривається при дослідженні його як зобов'язання – абстрактної моделі правовідношення, в якому управомоченій особі протистоїть конкретний зобов'язаний суб'єкт і де праву однієї особи протистоїть конкретний обов'язок іншої особи до відповідної поведінки. У теорії господарського права господарське зобов'язання визначається як правовідношення, в якому один суб'єкт (боржник) зобов'язаний вчинити на користь іншого суб'єкта (кредитора) певну дію господарського характеру, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку [7, с. 152].

О. Беяневич вважає, що як соціально-правова категорія господарський договір має особливі ознаки [5, с. 456–457]:

- сфера господарювання, як особлива сфера суспільних відносин, цільова спрямованість господарських договорів виявляється в обслуговуванні безпосередньої господарської діяльності й організації такої діяльності;
- сторони зобов'язання є суб'єктами господарювання або іншими учасниками відносин у сфері господарювання;
- юридичний об'єкт – це певні дії господарського чи управлінського характеру, в тому числі виконання робіт, передача майна, сплата грошей, надання інформації тощо.

Лише за наявності зазначених ознак відносини, що складаються між сторонами внаслідок угоди, визначаються як господарсько-договірні з поширенням на них норм спеціального законодавства, що регулює окремі види господарських договорів, порядок їх укладання та виконання, зміст, застосування різних видів господарсько-правової відповідальності за неналежне виконання.

Сьогодні у правознавстві України категорія «господарський договір» залишається спірною. У ГК України визначення господарського договору відсутнє та не має одностайності щодо цього поняття в доктрині господарського права [4, с. 37]. При цьому термін «господарський договір» використовується в таких значеннях:

- як угода чи правочин, що породжує права й обов'язки учасників господарських відносин;
- як зобов'язання сторін (учасників господарських відносин), що ґрунтується на укладеній ними угоді;
- як правовий документ, в якому фіксується факт угоди та зміст зобов'язання сторін.

О. Беяневич залежно від обраного ракурсу дослідження пропонує такі універсальні визначення господарського договору [8, с. 27]: договір як дво- або багатостороння угода/домовленість, яка слугує підставою виникнення відносин правового (юридичного) характеру.

ГК України оперує різними поняттями: угода, господарський договір, зобов'язання, недійсність зобов'язання; при цьому їх визначення в ньому відсутні. А. Бобкова з цього приводу зазначає, що недостатність і нечіткість господарського законодавства, наявність проблем у правозастосуванні напругу пов'язана з невизначеністю правової природи господарського договору [9, с. 15].

Вважаємо за необхідне погодитися з думкою О. Беяневич [8, с. 29], згідно з якою сьогодні загальна теорія господарського договору в українському законодавстві перебуває в стадії формування та представлена невеликою кількістю робіт, наслідком чого є відсут-

ність загальнотеоретичного поняття «договір». Практичне значення визначення сутності господарського договору полягає в тому, що використання понять як абстракцій викликає значні труднощі при правозастосуванні, знижує ефективність правового регулювання і що головним завданням сучасної господарсько-правової науки є переосмислення та наповнення новим змістом існуючих термінів і понять.

Суттєвою ознакою [9, с. 17] господарських договорів є їх універсальна конструкція як засобу організації суспільних відносин, що надає можливість виокремити такі основні елементи соціально-правової системи «господарський договір» як: контрагенти, істотні умови, угода сторін, зобов'язальні правовідносини, правова мета договору.

Конструкція господарського договору є засобом організації господарсько-договірних відносин і базується на законодавчих імперативних нормах, що створюють зовнішнє правове поле та виконують функції контролю правомірності цих відносин.

Важливим аспектом розуміння сутності та ролі господарського договору (і як угоди, і як зобов'язання) в механізмі правового регулювання є визнання його різновидом правового акта – вольової юридично значущої дії суб'єкта, що має певну форму та спрямована на реалізацію юридичної норми [9, с. 18]. Під цим кутом зору господарський договір виступає спільним правореалізаційним актом (дією) суб'єктів права, спрямованим на виникнення їх суб'єктивних прав та обов'язків.

Дійсне правове регулювання може бути результативним тільки в разі усвідомлення суб'єктами права вимог, які мають місце в юридичних нормах, тому право неминуче впливає на волю та свідомість людей, формування їх правової культури. При цьому порядок, який виникає в процесі самоорганізації, може сприяти як зміцненню правового порядку, так і його послабленню.

На нашу думку, господарський договір є багатогранною системою, що заснована на угоді сторін та є правовою підставою виникнення зобов'язальних правовідносин, які мають юридичний характер і спрямовані на досягнення правової мети.

У загальній теорії права договір традиційно розглядається як юридичний факт. При цьому властивості господарського договору (угоди сторін як дії, що спрямовані на виникнення зобов'язальних правовідносин) як юридичного факту виявляються при укладанні договору; саме в цьому стані правові норми виконують перехід із статичного стану в активну стадію – укладення договору визнається законодавцем, оскільки не суперечить імперативним нормам закону.

Згідно з ГК України господарські зобов'язання виникають із господарських договорів, тобто вони пов'язані між собою певним правовим зв'язком (ст. 174). Якщо розглядати причинно-наслідковий зв'язок, що існує між ними, то треба визнати, що угода сторін господарського договору є юридичним фактом, юридичний наслідок якого – господарські зобов'язання. Іншими словами, саме юридична дійсність угоди сторін господарського договору як юридичного факту має наслідком юридичну дійсність договірних зобов'язань. І тому коректніше було б вирішувати питання правових підстав недійсності господарських договорів у ГК України невідповідністю останніх умовам дійсності. Г. Шершеневич запропонував таке визначення дійсності договору – наявність усіх умов, за яких державна влада згодна надати юридичну забезпеченість угоді [10, с. 74].

Юридична дійсність угоди сторін господарського договору позначає:

- визнання за нею якостей юридичного факту, який здатен породжувати той правовий результат, до якого прагнули суб'єкти договірних відносин;
- оцінку юридичного факту з точки зору відповідності законодавству;
- юридичну забезпеченість – забезпечення примусового виконання зобов'язальних правовідносин і захист.

Юридична дійсність господарського договору залежить від двох факторів: визначеності змісту договору та відповідності нормам права.

Заслужують на увагу умови дійсності як вимоги до кожного елемента юридичної конструкції системи «господарський договір»:

- контрагенти – наявність спеціальної господарської правоздатності;
- істотні умови договору (зміст договору) – визначеність змісту договору та не суперечність нормам закону;
- угода сторін – належне та вільне волевиявлення;
- зобов'язальні правовідносини – законність;
- правова мета договору – можлива та дозволена.

Міжнародна практика поділяє умови дійсності договорів на загальні та спеціальні [11, с. 68]. Вважаємо, що і для господарських договорів також доцільно визначити спеціальні умови дійсності.

У науковій літературі поширена думка про необхідність зробити українське законодавство більш доступним і зрозумілим [12, с. 18]. Тому наведений перелік умов дійсності господарських договорів, який враховує їх особливості (а саме вимоги до змісту, спеціальної правоздатності, мети договору), до-

цільно закріпити в ГК України, що в результаті дозволить підвищити ефективність правового регулювання господарсько-договірних відносин. Крім того, сьогодні в Україні на часі також питання низького рівня правової культури та свідомості суб'єктів господарювання і тільки жорстка формалізація й викремлення правових норм може виконати цю складну виховну функцію.

Список використаних джерел

1. *Договір у цивільному і трудовому праві*: Ч. 1 / Я. М. Шевченко, О. М. Молявко, І. Ф. Севрюкова та ін. – К., 2008. – 280 с.
2. *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України. – К., 2006. – 392 с.
3. *Мілаш В. С.* Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов. – Х., 2007. – 440 с.
4. *Луць В. В.* Тенденції розвитку договірного права в сучасних умовах // Еволюція цивільного

законодавства: проблеми теорії і практики: Матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 29–30 квітня 2004 р. – К., 2004. – С. 32–39.

5. *Договірне право України*: Загальна частина / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 2008. – 896 с.

6. *Щербина В. С.* Господарське право України. – К., 2009. – 640 с.

7. *Подольак С. А.* Неукладеність господарських договорів – погляд зблизка // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 2. – С. 151–154.

8. *Беляневич О. А.* Господарське договірне право України (теоретичні аспекти). – К., 2006. – 592 с.

9. *Подольак С. А.* Недійсний та неукладений господарський договір: правові підстави та наслідки. – К., 2012. – 214 с.

10. *Шершеневич Г. Ф.* Курс гражданского права. – Тула, 2001. – 720 с.

11. *Пиляева В. В.* Гражданское и торговое право зарубежных стран. – М., 2008. – 144 с.

12. *Зобов'язальне право: теорія і практика*. – К., 1998. – 910 с.

Стаття надійшла до редакції 07.10.2014 р.

This article deals the theoretical aspects of the legal essence of the business agreement as the basis of economic commitments, in particular the problem of the terminological definition of «business contract» turns its essence through the lens of comparison with the generic term «contract», which analyzes the work of scientists, lawyers for this institution commercial law.

В статтє исследуются теоретические аспекты правовой природы хозяйственного договора как основания возникновения хозяйственного обязательства, в частности проблемы терминологического определения понятия «хозяйственный договор», выясняется его сущность через призму сравнения с родовым понятием «договор», анализируются труды ученых-юристов относительно этого института хозяйственного права.



УДК 346.32

Анна Жирун,*аспірантка кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»*

ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ РИЗИКУ В ГОСПОДАРСЬКОМУ ДОГОВІРНОМУ ПРАВІ

У статті досліджується теоретичне та законодавче тлумачення поняття «ризик» у господарському договірному праві, аналізується визначення цього поняття в рамках правової системи.

Ключові слова: ризик, господарське договірне право, господарські правовідносини, господарський договір, алеаторність.

Із поняттям «ризик» безпосередньо чи опосередковано пов'язані не тільки сфера господарювання, а й все наше життя. На сучасному етапі економічна система держави відчуває вплив могутніх ризикових тягарів, до яких, крім систематичних, додалися інфляційні, управлінські, геополітичні й інші ризики, що ускладнюють процедуру ведення господарської діяльності на території України, створюючи все нові виклики для суб'єктів господарювання.

Дослідженню загального поняття «ризик» присвячено чимало праць, але наукова дискусія щодо значення та ролі категорії «ризик» у різних сферах суспільного життя триває. Ці питання досліджувалися В. Ойгензихтом, Я. Вишняковим, Н. Радаєвим, І. Волосенко, С. Братусем, О. Красавчиковим, О. Олексюком та іншими науковцями.

Ми розглядатимемо ризик саме як правову категорію, основний акцент приділятиметься аналізу цього поняття в рамках правової системи та ролі й місця ризику в правовідносинах, зокрема й господарських договірних. Для підтвердження доцільності аналізу даної категорії в рамках правової системи слід зазначити, що деякі науковці вважають ризик настільки важливим для права, що й саме визначення права наводять через призму ризику. Так, Я. Магазінер свого часу зазначав, що право є системою розподілу ризиків, яка змінює та спрямовує їх стихійний розподіл на основі звичайних законів економіки [1, с. 136].

Метою цієї статті є дослідження значення ризику в рамках господарського договір-ного права, аналіз основних теоретичних концепцій щодо визначення поняття «ри-

зик» і з'ясування стану законодавчого закріплення даного поняття.

Беззаперечним є той факт, що господарські правовідносини, юридична природа яких неодмінно пов'язана з великим обсягом ризиків, які постають перед суб'єктами господарювання в процесі здійснення господарської діяльності, потребує дослідження даної категорії та формулювання певних теоретичних (у подальшому й законодавчих) положень, що допомагали б оптимізувати ризики та забезпечували їх нормативне регулювання.

Договірне право має сприяти ефективному розподілу ризиків між сторонами договірних правовідносин, що забезпечуватиме здоровий баланс у дотриманні прав і реалізації інтересів кожної із сторін договору. Воно не спроможне ліквідувати ризики, що виникають у господарському обороті, але може обмежити об'єм ризиків, що прийматимуть на себе конкретні учасники.

Перш як досліджувати феномен ризику в правовій системі вважаємо за доцільне проаналізувати етимологію цього поняття, а також погляди науковців щодо основних теорій визначення поняття «ризик».

В. Ойгензихт, який присвятив дослідженню ризику значну кількість своїх праць, вважав, що слово «ризик» прийшло до нас із європейських мов, скоріше за все з іспанської мови, в перекладі з якої воно означає «скала» (risko) [2, с. 5–6]. Слово «ризикувати» російський учений В. Танаєв вважає за можливе порівнювати до виразу «балансувати між скалами» [3, с. 9]. Саме таке значення слова «ризик» (небезпека настання певних неочікуваних наслідків, що можуть мати як позитивний, так і негативний вплив) укорінилося

у нашій свідомості. Великий тлумачний словник сучасної української мови надає таке визначення ризику: ризик – це усвідомлена можливість небезпеки; сміливий ініціативний вчинок, дія із сподіванням щастя, успіху, позитивного результату; можливість збитків або неуспіху у якійсь справі [4, с. 588].

Багатогранність і багатоаспектність поняття «ризик» зумовлює наявність великої кількості визначень цього поняття на доктринальному рівні та відсутність єдиного нормативно визначеного поняття в чинному законодавстві.

Я. Вишняков, Н. Радаєв під ризиком розуміли кількісну міру здатності підприємця творчо використовувати елемент невизначеності в процесі відтворення або в окремих його моментах для отримання додаткової вартості [5, с. 258]. О. Шепеленко визначала ризик як спосіб господарювання в непередбачених умовах (обставинах), за якого створюються завдяки особливим здібностям підприємця можливості та необхідність запобігати, зменшувати несприятливу дію стохастичних умов і одержувати в цих умовах підприємницький дохід [6, с. 190].

Деякі науковці вважають, що поняття «ризик» пов'язане виключно з негативними наслідками. Так, П. Грабовий, С. Петрова, К. Романов пояснювали ризик як ймовірність (загрозу) втрати підприємством частини своїх ресурсів, недоодержання доходів чи появу додаткових витрат у результаті здійснення певної виробничої та фінансової діяльності [7, с. 350]. Б. Хаскельберг під ризиком розумів небезпеку загибелі або погіршення якості речі та виникнення пов'язаних із цим матеріальних збитків не в результаті недоліків речі, а внаслідок впливу на неї зовнішніх сил або властивих їй певних специфічних внутрішніх властивостей, які не можна віднести до недоліків речі у цивілістичному розумінні [8, с. 41].

На законодавчому рівні простежується розуміння ризику виключно як негативного феномена. На теоретичному рівні ми вважаємо за доцільне також розглядати ризик як невід'ємний наслідок алеаторності господарської діяльності, а також на потенційну можливість отримання певних позитивних результатів діяльності.

Для кращого розуміння правової категорії «ризик» слід проаналізувати основні ознаки цього поняття. Зокрема, до таких слід віднести альтернативність, суперечливість і невизначеність.

Ризик неодмінно пов'язаний із необхідністю вибору одного з кількох можливих ва-

ріантів поведінки, що, у свою чергу, створює можливість «правильного» та «неправильного» вибору.

Суперечливість характеризує поняття «ризик» з кількох сторін. З одного боку, прийняття ризикованих рішень дозволяє змінювати консервативні погляди, долати певні психологічні бар'єри, забезпечує впровадження інновацій, що, безумовно, носить позитивний характер. У той самий час, ризик пов'язаний певною мірою із суб'єктивізмом та авантюризмом, що може створити негативні наслідки для суб'єкта господарювання.

Ознака невизначеності зумовлює виникнення ризику. Недостатність інформації, її неоднозначність спричиняють стан невизначеності, а ризик, у свою чергу, знімає цей стан. Т. Назаренко зазначає, що невизначеність у праві в широкому розумінні є явищем недосконалої правового регулювання, зумовленим об'єктивними та суб'єктивними факторами. Воно слугує для визначення неточної, неповної та непослідовної закріплення і реалізації в праві нормативної правової свободи [9].

У науці існує три основні концепції ризику – об'єктивна, суб'єктивна та дуалістична. Представники кожної із зазначених концепцій визначали природу з урахуванням певних понять і явищ (чи то об'єктивної реальності, чи суб'єктивного ставлення індивіда). Для розуміння суті основних концепцій щодо визначення поняття «ризик» необхідно проаналізувати погляди представників кожної з концепцій.

Основними представниками об'єктивної теорії є Н. Малєїн, А. Собчак, О. Кабишев, А. Бушев. Під ризиком вони розуміли можливість (або небезпеку) настання несприятливих наслідків (майнового чи особистісного характеру) [10, с. 184]. У договірному зобов'язанні під ризиком представники цієї теорії розуміють можливість настання збитків, що не підлягають компенсації за рахунок іншої сторони зобов'язання або інших витрат, умовою виникнення яких не є вина суб'єкта, на майнову сферу якого вони будуть віднесені в силу закону або договору [11, с. 399]. В. Білих, досліджуючи підприємницький ризик розуміє його як потенціальну можливість (небезпеку) настання або ненастання події (сукупності подій), що матиме своїм результатом негативні майнові наслідки для діяльності підприємця [12, с. 19].

Суб'єктивну теорію ризику досліджували В. Ойгензіхт, С. Братусь, О. Красавчиков, А. Арямов. Прихильники цієї теорії розглядають ризик як психічне ставлення суб'єкта

до випадкових наслідків своїх рішень. В. Ойгензихт розглядав ризик як суб'єктивну категорію та зазначав, що це психічне ставлення суб'єктів до результатів власних дій або до дій інших осіб, а також до можливого результату об'єктивного випадку і випадково неможливих дій, що виражаються у свідомому припущенні негативних, у тому числі й таких, що не підлягають відшкодуванню, майнових наслідків [13, с. 34].

Представники дуалістичної концепції (А. Альгін, М. Озріх, Е. Харитонов, С. Беляєв) об'єднують погляди представників двох описаних вище концепцій, вважаючи, що ризику притаманні як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки. Однозначно ризик пов'язаний з необхідністю вибору, проведення аналізу та прийняття певного рішення і саме в цьому виявляється його суб'єктивна сторона. Разом із тим ризик є об'єктивним феноменом, оскільки відображає реально існуючі в житті явища та процеси і певною мірою є формою вираження невизначеності. Один із представників дуалістичної концепції С. Беляєв під юридичним ризиком розуміє можливий негативний наслідок для суб'єктів правовідносин внаслідок впливу на них подій чи дій різного характеру, які можуть виникнути в результаті діяльності самого суб'єкта або об'єктивної залежності від волі суб'єкта права [14, с. 27–28].

Аналіз розглянутих концепцій свідчить, що об'єктивна концепція ризику основне місце надає об'єктивній дії – ризикованому вчинку. Суб'єктивна ж концепція визначальне місце відводить суб'єкту правовідносин і його ставленню до відповідної ризикової ситуації. Проте, враховуючи багатогранність і складність поняття «ризик» ми погоджуємося з представниками дуалістичної концепції у тому, що ризик слід розглядати через призму об'єктивного та суб'єктивного факторів, які, безумовно, виявляються в рамках господарських договірних правовідносин, коли суб'єкти господарювання зобов'язані здійснювати свою господарську діяльність в умовах об'єктивної реальності, проте прийняття рішень (що й зумовлюватиме успішність ведення господарської діяльності) є суб'єктивним процесом, що, перш за все, характеризує безпосередньо суб'єкта господарської діяльності.

Аналіз поглядів учених-теоретиків щодо поняття ризику та основних концепцій ризику дозволяє запропонувати власну дефініцію даного поняття на теоретичному рівні в межах договірного господарського права: *ризик – це можливість настання таких правових наслідків договірних відносин, що не були передбаче-*

ні сторонами в договорі та можуть справити як негативний, так і позитивний вплив на матеріальне становище кожної із сторін договору, можуть бути спричинені діями та/чи подіями як зовнішнього, так і внутрішнього характеру.

Щодо законодавчого підходу до визначення поняття «ризик», то чинні нормативно-правові акти по-різному його інтересують. У Митному кодексі України під ризиком розуміється ймовірність недотримання вимог законодавства України з питань державної митної справи (ч. 1 ст. 361). Відповідно до ст. 1 Закону України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» ризик – це можливість виникнення та вірогідні масштаби наслідків негативного впливу протягом певного періоду часу.

Переважає більшість підходів до визначення ризику в рамках господарського договірного права пов'язує ризик із несприятливими наслідками та негативними результатами діяльності. Саме в такому значенні використовується поняття «ризик» у чинному господарському законодавстві, зокрема в регулюванні підприємницької діяльності, створенні та діяльності господарських товариств, діяльності з перевезення, підрядних відносинах, банківській діяльності. Враховуючи нерозривність понять «господарська діяльність» та «ризик», а також відсутність законодавчого визначення поняття «ризик», пропонуємо внести зміни до Господарського кодексу України та надати таке визначення ризику у сфері договірної господарської діяльності: *ризик у межах договірної господарської діяльності – це можливість виникнення певних обставин (як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру), які призведуть (можуть призвести) до неможливості виконання умов господарського договору та погіршення майнового становища однієї із сторін договору.*

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що ризик в господарському праві відіграє важливу роль, адже цей фактор безпосередньо впливає на ефективність господарської діяльності суб'єктів господарювання. Багатогранність даного поняття та відсутність його законодавчого визначення зумовлює наявність великої кількості поглядів науковців щодо його тлумачення та значення. На нашу думку, належний рівень правового регулювання ризику в господарському договірному праві сприятиме здійсненню господарської діяльності (адже саме ступінь передбачення сторонами можливих ризиків у рамках відповідних господарських договорів гарантуватиме захист їх майнових прав та інтересів).

Список використаних джерел

1. *Магазинер Я. М.* Общая теория права на основе советского законодательства // Правоведение. – 1999. – № 1. – С. 130–142.
2. *Ойгензихт В. А.* Проблема риска в гражданском праве. – Душанбе, 1972.
3. *Танаев В. Н.* Понятие «риск» в гражданском кодексе Российской Федерации // Актуальные проблемы гражданского права. – М., 2000.
4. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови. – Д., 2012. – 864 с.
5. *Вишняков Я. Д., Радаев Н. Н.* Общая теория рисков. – М., 2008. – 368 с.
6. *Шепеленко О. В.* Управління підприємницькими ризиками суб'єкта господарювання // Економічні науки: Вісник ДонНУЕТ. – 2011. – № 4. – С. 189–199.
7. *Обґрунтування* господарських рішень та оцінка ризиків. – О., 2013. – 670 с.
8. *Хаскельберг Б. Л.* Переход права собственности по договору купли-продажи в советском гражданском праве: дис. ... канд. юрид. наук. – Л., 1950.
9. *Назаренко Т. Н.* Неопределенность в российском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://lawtheses.com/neopriv-rossiyskom-prave>. – (Дата запроса 12.02.2013).
10. *Малеин Н. С.* Гражданско-правовое положение личности. – М., 1975. – 399 с.
11. *Архипов Д. А.* Опыт теории риска в договорном обязательстве // Актуальные проблемы гражданского права. – М., 2005. – Вып. 9. – С. 358–406.
12. *Российское* предпринимательское право. – М., 2010. – 1072 с.
13. *Братусь С. Н.* Спорные вопросы теории юридической ответственности // Сов. государство и право. – 1973. – № 4.
14. *Беляев С. О.* Риск как политико-правовой институт (теоретико-методологический анализ) / Под ред. П. П. Баранова. – Ростов н/Д., 2007. – 80 с.

Стаття надійшла до редакції 25.11.2014 р.

The paper investigates the theoretical and legislative interpretation of the concept of «risk» in the contract business law, examines the definition of the term within the legal system

В статті досліджується теоретичне і законодавче трактування поняття «риск» в хозяйственном договорном праве, аналізується определение этого понятия в рамках правовой системы.



УДК 35.077.2 : 343.346.8 : 354.42/44

Юлія Максименко,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії держави та права
Національної академії внутрішніх справ*

ІНФОРМАЦІЙНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ: поняття й ознаки

Стаття присвячена дослідженню поняття й ознак інформаційних правопорушень, визначенню співвідношення з іншими видами правопорушень, напрямів розвитку інституту інформаційних правопорушень у контексті розроблення Інформаційного кодексу України.

Ключові слова: інформаційні правопорушення, інформаційні делікти, інформаційні злочини, інформаційна деліктологія.

Інтенсивність розвитку та впровадження інформаційних технологій і засобів зв'язку в життєдіяльність суспільства активізувало увагу науковців до інформаційних проблем. Особливо актуальним напрямом наукових розвідок є розкриття окремих аспектів інформаційних правопорушень.

Слід зазначити, що на науковому та законодавчому рівні відсутнє уніфіковане бачення понятійно-термінологічного апарату у цій сфері, зокрема нарівні з поняттям «інформаційні правопорушення» як синонімічні поняття застосовуються й інші: «комп'ютерні правопорушення», «ІТ-правопорушення», «інформаційні делікти», «інформаційні злочини», «комп'ютерні злочини», «правопорушення у сфері інформації» тощо. Не менш однозначно дослідники визначають і поняття, сутність, зміст, характерні ознаки інформаційних правопорушень. Відсутня також у наукових колах і єдність щодо визначення видів інформаційних правопорушень, підходів до віднесення тих чи інших правопорушень до інформаційних. Отже, дослідження теоретичних і практичних проблем інформаційних правопорушень в Україні є актуальним напрямом сучасної юридичної науки.

|| **Метою цієї статті** є визначення поняття й ознак інформаційних правопорушень.

Порушена проблематика у межах окремих аспектів розглядається в юридичній науці такими вченими, як В. Баскаков, В. Гавловський, М. Гуцалюк, М. Дімчогло, В. Залізняка, В. Коваль, Б. Кормич, В. Ліпкан, О. Логінов, А. Марущак, П. Матвієнко, В. Теремський, А. Тунік, О. Стоєцький, В. Цимбалюк, Л. Харченко, К. Череповський, М. Швець, Т. Шевцова, О. Шепета, О. Чуприна й іншими.

Серйозне занепокоєння викликає поширення фактів протизаконного збору та вико-

ристання інформації, несанкціонованого доступу до інформаційних ресурсів, незаконного копіювання інформації в електронних системах, викрадення інформації з бібліотек, архівів, банків і баз даних, порушення технологій оброблення інформації, запуску програм-вірусів, троянів, фішингових програм, знищення та модифікація даних в інформаційних системах, перехоплення інформації в технічних каналах її витоку, маніпулювання суспільною й індивідуальною свідомістю тощо.

Особливо деструктивними є порушення права людини та громадянина на інформацію, а саме – ненадання інформації органами державної влади, несвоєчасне чи неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності тощо. Статистичні дані засвідчують про перманентну динаміку цих порушень.

Тривалий час інформаційні правопорушення розглядалися крізь призму загроз інформаційній безпеці України, що закріплювались у Законі України «Про основи національної безпеки України». У зв'язку з цим дослідження інформаційних правопорушень здійснювалося в рамках національної безпеки [1–5].

Окремі питання юридичної відповідальності за інформаційні правопорушення досліджувалися крізь призму адміністративного та кримінального права, зокрема в роботах І. Арістової, О. Логінова, Г. Линника, П. Матвієнко, І. Сопілко, О. Стоєцького, О. Полушкіна, А. Туніка й інших. Натомість, незважаючи на значну кількість розвідок, присвячених висвітленню різних аспектів інформаційних правопорушень, поза увагою залишається системне, комплексне висвітлення інформаційних правопорушень.

У більшості наукових досліджень розглядаються окремі види правопорушень (кримінально-правові, цивільно-правові, адміністративно-правові тощо). Натомість вони роз-

глядають інформаційні правопорушення зважаючи на методологічний інструментарій власної науки, без урахування системності описуваного явища. Таким чином відбувається фрагментарне дослідження системного явища.

Здійснений нами контент-аналіз українського законодавства свідчить, що в кримінальному, цивільному, адміністративному законодавстві містяться норми, які передбачають відповідальність за правопорушення інформаційного характеру. Так, у Кримінальному кодексі (далі – КК) України виокремлено розділ 16 «Злочини у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж і мереж електрозв'язку», що містить лише 5 статей, які передбачають кримінальну відповідальність за вчинення злочинів інформаційного характеру. Разом із тим можемо констатувати, що низка інших злочинів, що розташовані в інших главах, також мають інформаційний характер, зокрема: ч. 2 ст. 109 «Дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади» тощо.

Адміністративні інформаційні правопорушення також не систематизовані в окремому розділі, а розпорошені в різних розділах (главах) Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), а саме у: главі 5 «Адміністративні правопорушення в галузі охорони праці і здоров'я населення»; главі 6 «Адміністративні правопорушення, що посягають на власність»; главі 7 «Адміністративні правопорушення в галузі охорони природи, використання природних ресурсів, охорони пам'яток історії та культури»; главі 10 «Адміністративні правопорушення на транспорті, в галузі шляхового господарства і зв'язку»; главі 12 «Адміністративні правопорушення в галузі торгівлі, громадського харчування, сфері послуг, в галузі фінансів і підприємницької діяльності»; главі 14 «Адміністративні правопорушення, що посягають на громадський порядок і громадську безпеку»; главі 15 «Адміністративні правопорушення, що посягають на встановлений порядок його забезпечення» тощо. При цьому кожна з глав має різну кількість складів інформаційних правопорушень, за які передбачена адміністративна відповідальність.

Нині ще не сформований парадигмальний понятійно-категоріальний апарат у цій сфері. Нарівні з поняттям «інформаційні правопорушення» використовуються й інші поняття. Етимологічне та семантичне дослідження цих понять свідчить, що поняття «інформаційні правопорушення» є найбільш широкою категорією, що охоплює правопорушення, які є інформаційними за змістом та

формою. Отже, при визначенні правопорушення як інформаційного слід брати до уваги такі засади: інформаційним правопорушенням є правопорушення, що завдає шкоди (небезпеки) інформаційним правам чи свободам людини та громадянина, інформаційній інфраструктурі держави чи скоюється за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій або засобів зв'язку.

Схожу позицію займає і О. Полупкін, на думку якого «информационные правонарушения совершаются преимущественно в особой области человеческой деятельности – в информационной сфере, т. е. в области поиска, создания, обработки, передачи, получения, хранения, защиты и использования всевозможных сведений об окружающем мире (информации). Нередко они совершаются с использованием информационных средств и технологий работы с информацией независимо от ее формы. Информационное правонарушение может совершаться и в других сферах человеческой деятельности. Важными обстоятельствами совершения таких деяний являются условия информационной среды их реализации, которые связаны с использованием информации, информационных средств и технологий работы с информацией независимо от ее формы» [6, с. 74–75].

Для інформаційних правопорушень характерні всі ознаки, притаманні іншим видам правопорушень: суспільна небезпечність (шкідливість), протиправність, винуватість і караність. Окрім загальних ознак, інформаційні правопорушення мають і низку специфічних, тобто таких, що характерні винятково ним.

Інформаційні правопорушення мають міжгалузевий характер, у зв'язку з чим відповідальність за них передбачена в деліктному законодавстві різних галузей права. Здебільшого вони скоюються в інформаційній сфері, інформаційному середовищі. Саме ці види правопорушень мають високий ступінь латентності у зв'язку з проблемами ідентифікації правопорушника чи джерела небезпеки, що зумовлено можливістю скоювати правопорушення дистанційно. Беручи до уваги засоби скоєння цих правопорушень, серед практичних проблем протидії ним є ускладненість визначення місця та часу вчинення правопорушень.

Зважаючи на перманентний і динамічний розвиток інформаційних технологій та засобів зв'язку, перелік інформаційних правопорушень не може бути уніфікований, оскільки постійно з'являються нові методи, форми, знаряддя вчинення інформаційних правопорушень. Можемо запропонувати широке та вузьке розуміння інформаційних правопорушень.

Інформаційні правопорушення – суспільно небезпечне (суспільно шкідливе), протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, що спрямоване проти інформаційних прав і свобод людини та громадянина, інформаційної інфраструктури,

чи вчиняється за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій або засобів зв'язку, за вчинення якого передбачена юридична відповідальність.

Інформаційні правопорушення – це суспільно небезпечне, протиправне, винне діяння (дія або бездіяльність) деліктоздатної особи, спрямоване проти інформаційних прав і свобод людини та громадянина, а також інформаційної інфраструктури, за вчинення якого передбачена юридична відповідальність.

Ступінь суспільної небезпечності інформаційних правопорушень визначається соціальними цінностями, на які вони посягають. Беручи до уваги цей критерій, слід класифікувати інформаційні правопорушення на інформаційні делікти й інформаційні злочини.

Інформаційні делікти посягають на охоронювані санкціями інформаційні правопорушення, а з урахуванням подальшої інформатизації суспільства, його розвитком, проникненням інформаційної складової майже в усі сфери життєдіяльності суспільства ступінь його суспільної небезпечності є досить великим. Врахування зазначеної обставини є важливим з огляду на можливість подальшої трансформації деліктів у кримінальні правопорушення. Разом із тим ступінь суспільної небезпечності різних видів інформаційних деліктів не однаковий і залежать від родового об'єкта посягання конкретного інформаційного делікту.

Протиправність інформаційних правопорушень полягає в порушенні інформаційно-правових норм. Їх юридичні складі закріплюються нормами Конституції України, а також мають бути визначені в Кодексі України про інформацію (Інформаційному кодексі України). Вина є необхідною ознакою інформаційних правопорушень і може виступати у формі як умислу, так і необережності.

Ознака караності інформаційних правопорушень полягає у застосуванні до правопорушника відповідних санкцій, які містяться у Кодексі України про адміністративні правопорушення, Кримінальному кодексі України тощо. Також ці санкції мають міститися у Кодексі України про інформацію (Інформаційному кодексі України).

Особливістю інформаційних деліктів є те, що в інформаційному законодавстві відсутній чітко сформульований склад багатьох правопорушень, а також не виділені ознаки, за якими ті чи інші інформаційні правопорушення мають бути згруповані до однієї глави. Більше того, заслуговує на увагу та обста-

вина, що нині через неефективність розвитку методологічних засад інформаційного права відбувається штучне гальмування розвитку інформаційно-правової науки. Зокрема, відсутні напрацювання щодо таких актуальних питань, як: інформаційні конфлікти, інформаційно-правовий компроміс, інформаційно-правова відповідальність, інформаційна деліктологія, інформаційна функція держави тощо. Так, теоретичний вакуум щодо концептуального оформлення інформаційно-правової відповідальності унеможливорює розроблення інформаційної деліктології. За умов, коли відповідальність за вчинення інформаційних правопорушень передбачена нормами різних кодексів, утворюються штучні колізії, а в цілому нівелюється принцип невідворотності покарання. Не вирішеними також залишаються процедурні питання процесуального порядку притягнення до інформаційно-правової відповідальності.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що інформаційні правопорушення є новітнім самостійним видом правопорушень і це зумовлює необхідність становлення та розвитку *інформаційної деліктології* [7], метою якої є вивчення змісту, природи, сутності, специфіки та різноманіття інформаційних правопорушень, а також пошук конкретних шляхів, напрямів і способів їх профілактики.

Список використаних джерел

1. Ліпкан В., Максименко Ю. Націобезпекознавство: проблеми формування категорійно-понятійного апарату // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 8. – С. 7–11.
2. Максименко Ю. Є. Правове регулювання національної безпеки України: окремі аспекти // Імперативи розвитку юридичної та безпекової науки: Матеріали міжнар. наук.-практ. інтернет-конференції, м. Київ, 15 квітня 2010 р. – К., 2010. – 102 с.
3. Максименко Ю. Є. Деякі аспекти визначення поняття національної безпеки // Науковий вісник Юридичної академії МВС. – 2004. – № 3. – С. 77–81.
4. Кормич Б. А. Національна безпека як правова категорія аналізу митної діяльності держави // Актуальні проблеми політики. – О., 2001. – Вип. 10. – С. 56–61.
5. Кормич Б. А. Правовий зміст поняття «національна безпека» // Митна справа. – 2003. – № 1. – С. 116–123.
6. Полушкин А. В. Информационное правонарушение: понятие и виды: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2009. – 223 с.
7. Максименко Ю. Є., Ліпкан В. А. Засади розвитку інформаційної деліктології // Право України. – 2013. – № 10. – С. 249–256.

Стаття надійшла до редакції 14.11.2014 р.

The article investigates the concept and characteristics of information crime, outlining relation to other types of offenses, determining directions of the Institute of Information violations in the context of the development of the Information Code of Ukraine.

Статья посвящена исследованию понятия и признаков информационных правонарушений, определению соотношения их с другими видами правонарушений, направлений развития института информационных правонарушений в контексте разработки Информационного кодекса Украины.



УДК 347.7

Ірина Грабар,Київський національний університет
ім. Тараса Шевченка

СУТНІСТЬ І СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «БЛАНКОВИЙ КРЕДИТ» І «КРЕДИТ БЕЗ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ» В ЧИННОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

У статті розкриваються сутність і співвідношення понять «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення», розглядаються суперечності розуміння цих понять у цивільному та банківському законодавстві України.

Ключові слова: кредитування без забезпечення, бланкові кредити.

З метою правильного виконання банківськими установами вимог нормативно-правових актів Національного банку України необхідно розуміти сутність понять «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення».

Огляд основних досліджень і публікацій за відповідним напрямом засвідчив, що у дослідженнях зарубіжних та вітчизняних учених зазначена проблематика не досліджувалася.

Метою цієї статті є визначення сутності понять «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення» для правильного виконання банківськими установами вимог нормативно-правових актів Національного банку України.

Національний банк України в своїх нормативно-правових актах застосовує два поняття «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення». При чому відповідні нормативно-правові акти містять імперативні норми, у тому числі щодо права Національного банку України, а відповідно й обов'язку банківської установи, зупиняти певні види кредитних операцій. Нерозуміння сутності зазначених понять може призвести до порушення норм чинного законодавства України, у тому числі вимог Національного банку України. Як приклад, можна навести такі норми:

- п. 8 ч. 1 ст. 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III, відповідно до якого Національний банк України у разі порушення банками банківського законодавства, нормативно-правових актів Національного банку України має право заборонити банківській установі надавати «бланкові кредити»;

- п. 1.7 гл. 1 розділу VI Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої постановою Правління Національно-

го банку України від 28.08.2001 р. № 368 (далі – Інструкція НБУ № 368), відповідно до якого банк не має права надавати «бланкові кредити» у разі порушення економічних нормативів і лімітів відкритої валютної позиції [1];

- абзац 2 п. 3 постанови Правління Національного банку України «Про окремі питання діяльності банків» від 26.08.2014 р. № 529 (далі – Постанова НБУ № 529), відповідно до якого до банків з боку Національного банку України не будуть застосовуватися заходи впливу за визначені в постанові порушення вимог нормативно-правових актів Національного банку України за умови дотримання ними певних обмежень, у тому числі не надання «кредитів без забезпечення» [2];

- абзац 2 п. 3 постанови Правління Національного банку України від 22.07.2009 р. № 421 «Про окремі питання щодо діяльності банків в період фінансово-економічної кризи» (далі – Постанова НБУ № 421, втратила чинність), відповідно до якого банкам, які мали збитки, заборонялося надавати «бланкові кредити» [3].

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «бланковий кредит». Разом із тим це поняття використовується в ч. 6 ст. 49 та п. 8 ч. 1 ст. 73 Закону України «Про банки і банківську діяльність», у нормативно-правових актах Національного банку України, зокрема: в п. 1.7 гл. 1 розділу VI Інструкції НБУ № 368, пунктах 2.2 та 2.3 Положення про регулювання Національним банком України ліквідності банків України, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 30.04.2009 р. № 259 (далі – Положення НБУ № 259) [4], пунктах 2.4–2.6, 2.11 Технічного порядку проведення Національним банком України операцій з банками, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 30.04.2009 р. № 260 (далі – Технічний порядок) [5].

Аналіз нормативно-правових актів і роз'яснень Національного банку України засвідчив, що підхід Національного банку України до визначення «бланкового кредиту» у відносинах між банками-кредиторами та фізичними й юридичними особами – позичальниками змінювався з плином часу.

Відповідно до першого (більш раннього) підходу Національний банк України в своїх нормативно-правових актах розглядав «бланковий кредит» як синонім поняттю «кредит без забезпечення». На підтвердження зазначеного висновку можна навести норми п. 2.2 гл. 2 розділу II Положення НБУ № 259 [4], пунктів 2.4–2.6 гл. 2 Технічного порядку [5], п. 47 Положення Національного банку України про кредитування, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 28.09.1995 р. № 246 (далі – Положення НБУ № 246) (втратило чинність), відповідно до якого бланковим вважався кредит тільки в межах наявних власних коштів (без застави майна чи інших видів забезпечення – тільки під зобов'язання повернути кредит) [6].

Слід також зазначити, що визначення поняття «бланковий кредит» наведене в глосарії банківської термінології, розміщеному на офіційному сайті Національного банку України. Так, поняття «бланковий кредит» С. Арбузов у Банківській енциклопедії визначає як кредит без забезпечення, виданий тільки під зобов'язання позичальника повернути кредит [7].

Що стосується законодавчого визначення поняття «кредит без забезпечення», то можна навести норми ч. 1 ст. 546 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, відповідно до якої виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком. А оскільки згідно з § 2 глави 71 розділу III книги п'ятої ЦК України кредит (договір кредиту) є договірним зобов'язанням, то загальні норми глави 49 розділу I книги п'ятої ЦК України щодо забезпечення виконання зобов'язань мають застосовуватися і до договору кредиту. Іншими словами, можна дійти висновку, що відповідно до норм глави 49 розділу I книги п'ятої ЦК України кредит без забезпечення – це кредит, що не забезпечений неустойкою, порукою, гарантією, заставою та завдатком. Але Національний банк України відповідно до другого підходу з цим не погоджується.

Згідно з другим (більш пізнім) підходом Національний банк України в своїх нормативно-правових актах розглядає «бланковий кредит» як кредит, не забезпечений в один із способів, передбачених нормативно-правовим актом Національного банку України, що регламентує формування та використання банками України резервів для відшкодування можливих втрат за активними банківськими операціями. На підтвердження зазначеного висновку можна навести норми п. 8 листа Національного банку України «Про застосування норм постанови Правління Національного банку України

від 22.07.2009 р. № 421» від 13.08.2009 року № 40-211/4368-15337, в якому надане таке роз'яснення: «З урахуванням результатів аналізу існуючої світової та вітчизняної банківської практики, науково-теоретичних визначень поняття «бланковий кредит», для цілей застосування Постанови № 421 під бланковим кредитом слід розуміти кредит, забезпечення за яким не відповідає вимогам пункту 7.1 та абзацу 2 пункту 7.2 Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 06.07.2000 № 279».

У той самий час п. 7.1 Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 06.07.2000 р. № 279 (далі – Положення НБУ № 279) [8], містить перелік способів забезпечення виконання зобов'язань, які визначаються як прийнятне забезпечення за кредитними операціями банків. При цьому зазначений перелік не містить таких видів забезпечення, як неустойка (пеня та/або штраф), порука та завдаток, які відповідно до ч. 1 ст. 546 ЦК України є забезпеченням. Слід зазначити, що з набранням чинності Положення про порядок формування та використання банками України резервів для відшкодування можливих втрат за активними банківськими операціями, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 25.01.2012 р. № 23 (далі – Положення НБУ № 23), Положення НБУ № 279 втратило чинність. При цьому перелік способів забезпечення зобов'язань за кредитними операціями, які розглядаються як прийнятне забезпечення в главі 4 розділу II Положення НБУ № 23, також не включає неустойку (пеню та/або штраф), поруку та завдаток [9].

Виходячи з норм п. 3 Постанови НБУ № 529 і листа Національного банку України № 40-211/4368-15337 від 13.08.2009 р. можна зробити висновок, що Національний банк України розглядає поняття «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення» як синоніми, однак у розумінні другого підходу. Так, кредит без забезпечення та бланковий кредит розглядаються вже не як кредит тільки в межах наявних власних коштів позичальника без застави чи іншого виду забезпечення, а як кредит, за яким забезпечення не відповідає вимогам нормативно-правового акта Національного банку України щодо оцінки ризиків з метою формування та використання резервів за фінансовими активами. Отже, відповідно до аналізу норм постанови НБУ № 23 Національний банк України кредити, забезпечені такими видами забезпечення, як неустойка (пеня та/або штраф), порука та завдаток, вважає кредитами без забезпечення та бланковими кредитами. Звуження Національним банком України розуміння поняття «кредит без забезпечення», наведеного в ЦК України, не спричиняє пору-

шення ним норм чинного законодавства України, оскільки відповідно до пунктів 4, 8 ст. 7 Закону України «Про Національний банк України» Національний банк України встановлює для банків правила проведення банківських операцій і здійснює банківське регулювання, яке згідно з абзацом 3 ст. 1 зазначеного Закону полягає у створенні системи норм, що регулюють діяльність банків.

Висновки

Чинне законодавство України не містить визначення поняття «бланковий кредит». Наразі відсутні будь-які чинні офіційні роз'яснення Національного банку України щодо зазначеного поняття.

Сутність поняття «кредит без забезпечення» розкривається в ЦК України та постанові НБУ № 529; при цьому вони мають дещо різне наповнення. Так, відповідно до ч. 1 ст. 546 ЦК України кредит без забезпечення – це кредит, не забезпечений неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням і завдатком. Відповідно ж до п. 3 Постанови НБУ № 529 кредит без забезпечення розглядається як кредит, за яким забезпечення не відповідає вимогам нормативно-правового акта Національного банку України щодо оцінки ризиків із метою формування та використання резервів за фінансовими активами. Такі види забезпечення, як неустойка (пеня та/або штраф), порука та завдаток відповідно до Постанови НБУ № 23 до прийнятного забезпечення не відносяться. Отже, поняття «кредит без забезпечення» в розумінні Постанови НБУ № 529 у порівнянні з нормами ЦК України є дещо вужче, оскільки не включає такі види забезпечення, як неустойка (пеня та/або штраф), порука та завдаток.

Поняття «бланковий кредит» і «кредит без забезпечення» співвідносяться як рівнозначні поняття, тобто синоніми. Однак розуміння цих понять Національним банком України змінювалося з плином часу. Так, відповідно до більш раннього підходу Національний банк України визначав поняття «бланковий кредит» та «кредит без забезпечення» в розумінні ЦК України, а відповідно до більш пізнього підходу – в розумінні постанови НБУ № 529.

З метою правильного виконання банківськими установами вимог нормативно-правових актів Національного банку України, в тому числі щодо обов'язку банківської установи зупинити

певні види кредитних операцій, банки повинні сприймати поняття «кредит без забезпечення» та «бланковий кредит» як синоніми (при цьому в розумінні постанови НБУ № 529).

Список використаних джерел

1. *Про затвердження Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні*: Постанова Правління Національного банку України від 28.08.2001 р. № 368, зі змінами та доповненнями // Офіційний вісник України. – 2001. – № 40.

2. *Про окремі питання діяльності банків*: Постанова Правління Національного банку України від 26.08.2014 р. № 529 // Офіційне інтернет-представництво Національного банку України від 28.08.2014.

3. *Про окремі питання щодо діяльності банків в період фінансово-економічної кризи*: Постанова Правління Національного банку України від 22.07.2009 р. № 421 (втратила чинність).

4. *Про затвердження Положення про регулювання Національним банком України ліквідності банків України*: Постанова Правління Національного банку України від 30.04.2009 р. № 259, із змінами та доповненнями // Офіційний вісник. – 2009. – № 34.

5. *Про затвердження Технічного порядку проведення Національним банком України операцій з банками*: Постанова Правління Національного банку України від 30.04.2009 р. № 260, із змінами та доповненнями.

6. *Про затвердження Положення Національного банку України «Про кредитування»*: Постанова Правління Національного банку України від 28.09.1995 р. № 246, із змінами та доповненнями (втратила чинність).

7. *Глосарій банківської термінології*, розміщений на офіційному сайті Національного банку України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=123166.

8. *Про затвердження Положення про порядок формування та використання резерву для відшкодування можливих втрат за кредитними операціями банків*: Постанова Правління Національного банку України від 06.07.2000 р. № 279, із змінами та доповненнями (втратила чинність) // Офіційний вісник України. – 2000. – № 32.

9. *Про затвердження Положення про порядок формування та використання банками України резервів для відшкодування можливих втрат за активними банківськими операціями*: Постанова Правління Національного банку України від 25.01.2012 р. № 23, із змінами та доповненнями // Офіційний вісник України. – 2012. – № 16.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article disclosing the nature and the relationship between «blank credit» and «credit unsecured» found contradictions understanding of these civil and banking legislation of Ukraine.

В статье раскрываются сущность и соотношение понятий «бланковый кредит» и «кредит без обеспечения», рассматриваются противоречия понимания этих понятий в гражданском и банковском законодательстве Украины.



УДК 343.347

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

КРИТЕРІЇ Й ОЗНАКИ МАЛОЗНАЧНОСТІ ДІЯННЯ ЗА ЗЛОЧИНИ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ОКРЕМІ ОБ'ЄКТИ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті розглядаються можливість та умови визнання малозначними діяння за злочини, які посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності.

Ключові слова: малозначні діяння, злочини, об'єкти права інтелектуальної власності, матеріальна шкода, вдосконалення, кримінальне законодавство.

Існування в кримінальному праві такого поняття, як малозначне діяння, що законодавчо закріплене ч. 2 ст. 11 Кримінального кодексу (далі – КК) України, що не є злочином вчинене суб'єктом злочину винне діяння, дія або бездіяльність, яка хоча формально і містить ознаки будь-якого діяння, передбаченого кримінальним кодексом, але через малозначність не становить суспільної небезпеки, тобто не заподіяла і не могла заподіяти істотної шкоди фізичній чи юридичній особі, суспільству або державі, при застосуванні цих положень у правозастовній діяльності щодо кримінально-караних посягань на окремі об'єкти права інтелектуальної власності може виникнути низка проблем.

Вивчення проблеми малозначного діяння, що законодавчо закріплене в кримінальному законодавстві, досліджували П. Андрушко, П. Берзін, В. Навроцький, Д. Назаренко, В. Тацій, М. Хавронюк та інші. Проте питання, пов'язані з малозначними діяннями за злочини, які посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, залишаються малодослідженими, що й зумовлює актуальність цієї статті.

Метою цієї статті є аналіз малозначності діяння за злочини, які посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, та внесення відповідних пропозицій щодо вдосконалення чинного кримінального законодавства та практики його застосування.

Як зазначає В. Тацій, «на практиці зустрічаються чимало випадків, коли органи дізнання й досудового слідства приймають,

очевидно, неправильні рішення, відмовляючи у порушенні кримінальної справи на підставі малозначності і якими ці відмови скасовано, чимало таких, де матеріальна шкода становить не одну сотню гривень, тілесні ушкодження характеризуються не лише як легкі, а й середньої тяжкості тощо» [1, с. 49–50].

Д. Назаренко, посилаючись на частину 2 ст. 11 КК зазначає, що малозначне діяння не є злочином і не може тягти кримінальної відповідальності. Разом із тим певна шкода, антисоціальність у малозначних діяннях мають місце, але вони не кримінального, а цивільно-правового, адміністративного, дисциплінарного ступеня. Тому за них настає не кримінально-правова, а інші види відповідальності. Причиною виникнення у судово-слідчій практиці проблем під час визначення малозначного діяння є невизначеність законодавцем поняття «істотна шкода» [2, с. 243, 244]. Проте передбачене в санкціях покарання не обов'язково має бути застосоване до особи, яка вчинила діяння, сформоване в диспозиції статті кримінального законодавства. У своїй більшості склади злочину, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, сформульовані як матеріальні: злочин вважається закінченим, залежно від об'єкта посягань, з моменту настання матеріальної шкоди (у великому, особливо великому розмірі тощо).

Під час застосування статті кримінального закону, необхідно виходити із загальних засад призначення покарання, спрямованих на забезпечення індивідуалізації, гуманності та справедливості покарання. При віднесенні

конкретних діянь до малозначних слід врахувати особу, яка його вчинила, обставини, способи вчинення діяння тощо. Так, діяння може бути малозначним, залежно від якісних характеристик об'єкта, на який спрямоване посягання.

Відповідно до ст. 12 КК за ступенем тяжкості злочини, що посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, поділяються на злочини невеликої тяжкості (частини 1 статей 176, 177, статті 203¹, 229, 231, 232, 232¹, 232²); середньої тяжкості (частини 2 статей 176, 177); тяжкі злочини (частини 3 статей 176, 177).

Щоб визнати діяння при посяганні на окремі об'єкти права інтелектуальної власності малозначним необхідне відповідне співвідношення його ознак, тобто оцінці має підлягати вся сукупність ознак, але до ознак малозначності слід віднести лише ті з них, які беруть участь у процесі зниження рівня суспільної небезпеки.

За характером дії або бездіяльності малозначність діяння при посяганні на об'єкти права інтелектуальної власності може вважатися за умов, коли за умислом суб'єкта посягання діяння спрямовувалося з метою не завдання потенційної істотної шкоди об'єкту права інтелектуальної власності. У той самий час не може йтися про малозначне діяння, якщо воно було спрямоване на спричинення істотної шкоди такому об'єкту, а в дійсності спричинило незначну шкоду. Малозначним діяння буде визнане тоді, коли особа мала намір вчинити саме малозначне діяння, передбачене нормами кримінального права, а не тому, що за незалежних від неї обставин таке діяння не було вчинене. У разі посягання на різні об'єкти права інтелектуальної власності відповідальність настає за посягання за той об'єкт права інтелектуальної власності, якому заподіяна шкода. За умови розходження фактично здійсненого особою й її умислу відповідальність настає за посягання на той об'єкт права інтелектуальної власності, посягання на який мала намір особа. Ознаки малозначності можуть мати місце також при підготовці (знарядь злочину, обладнання, сировини тощо) до вчинення злочину на об'єкти права інтелектуальної власності.

Оскільки серед широкого загалу статей кримінального законодавства, що передбачають кримінальну відповідальність за злочини, які посягають на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, особливої значущості набувають проблемні питання, пов'язані із злочинами, що посягають на встановлений порядок здійснення господарської діяльності в частині незаконного збирання з метою використання та розголошення відомостей, що становлять комерційну таємницю; обов'язковими ознаками об'єктивної сторони злочинів, передбачених статтями 231,

232 КК є суспільно-небезпечні наслідки у вигляді завдання істотної шкоди.

Вказівка в кримінальному законі на істотну шкоду призводить до того, що у разі її відсутності не буде ні малозначного діяння, ні кримінально-караного діяння, передбаченого нормами статей 231 та 232 КК, а за її наявності будь-яке посягання на об'єкти права інтелектуальної власності не може бути визнане малозначним.

Питання про наявність чи відсутність спричинення істотної шкоди вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням, зокрема, грошового розміру заподіяної шкоди та майнового стану власника комерційної таємниці. Іншими словами, обов'язковими ознаками об'єктивної сторони злочину, передбаченого статтями 231, 232 КК, є суспільно-небезпечні наслідки у вигляді завдання істотної шкоди та причинний зв'язок між вказаними діями і наслідками, якщо такої шкоди або наслідків не було.

В якому випадку може застосовуватися положення про малозначність діяння за злочини, що не становлять суспільної небезпеки через свою малозначність при посяганні на окремі об'єкти права інтелектуальної власності? Адже об'єктивно можуть виникати ситуації, коли особа, вчинивши злочинне діяння, яке посягає на окремі об'єкти права інтелектуальної власності, не потребує заходів кримінально-правового впливу, що випливає із змісту ч. 2 ст. 11 КК.

Чи вважатиметься незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, що становлять комерційну таємницю (ст. 231), або розголошення комерційної таємниці (ст. 232) таким, що не становить суспільної небезпеки через свою малозначність? Щоб це з'ясувати, необхідно мати загальне уявлення про вплив окремих елементів складу злочину на факт оцінки діяння як малозначного. Л. Кривоченко, з цього приводу зазначає, що критерієм оцінки суспільної небезпечності, її ступеня виступають об'єктивні та суб'єктивні ознаки злочину: об'єкт, на який посягає злочин, наслідки, спосіб вчинення злочину, форма вини, мотив і мета тощо. Тільки оцінка всієї їх сукупності може розкрити об'єктивну, реальну небезпечність злочину – його тяжкість [3, с. 77].

Предметом злочинів, передбачених статтями 231, 232 КК, є відомості, що становлять комерційну або банківську таємницю. Обов'язковою ознакою об'єктивної сторони цих злочинів є заподіяння істотної шкоди суб'єкту господарської діяльності.

Сучасний підхід до визначення предмета злочину полягає в якості речі матеріального світу, з певними властивостями якої закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину. На нашу думку, предмет і об'єкт злочину співвідносяться між собою

як частина та ціле, тобто предмет є факультативною ознакою об'єкта [4, с. 86].

Об'єкт має значення при відмежуванні малозначного діяння від діяння, що взагалі не містить ознак складу злочину. При малозначному діянні все ж відбувається посягання на охоронювані кримінальним законом об'єкти, що і при кримінально-каранному посяганні на окремі об'єкти права інтелектуальної власності.

На думку М. Ковальова, малозначність діяння означатиме, що дії, спрямовані на об'єкт, є такими, які зачіпають його незначною мірою і не можуть спричинити йому істотної шкоди [5, с. 137–138]. Крім того, як правило, малозначними визнаються діяння, що містять ознаки злочинів невеликої та середньої тяжкості. Кримінальні справи про малозначні діяння не можуть бути порушені, а порушені підлягають закриттю на підставі ч. 2 ст. 11 КК України [6, с. 48]. З іншого боку, не може визнаватися малозначним одне із сукупності вчинених діянь, яке містить ознаки злочину невеликої тяжкості, наприклад, передбачених ст. 231 КК, лише на тій підставі, що всі інші вчинені особою діяння мають ознаки тяжких злочинів, наприклад, передбачених ч. 3 ст. 176 та ч. 3 ст. 177 КК.

Об'єктивна сторона має велике значення при віднесенні діяння до розряду малозначних, оскільки ступінь суспільної небезпеки посягання на об'єкти права інтелектуальної власності визначається за допомогою завданої шкоди, яку спричинило певне діяння. Відсутність цих ознак буде свідчити і про відсутність складу злочину, передбачених статтями 231 та 232 КК. Таким чином, суспільно небезпечні наслідки, передбачені статтями 231, 232 КК, можуть бути визнані малозначними лише у межах істотної шкоди. Посягання на об'єкти права інтелектуальної власності, що спричинило тяжкі наслідки, не можуть розглядатися як малозначні, оскільки це суперечило б ч. 2 ст. 11 КК, згідно з якою істотна шкода в контексті даної норми має менший ступінь суспільної небезпеки ніж будь-які тяжкі наслідки, передбачені КК.

Випадки визнання шкоди малозначною спробуємо проаналізувати на такому суб'єкті господарської діяльності, як власник комерційної таємниці. Так, малозначним, на нашу думку, не можна визнавати умисне діяння, яке заподіяло майнові збитки у вигляді істотної шкоди юридичній або фізичній особі – підприємцю, які володіють різним матеріальним станом, фінансовими можливостями тощо. Іншими словами, законодавець однаковою мірою захищає володільців комерційної таємниці, незважаючи на їх різне матеріальне становище, оскільки для злочину, передбаченого статтями 231, 232 КК, обов'язковою ознакою є спричинення істотної шкоди. Істотна шкода є оціночною категорією, зміст якої не визначено в законодавстві,

тобто такою, що визначається на розсуд суду. Однак дискреційні повноваження суду не виключають можливості визнання малозначним тяжкого, а то й особливо тяжкого злочину [7, с. 452].

У КК РФ (ч. 1 ст. 185), на відміну КК України, це питання вирішено по-іншому: збирання відомостей, що становлять комерційну або банківську таємницю, являє собою формальний склад, тобто для настання кримінальної відповідальності достатньо самого факту збирання відомостей, незалежно від настання або ненастання суспільно небезпечних наслідків [8].

Оскільки питання про наявність чи відсутності спричинення істотної шкоди вирішується у кожному конкретному випадку з урахуванням, зокрема, грошового розміру заподіяної шкоди та майнового стану суб'єкта комерційної таємниці такий підхід законодавця щодо встановленого порядку здійснення господарської діяльності в частині забезпечення чесної конкуренції між її суб'єктами (різними за своїм правовим і фінансовим статусом суб'єктами комерційної таємниці) не є рівномірним, адже будь-яку істотну шкоду фізичній особі – підприємцю, на нашу думку, не можна визнати малозначною.

Що стосується матеріальних збитків у вигляді майнової шкоди, то малозначним можна визнавати максимально близький до нижчої межі розмір істотної шкоди у вигляді реальних збитків, упущеної вигоди. Однак при цьому необхідно з'ясувати, який ступінь негативного впливу на суб'єктів комерційної таємниці має майнова шкода. Виходячи із того, що злочин є закінченим з моменту спричинення суб'єкту комерційної таємниці істотної шкоди, постає питання про документальне підтвердження завданої істотної шкоди як від юридичної особи, так і фізичної особи – підприємця. Добровільне відшкодування завданого злочином збитку або усунення заподіяної шкоди суб'єкту прав інтелектуальної власності мають бути підставами застосування до винної особи статей 45–48 КК. Таким чином, положення ч. 2 ст. 11 КК слід застосовувати щодо діянь, які хоча формально і містять ознаки злочину, передбачені нормами статей КК, але через малозначність не становлять суспільної небезпеки. Проте такий підхід буде можливим за відсутності у ч. 2 ст. 11 КК вказівки, що обов'язковою ознакою злочину є спричинення істотної шкоди.

Характеризуючи таку ознаку малозначного діяння, як об'єкт посягання, слід зазначити, що сам собою об'єкт малозначним бути не може. Об'єкт малозначного діяння визначається не малозначністю, а ґрунтується на порівнянні та встановленні співвідношень, яка щодо об'єктів права інтелектуальної власності виражена в грошовій вартості, що вказує на важливість або значимість об'єкта, яка

і враховується при застосуванні ч. 2 ст. 11 КК. Ідеться про те, що порядок визначення істотної шкоди, яка заподіяна чи могла бути заподіяна, за посягання на окремі об'єкти права інтелектуальної власності може бути різний. У КК, наприклад у статтях 176, 177, 203¹, 229, 232¹ та 232², законодавець заздалегідь визначив критерії у вигляді кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, на відміну від статей 231, 232 КК, де суспільно небезпечним наслідком відповідних діянь є заподіяння істотної шкоди, яка виступає оціночним поняттям. При цьому при визначенні розміру матеріальної шкоди, завданої суб'єкту права інтелектуальної власності порушенням його майнових прав на належні йому об'єкти такого права, необхідно керуватися відповідними положеннями Цивільного та Господарського кодексів щодо оцінки розміру прямих матеріальних збитків і упущеної вигоди та Національного стандарту № 4, який є обов'язковим для застосування суб'єктами оціночної діяльності під час проведення оцінки майнових прав інтелектуальної власності, а також може застосовуватися для визначення розміру збитків, завданих у зв'язку з неправомірним використанням об'єктів права інтелектуальної власності. Так, для проведення оцінки майнових прав інтелектуальної власності застосовуються такі методичні підходи: дохідний; порівняльний; витратний [9].

Слід зазначити, що під час проведення оцінки майнових прав інтелектуальної власності встановлюються обставини та визначаються обмеження, пов'язані з особливостями таких об'єктів і сферою їх застосування. Заходи, передбачені підготовчим етапом до оцінки майнових прав інтелектуальної власності, та оцінка проводяться в установленій Національним стандартом № 1 [10] послідовності. Під час обстеження об'єкта права інтелектуальної власності, яке проводиться з метою його ідентифікації, з'ясовується наявність матеріального носія об'єкта та документів, що засвідчують майнові права інтелектуальної власності, факт видачі дозволу на використання об'єкта права інтелектуальної власності.

Діяння може визнаватися малозначним не лише за властивостями об'єкта, а й за способом дії або бездіяльності, від якого залежить характер і тяжкість наслідків.

Стаття надійшла до редакції 25.11.2014 р.

The article discusses the possibility and conditions for recognition insignificant acts of crimes that infringe on the rights of individual objects Intellectual property of person.

В статье рассматриваются возможность и условия признания малозначительными деяний за преступления, которые посягают на отдельные объекты права интеллектуальной собственности.

Висновки

Для впорядкування відносин у правозастосовній діяльності доцільним видається виокремлення в кримінальному законі діянь, які не можуть визнаватися малозначними. Такими слід вважати: діяння, які взагалі не містять складу конкретного злочину; діяння, які характеризуються спричиненням майнової шкоди, а її істотність визнана законодавцем шляхом встановлення певної кількості неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; злочини з необережною формою вини; випадки, коли особа, повністю відшкодувала завдані нею збитки або усунула заподіяну шкоду; випадки, коли власник майна (правоволоділець об'єкта права інтелектуальної власності) заперечує його порушення. У такому випадку особа, яка добровільно відмовилася від заподіяної кримінальним діянням шкоди, не розглядається органом досудового слідства (судом) як потерпіла. Такий підхід дозволить визначити в законі одну із підстав звільнення особи від кримінальної відповідальності.

Список використаних джерел

1. *Кримінальне право України: Загальна частина* / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.; Х., 2003. – 416 с.
2. *Назаренко Д. О.* Кримінально-правова характеристика поняття злочину // Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Сер. «Право». – 2011. – Вип. 9. – С. 238–244.
3. *Кримінальне право України: Загальна частина* / М. І. Бажанов, Ю. В. Баулін, В. І. Борисов та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К., 2005. – 480 с.
4. *Харламова С.* Проблеми визначення предмета злочинів, пов'язаних із незаконним збиранням, використанням та розголошенням відомостей, що становлять комерційну та банківську таємницю // Юридична Україна. – 2006. – № 10. – С. 85–90.
5. *Ковалев М. И.* Понятие преступления в советском уголовном праве. – Свердловск, 1987. – 206 с.
6. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України* / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – К., 2003. – 1056 с.
7. *Гуцуляк М. Я., Маркевич І. Р.* Означність діяння за КК України: поняття, зміст та основні критерії розмежування // Митна справа. – 2012. – № 2, ч. 2, кн. 2. – С. 448–453.



УДК 343

Олександр Медведенко,

адвокат,

Київська міська кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури

ДОКУМЕНТИ НА ПЕРЕКАЗ ЯК ПРЕДМЕТ ЗЛОЧИНУ, ПЕРЕДБАЧЕНОГО СТ. 200 КРИМІНАЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Стаття присвячена дослідженню документів на переказ як одного з видів предмета злочину, передбаченого ст. 200 Кримінального кодексу України.

Ключові слова: документи на переказ, платіжні інструменти, предмет злочину, незаконні дії, платіжні системи.

У теорії кримінального права загально-визнано, що предмет злочину – це будь-які речі матеріального світу, з певними властивостями яких закон про кримінальну відповідальність пов'язує наявність у діях особи ознак конкретного складу злочину [1, с. 93]. У публікаціях предметом досліджуваного складу злочину в основному вважають документи на переказ, платіжні картки, інші засоби доступу до банківських рахунків [1, с. 159; 2, с. 61; 3, с. 200; 4, с. 14].

Деякі автори вважають, що предметом злочину, передбаченого ст. 200 Кримінального кодексу (далі – КК) України, є: будь-які засоби доступу до банківських рахунків при вчиненні злочину у формі їх підробки; підроблені документи на переказ чи підроблені платіжні картки при вчиненні злочину у формі їх придбання, зберігання, перевезення чи пересилання з метою збуту, а також їх використання чи збуту. При цьому вказують на те що, безпосередньо у диспозиції ч. 1 ст. 200 КК названі два види засобів доступу до банківських рахунків – документи на переказ та платіжні картки. Іншими словами, на їх думку, предметом злочину є будь-які засоби доступу до банківських рахунків. Крім того, ці науковці зазначають, що предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК, можуть бути вже підроблені документи на переказ чи платіжні картки, і лише такі, що виготовлені на паперовому, пластиковому чи іншому матеріальному носії інформації [5, с. 258–259].

М. Панов предметом досліджуваного злочину визначає документи на переказ, платіжні картки, інші засоби доступу до банківських рахунків, які охоплюються єдиним, загальним за обсягом поняттям – платіжний засіб [6, с. 295]. Існують й інші думки стосовно визначення предмета досліджуваного на-

ми злочину. Так, М. Коржанський, посилаючись на примітку до ст. 200 КК, зазначає, що предметом злочину є лише документи на переказ [7, с. 349], які він відносить до фінансових документів [8, с. 295].

М. Хавронюк предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК, вважає документи на переказ грошових коштів, платіжні картки чи інші засоби доступу до банківських рахунків і визначає межу, коли зазначені платіжні інструменти виступають предметом злочину, а коли є засобами [9, с. 206–207].

Суть розбіжностей і негативних моментів у наведених точках зору полягає в тому, що в жодному нормативно-правовому акті та в юридичній літературі відсутнє тлумачення поняття «засоби доступу до банківських рахунків». Можна припустити, наприклад, що засоби доступу до банківських рахунків – це електронно-обчислювальні машини (комп'ютери), спеціальні комп'ютерні програми або інші пристрої чи обладнання, за допомогою яких є можливість проникнути до банківського рахунку та спричинити шкоду. Проте такі припущення є хибними, на що звернув увагу Д. Азаров, який аналізував понятійний апарат, що використовується при формулюванні статей 361–363, 200 та ч. 3 ст. 190 КК. Ми підтримуємо думку науковця, згідно з якою у вказаних кримінально-правових нормах використовуються терміни, які не вживаються у сфері відповідних спеціальних знань [10, с. 10–11].

На нашу думку, найбільш оптимальним є визначення предмета аналізованого злочину, зміст якого розкриває О. Дудоров: це документ на переказ, платіжна картка або інший платіжний інструмент, який не є цінним папером [11, с. 86].

Описово-бланкетний характер диспозиції ст. 200 КК зумовлює необхідність звер-

нутися до галузевого законодавства, що розкриває зміст спеціальних термінів. Перш за все заслуговує на увагу Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 р. Цей Закон визначає загальні засади функціонування платіжних систем і систем розрахунків (далі – платіжні системи)¹ в Україні, поняття та загальний порядок проведення переказу² коштів у межах України, встановлює відповідальність суб'єктів переказу, а також загальний порядок здійснення нагляду за платіжними системами. Цей Закон визначає також правовий статус засобів ініціювання переказу коштів, що отримали назву платіжні інструменти.

Закон «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» визначає, що платіжний інструмент – засіб певної форми на паперовому, електронному чи іншому носії інформації, який використовується для ініціювання переказів (ст. 1). До платіжних інструментів належать: *документи на переказ; електронні платіжні засоби – платіжні картки; інші платіжні інструменти, які співіснують у системі платіжних інструментів в Україні.*

Документи на переказ

Відповідно до ст. 16 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» під документами на переказ розуміють електронний або паперовий документ, що використовується суб'єктами переказу, їх клієнтами, кліринговими³, еквайринговими⁴ установами або іншими установами – учасниками платіжної системи для передачі доручень на переказ коштів.

Згідно з приміткою до ст. 200 КК під документами на переказ слід розуміти документ у паперовому або електронному виді, що вико-

ристовується банками чи їх клієнтами для передачі доручень або інформації на переказ грошових коштів між суб'єктами переказу грошових коштів (розрахункові документи, документи на переказ готівкових коштів, а також ті, що використовуються при проведенні міжбанківського переказу та платіжного повідомлення, тощо).

Заслуговує на увагу те, що з наведених понять впливає: поняття «документ на переказ» визначене у Законі більш широко порівняно з поняттям, визначеним у примітці до ст. 200 КК. Так, у примітці до ст. 200 КК наводиться не вичерпний перелік документів на переказ коштів (розрахункові документи, документи на переказ готівкових коштів, а також ті, що використовуються при проведенні міжбанківського переказу та платіжного повідомлення й інші).

Відповідно до Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22.05.2003 р. електронний документ – це документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Обов'язковим реквізитом електронного документа є електронний підпис, що використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу.

Відповідно до ст. 17 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» документ на переказ може бути паперовим або електронним та згідно із ст. 18 цього Закону електронний документ на переказ має однаково юридичну силу з паперовим документом.

Аналіз положень ст. 16 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» свідчить, що документи на переказ поділяються на такі види: розрахункові документи; документи на переказ готівки; міжбанківські розрахункові документи; клірингові вимоги; інші документи, що використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу.

Розрахункові документи. Стаття 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» визначає, що розрахунковий документ – це документ на переказ, що використовується для ініціювання переказу з рахунка платника⁵ на рахунок отримувача⁶.

⁵Платник – особа, з рахунка якої ініціюється переказ коштів або яка ініціює переказ шляхом подання/формування документа на переказ готівки разом із відповідною сумою коштів. Розрізняють поняття «неналежний платник» – особа, з рахунка якої помилково або неправомірно переказана сума коштів.

⁶Отримувач – особа, на рахунок якої зараховується сума переказу або яка отримує суму переказу у готівковій формі. Розрізняють поняття «неналежний отримувач» – особа, якій без законних підстав зарахована сума переказу на її рахунок або видана їй у готівковій формі.

¹Платіжна система – платіжна організація, учасники платіжної системи та сукупність відносин, що виникають між ними при проведенні переказу коштів. Проведення переказу коштів є обов'язковою функцією, що має виконувати платіжна система.

²Переказ коштів (далі – переказ) – рух певної суми коштів з метою її зарахування на рахунок отримувача або видачі йому у готівковій формі. Ініціатор та отримувач можуть бути однією і тією ж особою.

³Клірингова установа – юридична особа, що за результатами проведеного нею клірингу формує клірингові вимоги та надає інформаційні послуги. Кліринг – 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.

⁴Еквайрингова установа (еквайр) – юридична особа, яка здійснює еквайринг. Еквайринг – послуга технологічного, інформаційного обслуговування розрахунків за операціями, що здійснюються з використанням електронних платіжних засобів у платіжній системі.

Відповідно до Інструкції «Про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті», затвердженої постановою Правління Національного банку України (далі – НБУ) від 21.01.2004 р. № 22, розрахунковий документ, це документ на паперовому носії, що містить доручення та/або вимогу про перерахування коштів з рахунку платника на рахунок отримувача. Цією ж Інструкцією визначено поняття «електронний розрахунковий документ» – документ, інформація в якому представлена у формі електронних даних з відповідними реквізитами розрахункового документа, який може бути сформований, переданий, збережений і перетворений на візуальну форму представлення електронними засобами.

Отже, розрахункові документи – це складені за встановленою формою документи, що подаються до кредитно-фінансової установи юридичними або фізичними особами та містять письмове доручення (чи вимогу) про перерахування певної суми грошей у безготівковій формі за відвантажені товари, виконані роботи, надані послуги й інші платежі. Деякі документи (наприклад вексель) подаються не до банку, а передаються однією особою іншій із зобов'язанням (або наказом) сплатити певну суму грошей пред'явникові документів.

Розрахункові документи уніфіковані, мають єдину для всієї країни стандартну форму та встановлений набір реквізитів, тобто певних обов'язкових даних. Відсутність у документі хоча б одного з реквізитів позбавляє його власника (тримача) можливості використати документ з метою, для якої він призначений. Застосування розрахункових документів інших держав при розрахунках у національній валюті на території України не допускається [12, с. 91].

Розрахункові документи повинні містити, залежно від їх форми, такі реквізити [12, с. 91]:

- назву документа;
- номер документа, число, місяць, рік його виписки;
- назви платника й одержувача коштів (офіційне скорочення їх), які відповідають зареєстрованим у статуті, їх ідентифікаційні коди за Єдиним державним реєстром підприємств та організацій України, у фізичних осіб – ідентифікаційні номери, що проставляються на підставі відповідних документів податкових органів, номери рахунків в установах банку;
- назви банків платника й одержувача, місцезнаходження їх та умовні номери за МФО (код банку);
- суму платежу цифрами та літерами;
- призначення платежу: назва товару (виконаних робіт, наданих послуг), посилення

на документ, на підставі якого здійснюється операція (договір, рахунок, товарно-транспортний документ тощо), із зазначенням його номера та дати, законодавчого акта, яким передбачено право примусового списання (стягнення) коштів (його дата, номер і відповідний пункт); замість назви товару може зазначатися його кодове (умовне) значення;

- на першому примірнику (незалежно від способу виготовлення розрахункового документа) – відбиток печатки та підписи керівників (відповідальних осіб) платника або (та) одержувача коштів;

- підрозділи бюджетної класифікації та строк настання платежу (у разі перерахування коштів до бюджету);

- суму податку на додану вартість або напис «без податку на додану вартість».

У банківській практиці особлива увага приділяється правильності оформлення розрахункових документів. Банк не приймає до виконання розрахунковий документ, якщо хоча б один із реквізитів документів не заповнений або заповнений неправильно. Не допускаються у розрахункових документах використання факсиміле¹ замість підпису, виправлення та підчистки. У разі часткового виконання розрахункового документа та у разі зміни з ініціативи банку платника номера рахунка платника, назви та коду банку платника банк може робити виправлення в розрахункових документах. На незаконність грошової операції, що провадиться, вказує недостовірність розрахункового документа.

З урахуванням своїх технічних можливостей платник може здавати до банку розрахункові документи як у паперовій формі, так і у вигляді електронних розрахункових документів (електронних повідомлень) каналами зв'язку. Конкретний спосіб подання платником (клієнтом) документів до банку передбачається в договорі на розрахунково-касове обслуговування.

На даний час клієнти при здійсненні безготівкових розрахунків застосовують систему електронних платежів системи «клієнт-банк», яка забезпечує передачу повідомлень між клієнтом і банком у зашифрованому вигляді за допомогою сертифікованих засобів захисту. Використання такої системи безготівкових розрахунків не оминають і злочинці.

¹Законодавство України не визначає поняття факсиміле, але в простому розумінні – це звичайний штамп, відбитком якого є підпис. Законність використання факсиміле підтверджується наказом Міністерства фінансів України «Про затвердження Положення про документальне забезпечення записів у бухгалтерському обліку» від 24.05.1995 р. № 88 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/z0168-95>.

Кошти списуються з рахунка платника тільки на підставі першого примірника розрахункового документа. Розрахунковий документ (за винятком розрахункового чека) виписується в кількості примірників, потрібних для всіх учасників безготівкових розрахунків (але не менше ніж два). Розрахункові документи, що надійшли до банку протягом операційного часу, банк виконує в день їх надходження. Розрахункові документи, що надійшли після операційного часу, банк виконує наступного робочого дня.

Відповідно до Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» ініціювання переказу здійснюється за такими видами розрахункових документів: платіжне доручення; платіжна вимога-доручення; розрахунковий чек; платіжна вимога. За чинним законодавством України НБУ має право встановлювати й інші види розрахункових документів. Так, Інструкція про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління НБУ від 21.01.2004 р. № 22, встановлює, крім зазначених, такі види платіжних інструментів: меморіальний ордер; акредитив; інкасове доручення (розпорядження). Правила використання зазначених розрахункових документів також визначені цією Інструкцією.

Таким чином, предметом досліджуваного злочину виступають види документів на переказ, які є розрахунковими: *платіжне доручення; платіжна вимога-доручення; розрахунковий чек; платіжна вимога; меморіальний ордер; акредитив; інкасове доручення (розпорядження)*.

Платіжне доручення. Стаття 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» визначає, платіжне доручення як розрахунковий документ, що містить доручення платника банку здійснити переказ визначеної в ньому суми коштів із свого рахунка на рахунок отримувача.

Розрахунки платіжними дорученнями – одна з найпоширеніших форм безготівкових розрахунків у господарському обороті. Доручення широко застосовуються в розрахунках за найрізноманітнішими платежами, вони носять універсальний характер. Технологія розрахунків платіжними дорученнями полягає в тому, що банк платника списує зазначену у дорученні суму з рахунка платника та зараховує її на рахунок постачальника. Розрахунки платіжними дорученнями досить прості та зручні. Проте їх недоліком є відсутність повної гарантії платежу постачальникові.

Платіжні доручення застосовуються в розрахунках за товарними та нетоварними платежами: за фактично відвантаженою (продану) продукцію (виконані роботи, надані по-

слуги тощо); у порядку попередньої оплати (якщо такий порядок розрахунків встановлено законодавством та (або) обумовлено в договорі); для завершення розрахунків за актами звірки взаємної заборгованості підприємств, які складені не пізніше строку, встановленого чинним законодавством; для перерахування підприємствами сум, які належать фізичним особам (заробітна плата, пенсії тощо), на їх рахунки, що відкриті в банках; для сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) до бюджетів та (або) державних цільових фондів; в інших випадках відповідно до укладених договорів та (або) чинного законодавства.

Предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК, визнається також платіжне доручення, яке до обслуговуючого банку подає платник для того, щоб перерахувати кошти підприємству зв'язку. Необхідність у цьому виникає у разі, коли фізична особа – отримувач коштів не має банківського рахунка або розрахунки безпосередньо з фізичною особою та підприємством через банк неможливі [11, с. 80–81].

Платіжна вимога-доручення. Відповідно до ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» платіжна вимога-доручення – це розрахунковий документ, що містить вимогу отримувача безпосередньо до платника сплатити суму коштів і доручення платника банку, що його обслуговує, здійснити переказ визначеної платником суми коштів із свого рахунка на рахунок отримувача.

Платіжна вимога-доручення – це розрахунковий документ, що містить: вимогу постачальника (одержувача коштів) до покупця (платника) на підставі надісланих йому (покупцеві), обминаючи банк, документів оплатити вартість відвантажених товарів, інших робіт і наданих послуг; доручення покупця (платника) своєму банку оплатити вказані документи, перерахувавши відповідну грошову суму постачальникові. Отже, платіжна вимога-доручення є комбінованим розрахунковим документом, який складається з двох частин, кожна з яких відображає специфіку двох розрахункових документів: верхня частина – особливості платіжної вимоги; нижня частина – особливості платіжного доручення. Доставка платіжної вимоги-доручення до платника може здійснюватися банком, що обслуговує отримувача грошей, через банк, що обслуговує платника, а також за допомогою засобів зв'язку.

Розрахунковий чек. Згідно із ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» розрахунковий чек – це паперовий розрахунковий документ, що містить нічим не обумовлене розпорядження платника банку, що його обслуговує, провести переказ суми коштів на користь визначеного в ньому

отримувача. Чек – грошовий документ встановленої форми, що містить беззаперечне письмове розпорядження власника рахунка (клієнта) банку, який обслуговує його, сплатити певну суму грошей пред'явникові чека або іншій вказаній у ньому особі. Чек є інструментом розпорядження коштами, що є на банківському рахунку. При розрахунках чеками виникають економічні відносини між трьома суб'єктами: чекодавцем¹, чекотримачем² і банком-емітентом³.

Розрахункові чеки використовуються у безготівкових розрахунках підприємств і фізичних осіб з метою скорочення розрахунків готівкою за отримані товари (виконані роботи та надані послуги). Розрахункові чеки виготовляються на замовлення комерційного банку Банкотно-монетним двором НБУ чи іншим спеціалізованим підприємством на спеціальному папері з дотриманням усіх обов'язкових вимог, передбачених нормативними актами за зразком, затвердженим НБУ. Розрахункові чеки брошуруються у чекові книжки по 10, 20, 25 аркушів. Розрахункові чеки, що використовуються фізичними особами для здійснення одноразових операцій, виготовляються як окремі бланки; їх облік банки ведуть окремо від чекових книжок. Розрахункові чеки та чекові книжки є бланками суворого обліку [11, с. 81].

В Україні використовується суворо фіксована уніфікована форма розрахункового чека. Чек включає такі обов'язкові реквізити: назву «розрахунковий чек»; дані про власника чекової книжки (чекодавця) та номер його рахунка (для фізичних осіб – прізвище, ім'я, по батькові чекодавця, дані його паспорта або документа, що його замінює); назву банку-емітента і його номер МФО; ідентифікаційні коди чекодавця та чекотримача за Єдиним державним реєстром підприємств та організацій України, у фізичних осіб – ідентифікаційні номери у разі їх присвоєння державною податковою адміністрацією; назву чекотримача; доручення чекодавця банку-емітенту сплатити конкретну суму, що зазначена цифрами та літерами; призначення платежу; число, місяць і рік складання чека (місяць має бути написаний літерами, дата видачі чека має відповідати його реальній видачі), місце складання чека; підписи чекодавця та відбиток печатки юридичної особи.

¹Чекодавець – юридична або фізична особа, власник рахунка, який здійснює платіж за допомогою чека та підписує його.

²Чекотримач – юридична або фізична особа, яка отримує кошти за чеком.

³Банк-емітент – банк, що видає чекову книжку (розрахунковий чек) підприємству або фізичній особі та веде їх рахунки.

Платіжна вимога. Відповідно до ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» платіжна вимога – це розрахунковий документ, що містить вимогу стягувача або при договірному списанні отримувача до обслуговуючого платника банку здійснити без погодження з платником переказ визначеної суми коштів з рахунку платника на рахунок отримувача. Примусове списання коштів – списання коштів, що здійснюється стягувачем без згоди платника на підставі встановлених законом виконавчих документів у випадках, передбачених законом. Платіжна вимога про примусове списання (стягнення) коштів на підставі виконавчого документа оформляється та подається державним виконавцем, а на списання податкового боргу за рішенням податкового органу – податковим органом, на підставі визнаної претензії – підприємством-кредитором, при договірному списанні – отримувачем коштів. При цьому до розрахункового документа додається оригінал виконавчого документа або належним чином оформлений дублікат.

Розрахунки платіжними вимогами здійснюються за такою схемою:

- одержувач коштів виписує та здає в установу банку, що його обслуговує, платіжну вимогу до платника у трьох примірниках і реєстр платіжних вимог; дві платіжні вимоги подаються до обслуговуючого банку разом із супровідним реєстром у двох примірниках, з яких перший примірник реєстру залишається в документах для банку, другий, як розписка, видається підприємству;
- банк одержувача пересилає платіжну вимогу та реєстр банку платника;
- банк платника видає платникові платіжну вимогу та повідомляє про платіж;
- на основі перевіреної платіжної вимоги установа банку списує зазначену суму з рахунка платника;
- з банку платника надходять документи про перерахування коштів у банк одержувача;
- банк одержувача зараховує зазначену суму на рахунок одержувача коштів.

Меморіальний ордер. Згідно з Інструкцією про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті меморіальний ордер – це розрахунковий документ, який складається за ініціативою банку для оформлення операцій щодо списання коштів з рахунку платника та внутрішньобанківських операцій відповідно до Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», нормативно-правових актів Національного банку.

Меморіальний ордер складається у випадках: часткової оплати розрахункових документів; документального підтвердження операцій з перерахування із банківських ра-

хунків на користь клієнтів-одержувачів (фізичних і юридичних осіб) внесених у касу банку коштів; перерахування коштів, зарахованих на рахунок «Кредитові суми до з'ясування»; перерахування банком коштів для вжиття заходів щодо визнання рішення (ухвали) суду, санкціонованої прокурором постанови слідчого, постанови державного виконавця про арешт коштів на рахунок; виконання банком платіжних доручень платника в довільній формі; здійснення банком-кредитором договірною списання коштів з рахунка свого клієнта на підставі його доручення про таке списання, обумовленого в договорі про розрахунково-касове обслуговування або іншому договорі про надання банківських послуг (у реквізиті меморіального ордера «Призначення платежу» банк зазначає номер, дату та пункт договору, яким передбачена можливість застосування договірною списання); документального оформлення внутрішньобанківських операцій; перерахування банком коштів при закритті акредитива.

Дата складання меморіального ордера має відповідати даті списання коштів з рахунку платника. Меморіальний ордер засвідчується підписами відповідального виконавця банку, який його оформив, і працівника, на якого покладені функції контролера, та відбитком штампа банку.

Акредитив. Відповідно до Інструкції про безготівкові розрахунки в Україні в національній валюті акредитив – це договір, що містить зобов'язання банку-емітента, за яким цей банк за дорученням клієнта (заявника акредитива) або від свого імені проти документів, які відповідають умовам акредитива, зобов'язаний виконати платіж на користь бенефіціара¹ або доручає іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж.

При розрахунку акредитивом банк-емітент за дорученням свого клієнта (заявника акредитива) зобов'язаний: здійснити платіж третій особі (бенефіціару) за поставлені товари, виконані роботи та надані послуги; надати повноваження іншому (виконуючому) банку здійснити цей платіж. Ці два види операцій є основними акредитивними операціями. Умови та порядок проведення акредитивної форми розрахунків передбачаються у договорі між бенефіціаром (це особа, якій призначений платіж або на користь якої відкрито акредитив) і заявником акредитива (платником).

При розрахунках акредитивами в економічні відносини вступають такі суб'єкти: плат-

ник², банк-емітент³, бенефіціар, авізу-ючий банк⁴ і виконуючий банк⁵.

Банк-емітент може відкривати такі види акредитивів: покритий – акредитив, для здійснення платежів, при якому завчасно бронюються кошти платника в повній сумі на окремому рахунку в банку-емітенті або виконуючому банку (кошти заявника акредитива бронюються на аналітичному рахунку «Розрахунки за акредитивами» відповідних балансових рахунків); непокритий – акредитив, оплата за яким у разі тимчасової відсутності коштів на рахунку платника гарантується банком-емітентом за рахунок банківського кредиту.

Акредитиви бувають відкличні та безвідкличні. Відкличний – акредитив, який може бути змінений або анульований банком-емітентом без попереднього погодження з бенефіціаром (наприклад, у разі недотримання умов, передбачених договором, дострокової відмови банку-емітента від гарантування платежів за акредитивом). Безвідкличний – акредитив, який може бути змінений або анульований тільки за згодою бенефіціара, на користь якого він був відкритий, і банку-емітента. Вид підробленого акредитива на кваліфікацію за ст. 200 КК не впливає.

У Законі України «Про банки і банківську діяльність» зазначається, що банки в Україні можуть використовувати як платіжні інструменти платіжні доручення, платіжні вимоги, вимоги-доручення, векселі, чеки, банківські платіжні картки й інші дебетові та кредитові платіжні інструменти, що застосовуються у міжнародній банківській практиці (ст. 51). Проте вексель виступає одночасно розрахунковим документом (платіжним інструментом) і цінним папером, що може купуватися та продаватися на фондовому ринку. За підроблення такого цінного папера, як вексель, передбачена відповідальність за ст. 224 КК.

У диспозиції ст. 200 КК не зазначено, що платіжні інструменти, які підробляються, не повинні бути цінними паперами, однак незаконні дії з платіжними інструментами охоплюються аналізованою статтею КК за умови, що ці інструменти не належать до цінних па-

²Платник – заявник акредитива, який звертається до банку, що його обслуговує, для відкриття акредитива.

³Банк-емітент – банк платника, що відкриває акредитив своєму клієнтові.

⁴Авізуючий банк – банк, який за дорученням банку-емітента авізує (сповіщає) акредитив бенефіціару без будь-якої відповідальності за його оплату.

⁵Виконуючий банк – банк бенефіціара або інший банк, що за дорученням банку-емітента виконує акредитив.

¹Бенефіціар – юридична особа, на користь якої виставлений акредитив (продавець, виконавець робіт або послуг тощо).

перів. Вказівка щодо того, що платіжні інструменти не повинні бути цінним папером міститься у диспозиції ст. 187 КК Російської Федерації [13]. Ми вважаємо, що таке положення стосовно предмета злочину слід відобразити і в диспозиції ст. 200 КК України. Ми погоджуємось з О. Дудоровим щодо цього [11, с. 82].

Документ на переказ готівки

Документ на переказ готівки – це документ на переказ, що використовується для ініціювання переказу коштів, поданих разом з цим документом у готівковій формі. Реквізити й особливості оформлення таких документів встановлюються НБУ. Основними нормативними актами з цього приводу є: Положення про порядок введення касових операцій в національній валюті в Україні, затверджене постановою Правління НБУ від 19.02.2001 р. № 72; Інструкція про організацію роботи з готівкового обігу установами банків України, затверджена постановою Правління НБУ від 19.02.2001 р. № 69; Інструкція № 1 з організації емісійно-касової роботи в установах банків України, затверджена постановою Правління НБУ від 07.07.1994 р. № 129 із змінами. Видача готівки з кас підприємств проводиться за видатковими касовими ордерами або за платіжними (розрахунково-платіжними) відомостями. Документи на видачу готівки мають бути підписані керівником і головним бухгалтером підприємства або особами, ними уповноваженими. Приймання готівки касами підприємств проводиться за прибутковими касовими ордерами. До первинних касових документів, які оформляються за операціями в національній валюті, належить також оголошення про внесення готівки, грошовий чек, заява про переказ готівки, повідомлення про одержання переказу [11, с. 82–83].

Міжбанківський розрахунковий документ

Відповідно до ст. 1 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» міжбанківський розрахунковий документ – це документ на переказ, сформований банком на підставі розрахункових документів банку, клієнтів та документів на переказ готівки або виконавчого документа. Міжбанківські розрахунки – це система здійснення та регулювання платежів за грошовими вимогами і зобов'язаннями, які виникають між банківськими установами в процесі їх діяльності.

Контроль за дотриманням комерційними банками (установами) банківського законодавства та нормативних актів, що регламен-

тують порядок здійснення міжбанківських розрахунків, покладено на НБУ. Основними нормативними актами, якими регулюються взаємовідносини учасників міжбанківських розрахунків в Україні, умови та порядок їх виконання, є Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» й Інструкція про міжбанківський переказ грошей в Україні в національній валюті, затверджена постановою Правління НБУ від 17.03.2004 р. № 110.

Клірингова вимога

Закон «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» визначає клірингову вимогу, як документ на переказ, сформований кліринговою установою¹ за результатами клірингу, на підставі якого, шляхом списання/зарахування коштів на рахунки членів платіжної системи, відкритих у розрахунковому банку цієї платіжної системи, проводяться взаєморозрахунки між ними (ст. 1).

Положення ст. 16 Закону «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» передбачає, що до документів на переказ відносяться й інші документи, які використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу; вони також є предметом аналізованого складу злочину.

Інші документи, що використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу

До таких, зокрема, можна віднести сліп – паперовий розрахунковий документ, який підтверджує здійснення операції з використанням платіжної картки і містить набір даних щодо цієї операції та відбиток реквізитів платіжної картки, які дають можливість ідентифікувати платіжну картку. Сліп має вигляд трьохшарової квитанції, що є платіжним дорученням на списання банком зазначеної в ньому суми з карткового рахунку тримача. Оформлюється сліп за допомогою імпринтера, тобто механічного пристрою, призначеного для нанесення на сліп рельєфних реквізитів платіжних карток, авторизацію² на про-

¹Клірингова установа – це юридична особа, що за результатами проведеного нею клірингу формує клірингові вимоги та надає інформаційні послуги; клірингом визнається 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.

²Отримання дозволу від банку-емітента БПК на здійснення операцій з її використанням називають авторизацією.

ведення операцій, із якими було отримано раніше.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що предметом злочину, передбаченого ст. 200 КК, слід вважати документи на переказ, які не є цінними паперами.

До документів на переказ як предмет злочину, передбаченого ст. 200 КК, на нашу думку, слід віднести: **розрахункові документи** (платіжні доручення; платіжні вимоги-доручення; розрахункові чеки; платіжні вимоги; меморіальні ордери; акредитиви); **документи на переказ готівки; міжбанківські розрахункові документи; клірингові вимоги; інші документи, що використовуються у платіжних системах для ініціювання переказу** (сліп тощо).

Список використаних джерел

1. Кримінальне право України: Особлива частина / М. І. Бажанов, В. Я. Тацій, В. В. Сташис, І. О. Зінченко та ін.; За ред. М. І. Бажанова, В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – К.; Х., 2003. – 496 с.
 2. Андрусів Г. В., Бантишев О. Ф., Романюк Б. В. Кримінальне право України: Особлива частина. – К., 2002. – 292 с.
 3. Кримінальне право України: Особлива частина / Ю. В. Александров, О. О. Дудоров, В. А. Клименко та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К., 2004. – 656 с.
 4. Гуторова Н. А. Преступления в сфере хозяйственной деятельности: Раздел VII Особенной части Уголовного кодекса Украины с научно-практическим комментарием. – Х., 2003. – 256 с.
 5. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під ред. М. О. Потєбенька, В. Г. Гончаренка: У 2 ч.. – К., 2001.
 6. Панов М. М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків. – Х., 2009. – 184 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://library.nulau.edu.ua/REPOZITORIUM/UGOLOV_PRAVO_3/Knigi/Panov_2009.pdf.
 7. Науковий коментар Кримінального кодексу України. – К., 2001. – 656 с.
 8. Коржанський М. Й. Кваліфікація злочинів. – К., 2002. – 640 с.
 9. Хавронюк М. І. Довідник з особливої частини Кримінального кодексу України. – К., 2004. – 504 с.
 10. Азаров Д. С. Кримінальна відповідальність за злочини у сфері комп'ютерної інформації: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 18 с.
 11. Дудоров О. О. Злочини у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характеристика. – К., 2003. – 924 с.
 12. Лагутін В. Д. Гроші та грошовий обіг. – К., 2003. – 199 с.
 13. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – М., 2000.
- Стаття надійшла до редакції 07.10.2014 р.
- This work is dedicated to the issue of money transfer documents, as a kind of the crime object provided for the article 200 of the Criminal Code of Ukraine.*
- Статья посвящена исследованию документов на перевод как одного из видов предмета преступления, предусмотренного ст. 200 Уголовного кодекса Украины.*



УДК 343.712

Вадим Семененко,*ад'юнкт кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національної академії внутрішніх справ*

СУЧАСНІ ПРИЧИНИ Й УМОВИ ГРАБЕЖУ В УКРАЇНІ

У статті розкриваються причини й умови грабежів в Україні, зокрема: економічно-соціальні, морально-психологічні, культурно-виховні, організаційно-управлінські, сімейно-побутові тощо.

Ключові слова: причини та умови грабежу, матеріалістичне розуміння причинності, ідеалістичний підхід до причинності, детермінанти грабежів, фактори грабежів.

Чому люди скоюють злочини? Чому взагалі існує злочинність як соціальне явище? Людство дуже давно шукає відповіді на ці питання, адже не завжди існуючі наукові тлумачення задовольняють суспільство, а злочинність продовжує існувати та «набирати обертів». Пошуки відповіді на поставлені питання не є чисто теоретичними; вони мають суто практичне, часом навіть утилітарне значення: тільки отримавши переконливі відповіді на поставлені запитання, кримінологи і політики зможуть розробити ефективні заходи профілактики злочинів.

Економічно, політично, культурно зрілі та правообізнані громадянські суспільства завжди проблеми злочинності ставлять на друге місце після проблем фінансового характеру, тому здебільшого вчасно й оперативно реагують на причини й умови, що детермінують злочинність. Сучасна заінтересованість у вивченні причин та умов злочинності в Україні набирає обертів, адже після низки надзвичайних подій у державі (повалення злочинної влади, неоголошена війна на сході, наявність значної кількості зброї у населення, недовіра до дискредитованих правоохоронних органів) громадяни приділяють увагу проблемам злочинності як соціальному явищу.

Проблема дослідження причин і умов злочинності взагалі, у тому числі окремих видів, конкретного злочину, є однією з центральних у вітчизняній і зарубіжній кримінології. Так, низка провідних учених-кримінологів, досить повно і поглиблено дослідивши ці явища, розробили чітку структурну теорію. Серед них Г. Аванесов, Ю. Антонян, А. Аслаханов, П. Андрушко, В. Борисов, Р. Бідерман, Б. Волженкін, І. Вінер, В. Глушков, В. Голіна, Я. Гілінський, А. Долгова, І. Даньшин, О. Джужа, А. Жалінський, А. Закалюк, А. Зелінський, В. Зеленецький, В. Єгоршин, І. Карпец,

В. Колесніков, В. Кудрявцев, Н. Кузнєцова, О. Кальман, О. Костенко, А. Ларьков, Н. Лопашенко, В. Лунєєв, М. Мельник, В. Навроцький, Е. Петров, Т. Пінкевич, М. Панов, В. Попович, І. Рогов, Е. Сатерленд, Б. Свенсон, В. Сташис, Є. Стрельцов, В. Тацій, О. Терстеген, К. Тідеман, П. Фріс, М. Хавронюк, В. Шакур, А. Яковлев, Н. Ярмиш, П. Яні та інші. Дослідження цих фахівців є методологічним фундаментом аналізу причин і умов корисливих посягань. Ґрунтуючись на таких міцних засадах, ми будували свій аналіз, намагаючись максимально визначити точку зору як науки кримінології, так і практичних правоохоронних органів.

При аналізі причинного комплексу вчинення розкрадань чужого майна розглянемо обставини, що сприяють вчиненню грабежів. Насамперед, слід зазначити: наука кримінологія виходить з того, що злочинність зумовлена складною взаємодією різних соціальних факторів, які діють в різних сферах і виявляються на різних рівнях суспільного життя. Розроблені кримінологічною наукою загальні методологічні положення про причини злочинності поширюються на причини й умови, що сприяють вчиненню грабежів (оскільки проблема причинності в цілому є однією з ключових проблем більшості суспільних наук, у тому числі кримінології). Слід пам'ятати, що теоретичне вирішення цієї проблеми залежить від того, які філософські погляди сповідує вчений. Так, різняться матеріалістичний і ідеалістичний підходи. Матеріалістичне розуміння причинності пов'язане з основним положенням, згідно з яким джерелом пізнання причинних зв'язків є об'єктивні закономірності природи та суспільства, а ідеалізм стверджує тут первинність індивідуальних властивостей людини як природної істоти й особистості, властивостей його розуму, здатності пізнавати відомі апріорні істини.

У суспільних науках встановлення причинних зв'язків – набагато більш складний процес, ніж аналогічне завдання у природничих науках, що розглядають відносини в природі. Однак розвиток правової сфери та кримінології як систем наукового знання та соціальної практики з достатньою переконливістю свідчить про реальність встановлення і причинних зв'язків у проблемі злочинності й умов, які сприяють вчиненню злочинів.

Метою цієї статті є визначення сучасних причин та умов, що детермінують вчинення грабев в Україні та є прямим об'єктом для здійснення запобіжної діяльності суб'єктами профілактики злочинності.

Найбільш плідною методологічною базою для пояснення джерел злочинності можуть бути такі принципи та закони діалектики, як закон про загальний, універсальний зв'язок предметів і явищ навколишнього світу, концепція соціального детермінізму, принцип історизму, вчення про діалектичні суперечності, принцип системного підходу при дослідженні соціальних явищ і процесів. Деякі перелічені філософські категорії сформульовані ще у давнину, а потім доповнені та розвинуті протягом століть у працях науковців різних країн. Усі зазначені категорії уточнюються та збагачуються у світовій науці наших днів. Вирішуючи проблеми детермінації злочинності, кримінологія повинна використати ці перевірені роками філософські положення.

Практика свідчить, що виникнення будь-якого явища зумовлено чимось іншим – фактором чи факторами, які породжують його. Явище, дія якого зумовлює виникнення нового явища, називається *причиною*. Те саме явище, що виникає під впливом причини, називається *наслідком*. *Умова* – явище, що формує причину чи створює можливість її дії; цей зв'язок з наслідком є зумовлюючим. Зрозумілою є класифікація причин злочинності, представлена у роботі М. Гернета, який поділяв усі причини злочинів на *індивідуальні* (антропологічні), *фізичні* та *соціальні* (розглядаючи причини злочинності як соціальне явище) [1, с. 39]. А. Кетле, вказуючи на те, що будь-який соціальний стан передбачає відповідно певну кількість і певний порядок вчинків, що є необхідними наслідками його організації, підтверджував соціальну сутність феномена вчинення злочинів [2, с. 30].

Критичний аналіз злочинності як системи є і в сучасній кримінологічній літературі. Н. Кузнецова наголошувала, що злочинність – не механічна сума окремих злочинів, а їх органічна сукупність. Між усіма ознаками і властивостями злочинності існує діалектична єдність. Злочинність, як загальне, відображає найбільш суттєві закономірні ознаки окремих злочинів, а не випадкові, які мають

значення лише для конкретного злочину [3, с. 173]. Такі аргументи не можна визнати цілком переконливими, адже існує слабкий зв'язок між окремими видами злочинності, а в деяких випадках (наприклад, злочини, що вчиняються чоловіками, та ті, що вчиняються жінками, статеві злочини та злочини проти власності, злочини, що вчиняються з неосторожності) порівняння виглядає недоречним (так мало спільного між ними).

Г. Аванесов зазначає, що в кримінологічній науці ще не визначені конкретні зв'язки злочинності з її складовими, ознаками та компонентами, коли на першому плані не лише злочини, особи, які їх вчиняють, причини злочинів, жертви злочинних посягань, а й соціальні умови злочинності, її соціальні наслідки та латентна злочинність. Хоча основою всіх цих складових злочинності є конкретні злочини [4, с. 79].

Вітчизняний учений А. Закалюк вважав, що саме через «олюднення» поняття злочинності має розкривати її соціально-антропологічна природа. На сучасному етапі необхідно розглянути ознаки та визначення особи, що вчиняє злочин, роль особистісних та інших індивідуальних чинників злочинних проявів, проблеми вдосконалення прогнозування та запобігання зумовлюючому впливу останніх [5, с. 43]. В. Голіна акцентує увагу на вивченні «криміногенного потенціалу суспільства» [6, с. 324], а відомий кримінолог В. Дрьомін пропонує прагматичний підхід до пізнання злочинності, розуміння злочинності як предпраксеологічного підходу до пізнання злочинності, розуміння злочинності як предметної діяльності та соціальної практики [7, с. 48].

Проблема детермінації злочинності – одна з найважливіших у кримінології. У наші дні вона набула підвищеної актуальності. Це пояснюється зростаючою потребою населення у захисті від злочинності, необхідністю виявлення й усунення її нових причин і умов, недопущення вчинення злочинів. Ця «вічна» кримінологічна проблема постійно викликає різні тлумачення та, на жаль, дотепер не вирішена остаточно. Часом допускається й деяка підміна понять. Це призводить, з одного боку, до широких міркувань про детермінанти злочинності, а з іншого – до штучного звуження межі відповідного наукового пошуку. Таке становище не може задовольнити ні теорію, ні практику. Тому, перш як висвітлювати одне з найбільш складних і за своїм змістом дійсно центральне питання кримінологічної науки про детермінанти злочинності проти власності, слід зазначити, що система цього кримінологічного знання охоплює не тільки причини в їх філософському розумінні, перекладеному на кримінологічну мову. Для створення систематизованого вчення про причини злочинності необхідно враховувати, що вони прямо пов'язані з дією дуже

широкого спектра факторів, обставин, ситуацій тощо. Більше того, для кримінології важливо оцінити значення термінів: «причини», «умови», «обставини», «фактори» (відносно як злочинності в цілому (і окремих її видів), так і конкретних злочинів). Усі ці терміни об'єднані у кримінології родовим поняттям «детермінанти злочинності» [8, с. 116].

Отже, детермінувати (від лат. *determinare* – визначати) означає зумовлювати, прирікати, опосередковувати, викликати [8, с. 120]. *Криміногенна детермінація* – це різновид соціальної детермінації, яка значно ширша й є складною системою універсальних зв'язків між різноманітними подіями, явищами та процесами, що відбуваються у суспільстві.

Стосовно системи детермінант висловлювалися різні точки зору. Так, пропонувалося її поділяти на причини, умови та кореляти [9, с. 11], виділяти в ній фактори злочинності (на рівні злочинності в цілому й окремих видів (груп) злочинів) і причини та умови індивідуальної злочинної поведінки [8, с. 16], або ж просто всі детермінанти злочинності ділити на об'єктивні та суб'єктивні [10, с. 44]. Між елементами системи детермінант встановлювалися різного роду зв'язки: причинно-наслідкові, кореляційні, структурно-системні, зв'язки становити тощо.

З викладеного випливає, що доцільно поділити систему детермінант грабежів, що вчиняються в Україні, на три рівні:

- на макрорівні (суспільства в цілому) – це ті соціальні явища та процеси, які мають певне детерміністичне, зокрема й причинно-наслідкове, значення для пояснення того, що їх зумовлює, й які є похідними від детермінант злочинності в цілому;

- на мікрорівні (окремих соціальних груп), які притаманні саме грабеджам, що вчиняються у суспільстві, та до системи детермінант яких відноситься причинно-наслідковий комплекс, що включає взаємопов'язані чинники, які тією чи іншою мірою продукують вчинення даних злочинів;

- на індивідуальному рівні (окремих особистостей) – це безпосередні причини й умови конкретної злочинної поведінки.

Отже, на макрорівні та мікрорівні детермінанти грабежів, з огляду на процес становлення української державності та значні перетворення в економічній, політичній, соціальній, ідеологічній і правовій сферах, що вплинули на загострення протиріч у суспільстві та майже всі сфери суспільного життя, доцільно поділити на: економічно-соціальні, морально-психологічні, культурно-виховні, організаційно-управлінські, сімейно-побутові й інші фактори. У своїй взаємодії вони породжують морально-соціальну дезорганізацію суспільства, створюють емоційно-психологічну напругу серед населення, зумовлюють зростання суспільної деструктивності та конфліктності. Загалом зазначені явища та

процеси негативно позначилися на криміногенній ситуації у державі.

До *економічно-соціальних факторів* злочинності, зокрема грабежів, відносяться:

- руйнівна, тривала економічна криза у світі та нашій державі, що призвела до втрати золотого паритету всіх без винятку національних валют. У результаті вартісний номінал національних грошей почав знижуватися відносно долара США та євро;

- економічний, ідеологічний та військовий тиск Російської Федерації пригнічує й без того слабку економіку нашої країни;

- завезення неконтрольованої валюти, неоподаткованих (контрабандних) товарів із Російської Федерації на окуповані території сходу нашої країни підриває економіку;

- значні прорахунки при проведенні приватизації призвели до перерозподілу державної власності на користь корпоративно-бюрократичних структур;

- недоліки в регулюванні кредитно-фінансових відносин призводять до широкомасштабних фінансових махінацій, присвоєння наданих кредитів, псевдобанкрутства тощо;

- недосконалість податкової системи та системи ціноутворення створює сприятливі умови для масового ухилення від оподаткування, фіктивного підприємництва, шахрайства з фінансовими ресурсами;

- недосконалий процес наповнення доходної частини державного бюджету, який щорічно балансує на межі невиконання. Основними фінансовими надходженнями до бюджету є прибутки, отримані від експорту продукції металургійної та гірничо-видобувної галузей. Разом із тим постійно існує загроза втрати основної частини зовнішніх ринків збуту, що автоматично поставить під загрозу виконання державного бюджету;

- відсутність коштів на реалізацію концепції державної політики в галузі запобігання злочинності. Основоположний принцип про запобігання як головний напрям протидії злочинності, не вийшов поки за межі декларативного. Як результат, в країні сьогодні відсутня злагоджена система органів, які займаються запобіжною діяльністю, а також немає єдиного закону, що регулював би цю діяльність.

Ми розглянули неповний перелік економічних факторів, що суттєво загрожують економічній стабільності держави, але вони тісно переплітаються із соціальними недоліками. Перші тягнуть за собою поглиблення матеріальної диференціації населення, збільшення прошарку обездоленіх громадян, загострення ситуації на ринку праці, руйнацію принципів соціальної справедливості, перерозподіл матеріальних ресурсів тощо. Другі тісно пов'язані з кризовими явищами в економіці, що відіграли вирішальну роль у виникненні глибоких деформацій соціальної сфери, багато з яких мають виражене кримі-

ногенне значення. За відсутності послідовної соціальної орієнтованості реформ, перш за все на їх початковому етапі, відбулося зубожіння, люмпенізація та маргіналізація значної частини населення.

Надії на швидке формування середнього класу як основи стабільного існування та розвитку суспільства не виправдалися. Загрозу соціальній стабільності суспільства становить протистояння, з одного боку, нуворишів, корумпованих чиновників, а з іншого – людей, які опинилися за межею бідності, безробітних, біженців, вимушених переселенців, інших осіб, виштовхнутих із нормальної життєвої борозни та готових стверджувати себе у стихії нецивілізованого ринку будь-якими способами, у тому числі протиправними.

Ступінь законслухняності населення знижується в результаті невиконання державою своїх соціальних обов'язків перед громадянами (відсутність адресної підтримки соціально незахищених верств населення, масові не виплати заробітної плати, пенсій, різних видів грошової допомоги, руйнація системи безкоштовної медичної допомоги тощо).

Сучасна соціально-економічна практика суперечить соціальним очікуванням і прагненням значної частини потенційно соціально активних громадян. Маємо очевидні суперечності між матеріальними потребами населення та ступенем їх задоволення. Так, за результатами анкетного опитування працівників органів внутрішніх справ, понад 70 % громадян живе за межею бідності. Серед несприятливих тенденцій у соціальній сфері – загострення ситуації на ринку праці. За деякими даними групи кримінологів, контингент безробітних (як офіційно зареєстрованих, так і тих, які не перебували на обліку) сягає 35 % сукупної працездатної сили¹. При цьому фактичне безробіття значно перевищує офіційно зареєстрований рівень.

Вплив *морально-психологічних детермінант* на вчинення грабежів у державі не менш значний, ніж економічно-соціальних. Значущість суспільного усвідомлення та соціально-психологічного самопочуття українців, що декларується, часом не дістає належної реалізації у повсякденній соціальній практиці. Між іншим, без розуміння сучасного морально-психологічного стану суспільства, яке переживає духовну й ідеологічну кризу, будь-які заходи протидії злочинності не є ефектив-

ними. У свідомості значної частини людей переважають елементарні потреби, мотиви фізичного виживання, миттєві інтереси. Невпевненість у завтрашньому дні, відчуття перманентної загрози добробуту, переживання ненадійності, а то й уразливості соціального статусу, матеріального та службового становища викликає у багатьох людей стан фрустрації, породжує соціальну депресію, апатію, песимізм. Соціально-психологічними дослідженнями все частіше фіксується втрата сенсу життя у результаті очікувань і надій, що не збулися, невиконаних обіцянок.

У нашому суспільстві мають місце опосередковані зміни світоглядних установок, ідеологічних орієнтацій. Так, психологія приватного власника, що засуджувалася раніше, перетворилася на систему поглядів і цінностей, що схвалюється та визнається. Але можливості та стиль життя «нових українців» недоступні для більшості громадян. Невідповідність економічній реальності, що змінилася, економічній свідомості та менталітету переважної більшості людей призводить до неадекватної поведінки, поглиблює соціально-психологічну дезадаптацію.

Знижений престиж освіти, вченого звання, професіоналізму. Більшість людей віддає перевагу легкодоступним і вигідним видам діяльності, досягненню успіху будь-якою ціною.

На ґрунті погіршення *психічного здоров'я* населення розвиваються такі фонові явища, як алкоголізм, наркоманія, проституція, бродяжництво, жебрацтво, нелегальна міграція тощо. Слід зазначити, що тут не враховані інші психічні аномалії: олігофренія, параноя, черепно-мозкові травми, психопатія, епілепсія тощо. Іншими словами, можна вести мову про загрозливу тенденцію щодо погіршення психічного здоров'я громадян, а це певною мірою може призвести до збільшення в структурі корисливо-насиленницьких злочинців осіб із психічними аномаліями. Вагому роль у погіршенні психічного здоров'я та морального стану громадян відіграє алкоголізація, тісно пов'язана з нею люмпенізація значних груп населення. Аналіз кримінальних проваджень, що порушені органами внутрішніх справ у зв'язку із вчиненням грабежів, свідчить, що вони в основному вчиняються у результаті перебування в нетверезому стані як злочинців, так і потерпілих, спільного вживання особами спиртних напоїв, аморального способу життя. Пияцтво зберігається як результат глибоко вкоріненої «питної традиції», як слідство несвідомості, духовної обмеженості та моральної розбещеності деякої частини громадян. Уживання алкоголю, що нерідко призводить до алкоголізму, часом пов'язане з різними індивідуально-конкретними несприятливими ситуаціями в житті людини – особиста невлаштованість, ускладнення на роботі, втрата близького, розлад у родині тощо. Тягу до алкоголю підсилює не-

¹За останніми оприлюдненими даними Державної служби статистики України, рівень безробіття населення віком 15–70 років, визначений за методологією Міжнародної організації праці, в Україні в середньому зріс з 7,6 % у I півріччі 2013 р. до 8,6 % у I півріччі 2014 р. Після анексії АРК і початку неоголошеної війни на сході України, зокрема руйнування інфраструктури у Донецьку та Луганську, прилеглих до них територій, таку цифру поррахувати неможливо або можна помножити щонайменше на три: <http://www.dcz.gov.ua>.

долік особистої культури, обмеженість духовних інтересів, примітивність потреб. Крім того, недостатня матеріальна забезпеченість частини осіб, які вживають спиртне, штовхає їх на вчинення злочинів.

До вчинення грабежів призводить і зловживання наркотичними речовинами. У стані наркотичного голоду (абстиненції) виявляється агресивність. У структурі їх особистості відбуваються несприятливі зміни, передусім в емоційній сфері, що виражаються в дратівливості, підвищеній збудливості, афективності, схильності до вчинення злочинів. Слід також зазначити, що наркотики дорого коштують і наркозалежному потрібні кошти на їх придбання, а джерелом отримання цих коштів є грабіж.

Неабияке криміногенне значення мають *культурно-виховні* детермінанти грабежів в Україні. До недавнього часу держава майже не переймалася моральним здоров'ям своїх громадян. Можна констатувати, що непоодинокими є випадки відкритої пропаганди всіма видами засобів масової інформації культу насильства, глузу над особистістю, аморалізму тощо. Сучасні мас-медіа нерідко демонструють приклади виняткової жорстокості, зображують ватажків злочинних зграй героями сучасності, а злочинний спосіб життя наділяють ореолом романтизму. Безумовно, така діяльність засобів масової інформації сприяє створенню атмосфери страху, незахищеності буття пересічних громадян. Між тим приклади насильницького суперменства беруться значними групами населення за взірці лінії поведінки при конфліктних ситуаціях неформального характеру.

Чільне місце у системі факторів, що детермінують грабежі, посідають *організаційно-управлінські* протиріччя. Йдеться про вагомий прорахунок при формуванні національної політики щодо сімейно-побутової сфери. За весь період розбудови України як суверенної держави згадана сфера суспільства була кинутою на призволяще.

Висновок

Ми розглянули основні причини й умови грабежів, що вчиняються в Україні. Пере-

лічені та деякі інші негативні явища та процеси заважають соціальній консолідації українського суспільства. Розглянуту у статті систему факторів на рівні суспільства в цілому слід розцінювати як загальносоціальний конфлікт, що виникає із суспільних протиріч. Витоки цього конфлікту лежать у загально-суспільній соціальній напрузі серед значної частини населення. Передумовами такої напруги виступає стійка, тривалий час не розв'язана ситуація невідповідності між потребами, інтересами та соціальними очікуваннями значної частини населення і можливостями їх фактичного задоволення. Проте безпосередні причини вчинення грабежів криються у морально-психологічних і психофізіологічних деформаціях особи злочинця, що є основою криміногенних міжособистісних конфліктів (протиріч). Безумовно, викладене не вичерпує порушеної проблеми, але особливості детермінації грабежів в цілому розкриває.

Список використаних джерел

1. Гернет М. Общественные причины преступности: Социалистическое направление в науке уголовного права. – М., 1906. – 210 с.
2. Кримінологія: Тексти XIX – початку XX вв. (історія соціології преступності): В 4 т. – Х., 2009. – Т. 1. – 432 с.
3. Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность. – М., 1969. – 232 с.
4. Аванесов Г. А. Преступность и социальные сословия: Кримінологические рассуждения. – М., 2010. – 79 с.
5. Закалюк А. Поняття злочинності: предметна сутність // Юридична Україна. – 2004. – № 4. – С. 43–49.
6. Голина В. В. Преступность: многообразие понятий и предметная сущность явления // Проблемы законности. – Х., 2009. – Вип. 100. – С. 324–336.
7. Дрьомін В. М. Злочинність як соціальна практика: інституціональна теорія криміналізації суспільства. – О., 2009. – 616 с.
8. Даньшин И. Н. Введение в кримінологическую науку. – Х., 1998. – 206 с.
9. Кузнецова Н. Ф. Проблемы кримінологической детерминации / Под ред. В. Н. Кудрявцева. – М., 1984. – 208 с.
10. Зелинский А. Ф. Кримінология. – Х., 1996. – 260 с.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014.

The article deals with the causes and conditions of robberies in Ukraine, in particular: cost-social, moral, psychological, cultural, educational, organizational, managerial, everyday family and others.

В статтє раскрываются причины и условия грабежей в Украине, в частности: экономическо-социальные, морально-психологические, культурно-воспитательные, организационно-управленческие, семейно-бытовые и другие.



УДК 343.2

Лариса Лисак,*здобувачка кафедри кримінології
та кримінально-виконавчого права
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого,
м. Харків*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПОНЯТТЯ ПОКАРАНЬ БЕЗ ІЗОЛЯЦІЇ ОСОБИ

У статті розглянуто питання понятійного апарату покарань без ізоляції особи, проаналізовано співвідношення категорій «засоби альтернативні тюремному ув'язненню» та «покарання альтернативні позбавленню волі», охарактеризовано поняття «ізоляція особи» та запропонована класифікація системи покарань, визначеної у ст. 50 КК України, за ознакою віднесення основних структурних елементів ізоляції.

Ключові слова: покарання без ізоляції, ізоляція, засоби альтернативні тюремному ув'язненню, альтернативні покарання, ізоляція від суспільства, ізоляція особи.

Із проголошенням незалежності України й євроінтеграційних намірів змінились орієнтири і методологічні підходи до розуміння особистості, її ролі та призначення в суспільстві, реалізації прав, свобод, законних інтересів, що, у свою чергу, висуває на новий рівень застосування покарань без ізоляції від суспільства як одного з напрямів гуманізації діяльності органів і установ виконання покарань.

Метою цієї статті є визначення поняття «покарання без ізоляції особи», аналіз класифікаційних ознак.

Заслугує на увагу застосування науковцями до покарань без ізоляції особи таких узагальнюючих категорій, як «покарання, альтернативні позбавленню волі», «покарання без ізоляції від суспільства», «заходи, не пов'язані з тюремним ув'язненням», «альтернативи тюремному ув'язненню». На перший погляд, застосування подібних дефініцій не викликає труднощів, але при детальному розгляді виникають питання, при вирішенні яких визначеність цих категорій та їх понятійного апарату сприятиме більш повній реалізації принципу законності, що певним чином зумовить зменшення правозастосовних помилок.

Розглянемо такі категорії, як «покарання, альтернативні позбавленню волі» та «заходи, альтернативні тюремному ув'язненню». Перш за все, необхідно порівняти поняття «покарання» та «заходи». Як правило, поняття «заходи, альтернативні тюремному ув'язненню» характерні міжнародно-правовим документам (наприклад, Мінімальні стандартні правила ООН стосовно засобів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням; Токійські пра-

вила від 14.12.1990 р.). Згідно з цими правилами, до заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням, відносять: усні санкції (зауваження, осуд та попередження); умовне звільнення від відповідальності; поразка у громадянських правах; економічні санкції та грошові покарання (разові штрафи та поденні штрафи); конфіскація або постанова про позбавлення права власності на майно; повернення майна потерпілому або постанова про компенсацію; умовне звільнення з ув'язнення та судовий нагляд; постанова про виконання суспільно-корисних робіт; направлення до виправної установи з обов'язковою щоденною присутністю; домашній арешт; будь-яке інше поводження, не пов'язане з позбавленням волі або будь-яке поєднання перелічених засобів. З даного переліку видно, що до змісту поняття «заходи, альтернативні тюремному ув'язненню» входять не лише покарання, а й інші види державного та громадського впливу.

Що стосується поняття «покарання», то згідно із ст. 50 Кримінального кодексу (далі – КК) України покарання визначається як захід примусу, що застосовується від імені держави за вироком суду. Такий підхід простежується і в російському законодавстві (так ч. 2. ст. 2 КК Російської Федерації визначає види покарань та інші заходи кримінально-правового характеру).

Таким чином, такі категорії, як «покарання» та «заходи» співвідносяться як «частина» та «ціле», тобто «покарання» – це завжди «захід», але «захід» не завжди виступає як «покарання». Правова категорія «заходи, не пов'язані з тюремним ув'язненням» ширше за поняття «покарання, альтернативні тюремному ув'язненню».

Якщо розглядати дефініцію «покарання, альтернативні тюремному ув'язненню» або «альтернативи тюремному ув'язненню», то виникає питання: у чому саме полягає ця альтернатива? В науковій літературі є різні думки щодо застосування до групи покарань, що розглядаються, терміна «альтернатива». Заслугує на увагу позиція О. Ткачової, яка вважає, що категорія «альтернатива позбавленню волі» може використовуватися принаймні у двох значеннях і мати широке та вузьке трактування. У широкому розумінні до альтернатив відносить всі види відповідної реакції на діяння, заборонені кримінальним законом і не пов'язані з позбавленням волі. Альтернативи – це покарання, що містяться в санкції кримінально-правової норми та можуть бути застосовані замість позбавлення волі [1, с. 7–8]. Цій точці зору відповідає й тлумачення семантичних джерел, відповідно до яких, слово «альтернатива» походить від латинського *alter* – один із двох. У вузькому розумінні, альтернативами позбавлення волі О. Ткачова вважає обмежене коло покарань, що передбачає залишення засудженому якнайбільшого обсягу його прав і свобод та, насамперед, відсутність ізоляції від суспільства [1, с. 7–8]. Саме відсутність ознак ізоляції дає змогу віднести ці покарання до однієї групи.

Легальне визначення поняття «покарання без ізоляції від суспільства» на сьогодні відсутнє. Тому об'єднання кримінальних покарань в одну групу за наявності класифікаційної ознаки ізоляції має певною мірою довільний характер. Через відсутність чітких критеріїв віднесення того чи іншого виду покарань до цієї групи спробуємо виділити найбільш характерні ознаки та порівняти їх із основними ознаками ізоляції.

Однією з фундаментальних праць із питань ізоляції особи є напрацювання, запропоновані Н. Бессараб, яка виділяє такі основні ознаки, вузлові структурні елементи поняття ізоляції як правової категорії, які включають в себе обмеження на: вільне фізичне пересування; вибір місця проживання; вибір виду та роду життєдіяльності; вибір особистого (індивідуального) та суспільно-політичного способу життя.

Принциповим є положення про те, що в юридичному значенні особистість буде ізольованою лише тоді, коли на неї впливають сукупно всі перелічені вузлові елементи ізоляції. Дія лише одного або навіть кількох елементів означає лише початок процесу ізоляції, тобто її певний ступінь (Н. Бессараб виділяє такі її види: квазіізоляція; предізоляція; стандартна ізоляція; супер ізоляція; постізоляція) [2, с. 48].

Аналізуючи систему покарань, наведену у ст. 51 КК України, крізь призму ізоляції як класифікаційної ознаки, на нашу думку, більш детально слід розглянути віднесення деякими вченими до даної групи покарань покарання у виді обмеження волі, оскільки в науковій літературі не одностайно висловлюється позиція стосовно цього питання. Влучним, ми вважаємо, зауваження О. Лисодеда, згідно з яким обмеження волі та позбавлення волі є спорідненими видами кримінальних покарань. Обмеження волі, як і позбавлення волі, відносяться до покарань, пов'язаних із виправним впливом на засудженого і полягає в триманні засудженого у кримінально-виконавчих установах. При позбавленні волі – це кримінально-виконавчі установи закритого типу (виправні колонії); при обмеженні волі – це кримінально-виконавчі установи відкритого типу (виправні центри). Проте й у виправних центрах здійснюється: психологічний і виховний вплив на засуджених; нагляд за ними, який полягає в цілодобовому та постійному контролі за їх поведінкою, що тягне обмеження особистих прав, свобод і потреб засуджених; покладення на них певного тягаря, пов'язаного із змушеною необхідністю дотримуватися режиму, що існує у виправному центрі; залучення засудженого до обмеження волі до праці [3, с. 159].

Запропонованій точці зору суперечать положення ст. 61 КК України, згідно з якою обмеження волі полягає у триманні засудженого у кримінально-виконавчих установах відкритого типу без ізоляції від суспільства. Певні сумніви виникають при аналізі даної норми та чинного законодавства про порядок і умови відбування покарання у виді обмеження волі. Якщо розглядати це питання з позиції структурних елементів ізоляції, запропонованих Н. Бессараб, то при аналізі чинного законодавства більшість із них характерні для даного покарання. Така ознака ізоляції, як вибір місця проживання, законодавчо регулюється ст. 56 Кримінального виконавчого кодексу (далі – КВК) України де зазначено, що засуджені до покарання у виді обмеження волі відбувають покарання у виправних центрах. КВК України регулює питання пересування засудженого; відповідно до ч. 4 ст. 59 цього Кодексу засуджені мають постійно знаходитись у межах виправного центру під наглядом, залишати його межі лише за спеціальним дозволом адміністрації. Іншими словами, не зважаючи на положення, наведені у ст. 61 КК України, порядок та умови відбування покарання у виді обмеження волі не виключають елементів ізоляції.

Термін «ізоляція від суспільства» заслуговує також на певне уточнення. Слушною вважаємо позицію Н. Бессараб, згідно з якою

ізоляція тягне комплекс правових обмежень для особи, яка піддається ізоляції, та перериває (обмежує) соціальні зв'язки цієї особи з раніше оточуючим мікросередовищем при збереженні загальних соціальних зв'язків із макросередовищем. Тому застосування терміна «ізоляція особистості» є більш доречне, ніж використання терміна «ізоляція від суспільства». Це пов'язано з обов'язком держави забезпечити ресоціалізацію тимчасово ізольованої особи [2]. Наведена позиція відповідає положенням ч. 3 ст. 63 Конституції України, згідно з якою засуджений користується всіма правами людини та громадянина, за винятком обмежень, визначених законом і встановлених вироком суду.

Висновки

До групи покарань, які класифікуються за відсутності ознак ізоляції, належать такі види покарань, визначені у ст. 51 КК України, як:

штраф, позбавлення військового, спеціального звання, рангу, чину або кваліфікаційного класу; позбавлення права обіймати певні посади або займатися певною діяльністю; громадські роботи; виправні роботи; службові обмеження для військовослужбовців; конфіскація майна. В науковій літературі вживається багато синонімічних (на перший погляд) термінів, але їх змістовне наповнення різне, найбільш повно, на нашу думку, цю групу покарань можна охарактеризувати терміном «покарання без ізоляції особи».

Список використаних джерел

1. Ткачова О. В. Виконання покарань у виді виправних і громадських робіт. – Х., 2010. – 187 с.
2. Бессараб Н. Р. Изоляция личности как правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2005.
3. Лисодєд О. В. Питання виконання покарання у виді обмеження волі // Проблеми законності. – Х., 2007. – Вип. 88. – С. 155–162.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article deals with the punishment without isolating individuals concept matters. It gives a detailed analysis of correlation between such categories as «alternative means of imprisonment» and «punishment alternative to imprisonment». It defines what an «isolation of an individual» concept is and proposes classification of the penalties system, determined in the Article 50 of the Criminal Code of Ukraine, on the basis of the absence of isolation major structural elements.

В статье рассмотрены вопросы понятийного аппарата наказаний без изоляции личности, проанализировано соотношение категорий «средства альтернативные тюремному заключению» и «наказания альтернативные лишению свободы», охарактеризовано понятие «изоляция личности» и предложена классификация системы наказаний, определенной в ст. 50 УК Украины, по признаку отсутствия основных структурных элементов изоляции.



УДК 347.51

Ірина Козак,*помічник судді управління забезпечення діяльності
Судової палати у кримінальних справах
Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ*

ПРОБЛЕМИ ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ ФІЗИЧНІЙ ОСОБІ, ЯКА ПОТЕРПІЛА ВІД КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ

У статті розглядаються теоретичні питання реалізації права потерпілого на відшкодування завданої шкоди від кримінального правопорушення в Україні.

Ключові слова: відшкодування, шкода, забезпечення права, права потерпілого.

Забезпечення прав фізичних осіб, які потерпіли від кримінального правопорушення, має важливе науково-теоретичне і практичне значення для захисту їх прав та інтересів. Стаття 1177 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України передбачає, що шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується державною у випадках і порядку, передбачених законом. Проблема застосування цієї норми є відсутність належного аналізу практики її реалізації, недостатнє теоретичне розроблення цього інституту, відсутність закону, який би повною мірою визначав порядок і умови відшкодування шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення. На сьогодні цивільним законодавством лише передбачено проект такого закону.

Важливість проблеми, що розглядається, привертала увагу науковців з позицій як загальної теорії права, так і галузевих наук. Їй присвячені публікації С. Алексєєва, Д. Бобрової, О. Дзери, Ю. Заїки, О. Красавчикова, Т. Ківалової, Н. Кузнецової, О. Лов'яка, Л. Отраднової, Р. Стефанчука, Р. Майданика, Г. Матвєєва, Є. Харитонова, Я. Шевченко та ін.

Метою цієї статті є з'ясування особливостей захисту прав потерпілих від кримінального правопорушення, яким була завдана шкода, та надання пропозицій із удосконалення чинного законодавства.

Досвід відшкодування потерпілому завданих злочином збитків за рахунок держави досить поширений у світі, зокрема у Нідерландах, США, Великобританії, Канаді, ФРН, Нідерландах, Франції, Австрії, Польщі, де побудовані доволі досконалі системи державного захисту осіб, постраждалих від злочинів. Значна увага цьому питанню приділя-

ється і в міжнародно-правових документах Ради Європи, ООН. У Європейській конвенції «Про відшкодування збитків жертвам насильницьких злочинів» від 24.11.1983 р. (м. Страсбург), зокрема, вказувалося на необхідність розгляду становища жертв умисних насильницьких злочинів, які постраждали від замахів на їх фізичний стан або здоров'я, а також осіб, які перебували на утриманні загиблих унаслідок злочину; запровадження системи відшкодування державою шкоди потерпілому на тій території, де були вчинені злочини, перш за все у випадках, коли злочинець невідомий або не має коштів на відшкодування завданих злочином збитків. Відповідно до ст. 2 цієї Конвенції держава має взяти на себе відшкодування збитків для осіб, яким унаслідок умисних насильницьких злочинів завдана значна шкода фізичному стану або здоров'ю, та для тих, хто перебував на утриманні загиблих унаслідок злочину, якщо це не може бути забезпечене з інших джерел. Відшкодування збитків здійснюється також у випадку, якщо злочинець не може бути підданий судовому переслідуванню або покаранню.

Оскільки Україна приєдналася до цієї Конвенції, то надзвичайно актуальною для держави стає проблема відшкодування збитків потерпілим від злочину особам, якщо їх не можна забезпечити з інших джерел, тобто за рахунок обвинуваченого (підсудного). В Україні зроблені спроби врегулювати це питання на законодавчому рівні. Так, згідно з постановою Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства, яким передбачені права потерпілих від злочинів» від 02.07.2004 р. не можуть бути визнані потерпілими особи, які постраждали від злочину, вчиненого ними ж; оскільки закон не пов'язує позбавлення особи ста-

тусу потерпілого з неспроможністю її поведінки, суди мають визнавати особу потерпілою й у випадках, коли вчинення щодо неї злочину спровоковано її діями. При цьому неспроможність поведінки потерпілого може бути врахована при кваліфікації дій підсудного або призначенні йому покарання.

Конституція України гарантує кожному право на судовий захист від протиправних посягань на честь і гідність, життя, здоров'я, особисту свободу та майно (ст. 55). Кожна особа, яка потерпіла від злочину, має право звернутися до суду з позовом до порушника її прав про відшкодування завданої шкоди. Про шкоду, завдану злочином, може йтися лише тоді, коли по справі винесено обвинувальний вирок суду, який набрав законної сили.

Відповідно до ч. 1 ст. 1177 ЦК України (в редакції від 16.01.2003 р.) шкода, завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, відшкодовувалася державою, якщо не встановлена особа, яка вчинила злочин, або якщо вона є неплатоспроможною. Проте у ч. 2 цієї статті зазначалося, що умови та порядок відшкодування майнової шкоди, завданої майну фізичної особи, яка потерпіла від злочину, встановлюються законом.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо приведення законодавства у відповідність з Кримінальним процесуальним кодексом України» від 16.05.2013 р. ст. 1177 ЦК України викладена у такій редакції: шкода, завдана фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, відшкодовується відповідно до закону (ч. 1); шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках і порядку, передбачених законом (ч. 2).

Порівняльний аналіз наведених двох законодавчих конструкцій дає підстави вважати наявність у них як спільних ознак, так і розбіжностей, встановлення яких може сприяти ефективному та всебічному з'ясуванню порядку (компенсації) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, та його правової природи.

Як вбачається із змісту згаданої норми, відшкодуванню підлягає завдана шкода; шкода має бути завдана внаслідок кримінального правопорушення; потерпілим за нормами цієї статті може бути лише фізична особа. Шкода, завдана майну юридичної особи внаслідок злочину, відшкодовується на загальних підставах; шкода відшкодовується за рахунок Державного бюджету України; випадки та порядок такого відшкодування, передбачені законом.

У Кримінальному процесуальному кодексі (далі – КПК) України у главі 9 закріплено

інститут відшкодування (компенсації) шкоди у кримінальному провадженні, цивільний позов. Так, у статтях 127 та 130 цього Кодексу визначено два види шкоди, які підлягають відшкодуванню (компенсації), а саме: відшкодування (компенсація) шкоди потерпілому та відшкодування (компенсація) шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю правоохоронних органів або суду. Разом із тим із набранням чинності КПК України на законодавчому рівні поняття «кримінальне правопорушення» та «злочин» не розмежовано, що дає підстави розглядати ці категорії як тотожні. Слід зазначити, що подібних норм ЦК Російської Федерації (далі – РФ) не містить. Шкода, завдана злочинними діями фізичних осіб, відшкодовується на підставі пунктів 1, 2 ст. 1064 ЦК РФ шляхом подачі цивільного позову до суду. Однак що стосується виникнення у держави обов'язку з відшкодування шкоди, то він покладається на казначейство РФ, якщо шкода заподіяна державними органами, органами місцевого самоврядування й їх посадовими особами, шкода спричинена органами дізнання, досудового слідства, прокуратури й суду незалежно від вини цих органів (статті 336–338 ЦК).

ЦК Польщі також не містить аналогічної норми. Відповідальність за відшкодування шкоди державою ЦК Польщі покладає на Міністерство фінансів, якщо шкода була заподіяна державним службовцем при виконанні ним своїх обов'язків, крім випадків, коли така відповідальність регулюється окремими нормативними актами (статті 356–358) [1].

Відшкодування майнової шкоди необхідно відмежовувати відшкодування збитків, що прямо передбачено ст. 22 ЦК України. Але зміст цієї статті дає підстави вважати, що збитки є лише складовою частиною більш широкого поняття «шкода». У ЦК під збитками завжди розуміється грошове вираження майнової шкоди, завданої порушенням цивільному майновому благу або інтересу. Якщо ж шкода завдана немайновому благу (чесі, гідності, діловій репутації фізичної особи тощо – глави 20, 21, 22, 80, 81, 82, 83 ЦК), то законодавець закріплює право потерпілої особи на відшкодування шкоди, а не збитків. Однак законодавець не завжди дотримується таких критеріїв у розмежуванні збитків і шкоди. Власне така непослідовність закладена у ст. 22 ЦК, згідно з ч. 4 якої присудження обов'язку полатити річ є способом відшкодування шкоди, а не збитків [2, с. 48].

Перш як розглядати види шкоди, що підлягають відшкодуванню, їх забезпечення, порядок відновлення прав потерпілого, порушених унаслідок вчинення кримінального правопорушення, слід з'ясувати зміст поняття

«шкода», яке не має єдиного законодавчого визначення. Відсутність визначення поняття «шкода» й її різновидів на законодавчому рівні є суттєвим недоліком чинного КПК України. Проте в юридичній літературі під шкодою розуміють зменшення або втрату (загибель) певного особистого чи майнового блага [3, с. 10–11]; майнова шкода визначається як сукупність негативних змін у майновій сфері фізичної чи юридичної особи, що об'єктивно відбулися внаслідок вчинення злочину та розглядаються, як правило, тільки як втрата, привласнення, знищення або пошкодження майна. Майнова шкода відрізняється від інших видів шкоди (фізичної та моральної) можливістю її точного встановлення і вираження в грошовому еквіваленті. Майнова шкода виникає не лише в результаті посягання на відносини власності [3, с. 11].

Загальновизнаним також є розуміння майнової шкоди як втрати, погіршення чи зниження цінності майна, витрат, необхідних для відновлення, придбання втраченого майна (пряма чи позитивна шкода). Хоча це питання є дискусійним, оскільки основний правоохоронний цивільно-правовий принцип повної вартісної компенсації (у натурі чи в грошовому еквіваленті), який реалізується у передбачених цивільним законом випадках, зберігає свою силу і для випадків завдання матеріальної шкоди різними деліктами, її відшкодування.

Слід зазначити, що юридично обґрунтованою є відмова розробників нового ЦК від введення в нормативний обіг такого поняття, як «позитивна шкода» («позитивні збитки»), широко використовуваного в цивілістичній літературі радянського періоду, адже будь-яка шкода, заподіяна особі, не може розглядатися позитивним явищем, а є негативним явищем у цивільних правовідносинах [4, с. 189].

Згідно із ст. 1166 ЦК України майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала. А відповідно до ст. 22 ЦК України збитки (якими цивільний закон вважає втрати, яких особа зазнала у зв'язку із знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або має зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки), доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода), відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому чи більшому розмірі. Відшкодування шкоди (збит-

ків) є однією з найбільш поширених форм цивільно-правової відповідальності [3, с. 11].

Таким чином, у контексті ст. 1177 ЦК України державою має відшкодовуватися лише майнова шкода (й упущена вигода як її складова частина), завдана майну фізичної особи внаслідок злочину, а моральна шкода не повинна відшкодовуватися [5, с. 900]. Отже, за винятком встановлених законом або договором випадків, завдана правопорушенням, у тому числі кримінальним, майнова шкода підлягає відшкодуванню в повному обсязі. При цьому фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, для реалізації права на відшкодування завданої їй шкоди потрібно, перш за все, знати про його наявність. Іншими словами, право потерпілого на відшкодування шкоди має бути роз'яснено йому на стадії досудового слідства. Тому з підстав, передбачених у ст. 1177 ЦК України, це право, повинно бути передбачене й у відповідній статті КПК України, де міститися перелік процесуальних прав потерпілого.

Заслужують також на увагу застосовані законодавцем терміни «відшкодування» та «компенсація». За етимологічним значенням відшкодування – це те, що повертається за завдану шкоду, витрати, а компенсація – відшкодування, зрівноваження, винагороду за щонебудь, а також сума, яку сплачують як відшкодування, винагороду, покриття витрат, утрат [6]. Разом із тим із змісту ст. 1177 ЦК України вбачається, що зазначені поняття законодавець розглядає як однакові.

Як і при відшкодуванні будь-якої шкоди, основною складністю у відшкодуванні шкоди фізичній особі, яка потерпіла від злочину, є доказування факту її спричинення й обґрунтованість розміру відшкодування такої шкоди.

Відшкодування (компенсація) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення (злочину), має декілька аспектів. Як вбачається із змісту положень ЦК України про відшкодування шкоди, зокрема статей 1177, 1207 та інших, можна визначити такі умови відшкодування державою шкоди, завданої фізичній особі злочином: наявність шкоди; протиправна поведінка – злочин; наявність причинного зв'язку між злочином і шкодою, що настала, тобто шкода завдана внаслідок вчинення злочину; потерпілим є фізична особа; не встановлена особа, яка вчинила злочин, або вона є неплатоспроможною. При цьому, дві останні умови є спеціальними, специфічними, що не характерні для інших видів деліктних зобов'язань.

Важливим у ході відшкодування шкоди є також з'ясування питання про те, хто може бути визнаний відповідно до законодавства особою, яка потерпіла від злочину (кримі-

нального правопорушення) і має право на відшкодування.

Другий аспект питання, порушеного у цій статті, стосується того, яку саме шкоду має намір відшкодувати фізична особа, потерпіла від кримінального правопорушення, – моральну та/чи матеріальну. Залежно від об'єкта правопорушення розрізняють майнову або немайнову (моральну) шкоду [3, с. 10–11].

Що стосується особливостей відшкодування матеріальної шкоди особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, то, за загальним правилом, шкода, завдана особі, в тому числі внаслідок злочину (кримінального правопорушення), відшкодовується особою, яка спричинила цю шкоду. Натомість ст. 1177 ЦК встановлює виняток із загального правила, відповідно до якого майнова шкода, завдана фізичній особі, може бути відшкодована державою.

Спеціальні правила ЦК встановлює для випадків, коли особа, яка вчинила злочин, невідома або є неплатоспроможною. Для захисту прав потерпілого відповідно до положень статей 1177 та 1207 ЦК завдана шкода має бути відшкодована державою.

Отже, законодавство надає додаткові гарантії особам, яким завдана майнова шкода або шкода каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я, смертю внаслідок злочину. Потерпілий або особи, які мають право на відшкодування шкоди, завданої смертю потерпілого (ст. 1200 ЦК), вправі отримати відшкодування шкоди від держави за наявності таких умов:

- якщо шкода завдана внаслідок злочину, але не встановлена особа, яка вчинила злочин. Разом із тим це положення є дещо суперечливим, оскільки ст. 11 Кримінального кодексу (далі – КК) України визначає злочин як передбачене цим Кодексом суспільно небезпечне винне діяння (дія або бездіяльність), вчинене суб'єктом злочину. Отже, суб'єкт злочину є необхідним елементом його складу і вести мову про злочин без суб'єкта не можна. Таким чином, у випадку невстановлення особи – суб'єкта, можна вести мову скоріше про протиправне діяння, яке містить ознаки злочину;

- якщо особа, яка вчинила злочин, є неплатоспроможною;

- якщо шкода завдана фізичній особі.

Іншими словами, шкода, завдана юридичній особі внаслідок злочину, не підлягає відшкодуванню державою.

Положення статей 1177 та 1207 ЦК є бланкетними, оскільки відсилають до спеціального законодавства для визначення умов і порядку відшкодування державою шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок злочину, тобто відшкодування такої шкоди

здійснюється за рахунок коштів державного бюджету. Проте відповідного закону в Україні поки що не прийнято, у зв'язку з чим відшкодування майнової шкоди має здійснюватися у порядку виконання державою рішень суду.

У подальшому у випадку виявлення особи, яка вчинила злочин, або набуття нею платоспроможності держава може звернутися до неї з регресними вимогами на підставі норм ст. 1191 ЦК України.

Аналіз різних визначень поняття «шкода» свідчить, що це об'єктивна категорія, заснована на праві та моралі, яка представляє зміни у майновому, фізичному, психічному, моральному стані особи внаслідок вчинення злочину [5, с. 899–900].

До завдання шкоди потерпілим і заподіювач шкоди перебувають в абсолютних цивільних правовідносинах, змістом яких є абсолютне суб'єктивне право й абсолютний суб'єктивний обов'язок [3, с. 15]. Шкода, завдана кримінальним правопорушенням, і шкода, що є підставою для визнання особи потерпілим, має об'єктивний характер і тому відноситься до об'єктивної сторони складу злочину. Її об'єктивний характер виявляється і в тому, що шкода, заподіяна певній особі, існує незалежно від будь-кого, у тому числі думки цієї особи.

Концепція ст. 1177 ЦК України виходить із необхідності поступового розширення гарантій держави щодо забезпечення прав громадян, які потерпіли від кримінального правопорушення. Насамперед, мають бути захищені права потерпілих у випадках, коли правоохоронні органи держави впродовж тривалого часу неспроможні забезпечити розкриття злочину та притягти винних до відповідальності, у тому числі коли провадження зупинено, відсутні відповідні кошти у винного. У такому випадку потерпілі на невизначений час позбавляються можливості відшкодувати завдану їм шкоду за рахунок вказаних осіб.

Оскільки відшкодування (компенсація) шкоди фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, здійснюється відповідно до закону, а шкода, завдана потерпілому внаслідок кримінального правопорушення, компенсується йому за рахунок Державного бюджету України у випадках та порядку, передбачених законом, а умови та порядок відшкодування шкоди встановлюються законом, який до цього часу не прийнято, то відшкодування майнової шкоди має здійснюватися у порядку виконання державою рішень суду. Лише у випадку виявлення особи, яка вчинила злочин, або набуття нею платоспроможності держава може звернутися до неї із регресними вимогами. Тому сьогодні важливим питанням залишається не-

обхідність законодавчого закріплення дієвого механізму відшкодування шкоди потерпілим від кримінального правопорушення, а саме – прийняття Верховною Радою України закону, який визначить порядок, умови та розміри компенсаційних виплат, а також забезпечить можливість реалізувати право на таке відшкодування.

У зв'язку з викладеним актуальною залишається ідея створення в Україні спеціального органу, який розглядатиме питання відшкодування державою шкоди, завданої кримінальним правопорушенням. Цим органом має бути некомерційна самоврядна організація, що діятиме на підставі статуту, який затверджуватиметься її правлінням – Фондом осіб, потерпілих від кримінальних правопорушень або іншої державної організації з правами юридичної особи, спеціальна правоздатність якої має бути зумовлена цільовим характером її діяльності, пов'язаним з відновленням прав і законних інтересів потерпілих від злочинів шляхом забезпечення повного відшкодування шкоди від імені неспроможного боржника, але за рахунок фонду на принципах поворотності, оплатності та строкowości. Дієздатність такого фонду слід визначати з урахуванням наявності його органів, зокрема наглядової ради, правління та голови фонду. Для забезпечення фінансового контролю необхідно створити ревізійну комісію. Робочими органами Фонду мають бути управління в областях, місті Києві, відділення в районах і містах обласного значення. При цьому слід законодавчо закріпити функції Фонду та визначити принципи його діяльності. Зазначений орган повинен бути підзвітний і підконтрольний Міністерству соціальної політики.

Стаття надійшла до редакції 25.11.2014 р.

The theoretical questions of realization of right for a victim are examined on the compensation of the caused harm from criminal offence in Ukraine.

В статье рассматриваются теоретические вопросы реализации права потерпевшего на возмещение причиненного вреда от уголовного правонарушения в Украине.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що держава взявши на себе обов'язок відшкодувати шкоду фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, повинна для реалізації цього права розробити відповідний механізм реалізації законодавчих положень, що знайшов би своє закріплення у спеціальному законі, який компенсує прогалину у законодавстві й унеможливить небажані колізії. Цей механізм повинен включити в себе систему правових принципів, підстав, суб'єктів, способів відшкодування шкоди, а також видів захисту, за допомогою чого можна буде реалізувати закон і забезпечити реалізацію права на відшкодування завданої шкоди.

Гарантіями ефективності механізму відшкодування завданої шкоди має стати державне забезпечення відновлення порушених кримінальним правопорушенням прав.

Список використаних джерел

1. *Kodeks Cywilny*. – Bielsko-Biała Studio, 1999. – 253 с.
2. *Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 2 т. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця*. – К., 2013. – Т. 1. – 832 с.
3. *Бойко М. Д.* Відшкодування шкоди: правовий аспект. – К., 2007. – 328 с.
4. *Цивільне право України: Загальна частина / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка*. – К., 2014. – 976 с.
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. *Плачков Д. Ф.* Відшкодування шкоди фізичній особі, що потерпіла від злочину, за цивільним законодавством: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2008. – 19 с.

