

12
2014 (228)

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:

ХАВРОНЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

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

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Володимир Літкан

Рада національної безпеки України – державний орган
стратегічної комунікації

3

ТРУДОВЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук

Юридична техніка як запобіжник деформації
охорони трудових прав у період нової кодифікації

8

Наталія Мокрицька

Особливості реалізації права на працю засудженими
до позбавлення волі

13

Ірина Новосельська

Теоретико-правові питання визначення основних
відмінностей загальної та спеціальної дисциплінарної
відповідальності

16

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Валерія Радзівілюк

Правове регулювання досудових процедур і заходів запобігання
банкрутству (неспроможності) у радянському періоді

23

Віталій Пашков

Господарсько-правове забезпечення конкурентоспроможності
фармацевтичної продукції

27

Інна Євміна

Поняття «недійсність правочину» у сфері
господарювання

32

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Катерина Терещенко

Порівняльний аналіз норм господарського та
цивільного законодавства щодо визнання договорів
недійсними

36

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Юлія Максименко

Інформаційне суспільство в Україні: стан і перспективи
становлення

40

Олена Шенета

Удосконалення нормативно-правового регулювання захисту
інформації у системах електронних платежів в Україні

43

Валерій Політило

Плюралізм наукових підходів до визначення поняття
«податкова інформація»

46

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

Зорина Перошук	До питання про суб'єктів бюджетних правовідносин	50
Ірина Грабар	Нормативно-правовий аналіз змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність», що набирають чинності з 10 січня 2015 року	53
Аліна Пащун	Шляхи вдосконалення публічного контролю у сфері надкористування	58
Наталія Майданевич	Правовий статус суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері електроенергетики	61
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО.		
Ольга Медвецька	Проблеми імплементації актів міжнародного й європейського законодавства про корупційні злочини	66
КРИМІНАЛІСТИКА. КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС		
Василь Топчій	Місце і роль штабу у виявленні та розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи	72
Світлана Савицька	Особливості затримання адвоката та застосування до нього запобіжного заходу	77
Євгеній Смирнов	Статус захисника як суб'єкта доказування у кримінальному судочинстві	82
Каріна Завгородня	Застосування практики Європейського суду з прав людини стороною захисту на стадії досудового розслідування	86
МІЖНАРОДНЕ ПРАВО		
Олександр Береза	Морська безпека України: організаційно-правові засади (частина I)	90

Співзасновники:

Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
ім. академіка Ф. Г. Бурчака
Національної Академії правових наук України,
ТОВ «Гарантія»

Видавець: ТОВ «Гарантія»

Свідоцтво 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 342.1

Володимир Ліпкан,*д-р юрид. наук, доцент,
Голова наглядової ради
Глобальної організації союзницького лідерства*

РАДА НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ – ДЕРЖАВНИЙ ОРГАН СТРАТЕГІЧНОЇ КОМУНІКАЦІЇ

У статті розглядаються проблемні питання правового статусу Ради національної безпеки України у сфері реалізації державної безпекової політики.

Ключові слова: національна безпека, правовий статус, компетенція, Рада національної безпеки й оборони України, координація, взаємодія, система контролю, загроза, національні інтереси.

За умов ведення проти України ефективної гібридної війни діяльність Ради національної безпеки й оборони України (далі – РНБОУ) характеризується такими параметрами:

- нездатність до реальної координації дій органів виконавчої влади у сфері національної безпеки;
- відсутність механізмів формування та реалізації державної інформаційної політики та як наслідок – нездатність здійснювати координацію органів виконавчої влади у даній сфері;
- концептуальна анемія щодо вироблення нових смислів та образів у сфері національної безпеки;
- нерозроблена методологія наративу щодо висвітлення подій;
- неалгоритмічна та позаконтекстуальна деталізація непотрібних елементів антитерористичної операції (далі – АТО);
- бездарне розпорядження значним інформаційним ресурсом, яким володіє РНБОУ;
- відсутність дієвих правових важелів впливу на суб'єктів реалізації державної безпекової політики;
- неузгоджена діяльність із іншими суб'єктами інформаційних відносин, що призводить до значного рівня інформаційного дисбалансу й інформаційного шуму;
- помилковий підхід до формування Інформаційно-аналітичного центру.

Вказані тенденції не вичерпні, але достатні для висновку про необхідність зміни правового статусу органу, що розглядається, зміни його організаційної структури, у тому чис-

лі ролі в формуванні, реалізації та контролі за реалізацією безпекової політики держави. Надані аргументи зумовлюють актуальність теми дослідження.

Рівень наукового розроблення теми, що розглядається, низький. Окремі дослідники звертають увагу на діяльність РНБОУ, натомість за 23 роки його правовий статус не досліджено повно [1], не проаналізовані специфічні форми та методи контролю. Лише В. Кобринський на підставі аналізу функції контролю, яку реалізує РНБОУ, запропонував та науково обґрунтував необхідність введення в науковий обіг нового виду контролю – безпекового контролю [2].

Актуальність статті полягає у практичній відсутності галузевих розвідок щодо визначення Ради національної безпеки (далі – РНБ) як органу стратегічної комунікації у сфері національної безпеки України.

Мета цієї статті – визначити засади формування РНБ як державного органу стратегічної комунікації у сфері національної безпеки.

Чітке визначення правового статусу РНБ відповідно до сучасних реалій і безпекового середовища є необхідним для формування його як органу стратегічної комунікації у сфері національної безпеки, що сприятиме підвищенню ефективності функціонування системи національної безпеки України.

Нині РНБОУ координує та контролює діяльність органів виконавчої влади у сфері

національної безпеки й оборони. Структурно-функціональний аналіз функцій РНБ України дозволяє стверджувати, що навіть гіпотетична можливість припущення втручання в систему органів виконавчої влади, незважаючи на те, що власне РНБ України не входить до жодної гілки влади і виступає лише консультативним органом при Президентові України, не створює умов для ефективної реалізації безпекової політики. Більше того, неефективність РНБ України саме в кризових ситуаціях, неналагодженість дій його складових і малоефективність під час війни, активізація алгоритмів дестабілізації різного рівня фактично поставила під сумнів доцільність існування цього органу в межах нинішнього правового статусу. Такий стан речей, з-поміж іншого, зумовлений тим, що РНБ України не виступає повноцінним суб'єктом безпекових відносин. Вона наділена певним обсягом прав, але не несе жодних обов'язків, передусім конкретної персональної відповідальності за невиконання конкретних положень державної безпекової політики, закріплених у рішеннях, що вводяться в дію указами Президента України.

У Конституції України (ст. 107), Законі України «Про Раду національної безпеки і оборони України» (ст. 4), а також Законі України «Про основи національної безпеки України» (ст. 9) визначені основні функції цього органу.

Відповідно до ст. 3 Закону «Про Раду національної безпеки і оборони України», *функціями* даного органу є:

- внесення пропозицій Президентові України щодо реалізації засад внутрішньої та зовнішньої політики у сфері національної безпеки й оборони;
- координація та здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони в мирний час;
- координація та здійснення контролю за діяльністю органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони в умовах воєнного або надзвичайного стану та при виникненні кризових ситуацій, що загрожують національній безпеці України.

Слід зазначити, що аналіз зазначених функцій свідчить: функції самі собою припускають втручання в систему органів виконавчої влади, хоча РНБ України фактично не входить до жодної гілки влади й є лише консультативним органом при Президентові України.

У Законі «Про Раду національної безпеки і оборони України» при визначенні компетенції РНБ України (ми вживатимемо цю

аббревіатуру, оскільки вважаємо саме таку назву правильною) у п. 2 ст. 4 доцільно зазначити про необхідність здійснення не лише контролю, а й, передусім, координації діяльності органів виконавчої влади у сфері національної безпеки й оборони. Адже завдання координації, передбачене у відповідних статтях, не завжди простежується у текстах відповідних статей цього правового акта.

Гібридні війни, кваліфікація міжнародної спільноти, недовіра міжнародних механізмів і систем колективної безпеки, а також чимало інших чинників та детермінант як зовнішнього, так і внутрішнього характеру, зумовлюють необхідність переосмислення ролі та місця РНБ України у формуванні, реалізації та контролі за реалізацією безпекової політики держави. Більше того, зважаючи на застосування принципів пріоритетності, а також таргетизації, необхідно виокремити не лише найбільш важливі сфери життєдіяльності, а й безпосередньо ті, що є найбільш пріоритетними на даному етапі історичного розвитку нашої держави. Для України найбільшим тягарем є корупція. Крім того, як зараз, так і після завершення війни на перше місце у сфері внутрішньої безпеки виходитиме громадська безпека та боротьба із злочинністю, яка матиме насильницький характер, характеризуватиметься організованими формами, залученням міжнародного елементу та застосуванням зброї. Тому доцільно розглянути питання про включення до компетенції РНБ України питань координації діяльності органів виконавчої влади у сферах боротьби з корупцією, забезпечення громадської безпеки та боротьби із злочинністю, у тому числі організованими її формами. Такий підхід дозволить зосередити вирішення даних існуючих проблем не в конкретному відомстві – МВС, а піднесе їх на загальнодержавний рівень; їх вирішення слугуватиме конструктивним містком для подальшого творення демократичної соціальної, правової та безпекової держави в Україні.

Натомість доцільно також у новій редакції Закону про РНБ України прописати відповідальність РНБ України за те чи інше рішення, реалізація якого спричинила створення загрози або небезпеки національній безпеці, чи взагалі завдала їй шкоди [3].

Роль РНБ має полягати у налагодженні системи стратегічної комунікації між різними органами державної влади, що реалізують власну компетенцію у сфері національної безпеки, а також в організації недержавного сектора національної безпеки, створенні умов для його співпраці з органами державної вла-

ди, формуванні власної системи у кібернетичному розумінні цього терміна.

Слід зазначити, що на це було спрямовано Указ Президента «Питання Апарату Ради національної безпеки і оборони України» від 16.06.2005 р. № 966/2005. І хоча 14.10.2005 р. Президент України підписав ще один Указ з однойменною назвою, в якому була затверджена нова структура Апарату РНБОУ, кардинально ситуацію він не змінив, а 15.04.2008 р. видано новий Указ Президента «Про внесення змін до Указу Президента України від 14 жовтня 2005 року № 1446», відповідно до якого замість першого заступника та п'ятьох заступників утворили посади двох перших заступників і сімох заступників.

На нашу думку, функції контролю РНБ України може виконувати ефективно лише за умови кардинального переосмислення її ролі не як консультативного та дорадчого органу, а як органу стратегічного управління національною безпекою, органу на який покладені завдання щодо організації та визначення порядку стратегічної взаємодії всіх суб'єктів національної безпеки. Сповідуючи синергетичний підхід, теорію динамічних систем, а також композитну стратегію протидії гібридним війнам, ми переконані у тому, що РНБ має залучати до орбіти свого управління і недержавний сектор, передусім неурядові громадські організації, інші інститути громадянського суспільства, які мають перетворитися із пасивних об'єктів на активних суб'єктів національної безпеки.

Позитивний досвід участі волонтерських організацій, добровольчих організацій, батальйонів територіальної оборони довів, що Український народ як автохтонний народ ґрунтується на традиціоналізмі, а тому залучення недержавних організацій є природним компонентом української безпекової політики. У такому аспекті потребують свого подальшого розроблення питання правового регулювання не лише волонтерських організацій, а й приватних військових корпорацій. Переконані, що це слід зробити на рівні окремого закону, в якому необхідно визначити порядок організації, функціонування та взаємодії таких корпорацій із державними органами, їх функції та місію в реалізації безпекової політики України.

Ґрунтуючись на управлінській системі координат, РНБОУ є органом стратегічного управління національною безпекою, тому функції контролю можуть бути сконцентровані в ньому лише за умови зміни статусу органу та його ролі в реалізації безпекової політики [4; 5]. Саме тут постає ще одна науко-

ва та практична проблема: здійснення контролю за діяльністю системи управління національною безпекою. Нині РНБ України здійснює контроль лише за органами виконавчої влади, тому органи законодавчої та судової влади щодо питань виконання ними функцій із забезпечення національної безпеки є по суті безконтрольними, хоча й виступають суб'єктами реалізації безпекової політики держави. За таких умов формується розбалансованість системи національної безпеки, яка фактично не має центрального та керівного органу управління, формування уніфікованих месиджей на всіх рівнях.

Методологія детермінізму має надати місце методології самоорганізаційних та адаптивних систем, за допомогою яких доцільно визначати рівні комунікації й обсяг циркулюючої інформації. Разом із тим нині відсутній механізм парламентського, прокурорського, судового й інших видів державного контролю за діяльністю суб'єктів забезпечення національної безпеки, відповідно *відсуття холистична система контролю у сфері національної безпеки з чітко визначеними завданнями, цілями та місією*. У даному аспекті потребують свого уточнення питання діяльності Апарату РНБ України, визначення його структури та штатного розпису відповідно до реалізації національних інтересів, структури національних інтересів, фінансових можливостей щодо функціональної будови суб'єктів забезпечення національної безпеки України (а не суб'єктивних міркувань того чи іншого секретаря РНБ).

Для об'єктивності слід зазначити, що зараз у Верховній Раді України зареєстровано проект Закону «Про внесення змін до Закону України «Про Раду національної безпеки і оборони України» щодо вдосконалення координації і контролю у сфері національної безпеки і оборони», окремі дискусійні положення якого потребують аналізу. Такий аналіз базуватиметься не лише на позиціях як науковця, а й на тому, що автор цієї статті безпосередньо брав участь у розробленні й утворенні Інформаційно-аналітичного центру при РНБОУ.

На нашу думку, зайвою є подана в ст. 10 проекту Закону України «Про внесення змін до Закону «Про Раду національної безпеки і оборони України» щодо вдосконалення координації і контролю у сфері національної безпеки і оборони» теза про те, що рішення РНБОУ, введені в дію указами Президента України, є *обов'язковими* до виконання органами виконавчої влади. Прописувати прописні істини в тексті закону непотрібно, а та-

ка пропозиція свідчить лише про брак юридичної освіти укладачів законопроекту. Адже зазначати в тексті закону про те, що укази Президента обов'язкові для виконання, є юридичною казуїстикою.

У запропонованих змінах до профільного закону простежується термінологічна неоднорідність, відсутність уніфікації категорійно-понятійних систем, а також недетермінована вибірковість у застосуванні неоднозначних термінів і понять. Так, у п. 6 ст. 11 зазначено про «штатний розпис» апарату РНБОУ за поданням Секретаря РНБОУ, а у п. 7 ст. 13 вказується на структуру та «штатну чисельність» апарату РНБОУ.

Не зовсім зрозумілою є логіка та критерії визначення сфер, в яких РНБОУ здійснює координацію та контроль. Зокрема, викликає чимало дискусій вказівка на такий суб'єкт, як «військові формування у сфері державної безпеки». Оскільки державна безпека є лише одним із видів національної безпеки, то виникає запитання: чи не забезпечують національну безпеку військові формування у сфері особистої безпеки чи то сфері громадської безпеки? Так само викликають запитання нелогічні порівняння таких категорій, як «центральні органи виконавчої влади» та «правоохоронні органи» тощо. Тут дається взнаки брак знань з теорії адміністративного права.

Потребують уточнень і розуміння механізми організації Ставки Верховного головнокомандувача у разі її утворення. У законі проєкті, що розглядається, простежується юридична безграмотність, оскільки авторами документа визначено, що «діяльність, пов'язана з питаннями національної безпеки» (п. 10 ст. 13). По-перше, діяльність не може бути пов'язана із питаннями; по-друге, РНБ здійснює координацію та контроль у сфері національної безпеки, а не координацію питань національної безпеки, тож цей термін має бути уніфіковано застосований по всьому тексту документа.

Виключення із тексту закону положення про те, що повноваження заступників секретаря РНБОУ визначаються Президентом України, свідчить про посилення ролі Секретаря РНБ не лише у реалізації, а й, передусім, у формуванні безпекової політики держави, з одночасним послабленням ролі Президента у даних процесах.

Суттєвим посиленням ролі Секретаря РНБ є закріплення в проєкті закону положення про те, що Секретар РНБ вносить на розгляд Президента України пропозиції щодо призначення та звільнення керівництва

військових формувань, правоохоронних органів (п. 10 ст. 13). Таким чином, РНБ перетворюється на суттєвого гравця у сфері національної безпеки, орган стратегічної комунікації між усіма суб'єктами забезпечення національної безпеки України. На нашу думку, на даному етапі історичного розвитку така позиція має місце на житті і за правильного та фахового управління може дати користь державі.

Відаючи належне будь-яким формам громадського контролю, залишаючись прихильником етатичної теорії для розвитку саме України, слід резюмувати:

- сфера національної безпеки потребує, передусім, державного контролю;

- саме він є цементуючою основою для формування системи контролю у даній сфері;

- постає зумовлена об'єктивними тенденціями розвитку країни необхідність у формуванні системи державного контролю у сфері національної безпеки та відповідно подальших окремих наукових досліджень у цій сфері;

- актуальним є розроблення основ і меж функціонування підсистеми громадського контролю, конкретної участі інститутів громадянського суспільства у забезпеченні національної безпеки, розподілу відповідальності між державними та недержавними структурами у цій сфері;

- РНБ має стати ключовим органом стратегічної комунікації між суб'єктами забезпечення національної безпеки України.

Запровадження в Україні конституційної реформи не наблизило нашу країну до розв'язання одвічного питання щодо формування ефективної системи національної безпеки. У зв'язку з цим подальший пошук оптимальних шляхів не лише взаємодії, а й координації між суб'єктами забезпечення національної безпеки є нагальною проблемою сьогодення та здебільшого перебуває у площині усвідомлення ними національних інтересів, необхідності узгодження спільних дій заради безпеки України.

Висновки

Проведений аналіз свідчить про необхідність відійти від хибної та концептуально помилкової назви органу стратегічної комунікації, що розглядається, адже оборона є однією із складових національної безпеки. Таким чином орган має називатися Рада національної безпеки України. Відповідно сфера дії даного органу стратегічної комунікації – сфера національної безпеки (сфера оборони є одним із складових елементів національної без-

пеки, як й інформаційна сфера, екологічна сфера тощо).

Правовий статус РНБО потребує суттєвих змін на рівні закону, в якому доцільно посилити його роль, зокрема відповідальність за формування, реалізацію, координацію та контроль реалізації безпекової політики держави. Посилення ролі РНБ – необхідний крок на шляху побудови сильної держави в умовах ведення проти неї війн різної інтенсивності, неефективності міжнародних структур колективної безпеки, а також застосування різноманітних алгоритмів дестабілізації системної стійкості.

Концептуальною потребою є якісне оновлення як системи безпеки, так і теоретичних концепцій її концептуалізації на рівні багаторівневих стратегій і операціоналізації на різних рівнях стратегічної комунікації.

Ключовою місією РНБ є формування системи стратегічної комунікації суб'єктів за-

безпечення національної безпеки з метою побудови успішної та ефективної держави, реалізації національних інтересів на принципах пріоритетизації та таргетизації.

Список використаних джерел

1. Липкан В. А. Адміністративно-правове регулювання національної безпеки України. – К., 2008. – 440 с.
2. Кобринський В. Ю. Державний контроль у сфері національної безпеки України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2008.
3. Липкан В. А. Компетенція Кабінету Міністрів України у сфері національної безпеки // Судова апеляція. – 2007. – № 2. – С. 97–102.
4. Липкан В. Параллельний мир: баланс безпеки або безпеки? // Неизвестная разведка. – 2007. – № 1. – С. 21–27.
5. Липкан В. А. Нацбезопасность: альтернативный взгляд // Неизвестная разведка. – 2006. – № 3–4. – С. 12–19.

Стаття надійшла до редакції 25.12.2014 р.

In the article author research a law status of National Security Council of Ukraine and its problems in the sphere of ensuring national security policy of Ukraine.

В статье рассматриваются проблемные вопросы правового статуса Совета национальной безопасности Украины в сфере реализации государственной политики безопасности.



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

ЮРИДИЧНА ТЕХНІКА ЯК ЗАПОБІЖНИК ДЕФОРМАЦІЇ ОХОРОНИ ТРУДОВИХ ПРАВ У ПЕРІОД НОВОЇ КОДИФІКАЦІЇ

У статті розглядаються існуючі проблеми у сфері розуміння юридичної техніки як запобіжника деформації трудових прав, визначаються ознаки, що допомагають нівелювати проблеми юридичної техніки як запобіжника деформації трудових прав.

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

Трансформація національного трудового правового поля в царині охорони трудових прав вимагає як поглибленого теоретико-методологічного обґрунтування та з'ясування окремих закономірностей, так і виявлення латентних проблем юридичної техніки, юридичної тактики у заданому векторі. Принцип наукової обґрунтованості застосування юридичної техніки розкривається шляхом правової трансформації, формування за рахунок прийомів і методів юридичної діяльності збалансованого цілісного механізму охорони трудових прав, що має здійснюватися з використанням не лише сучасних здобутків юридичної науки, а й найкращих здобутків позитивного міжнародного досвіду (як на глобальному, так і регіональному рівнях) у сфері охорони основних трудових прав, із залученням фахівців низки галузей знань юридичної науки (теорії права, трудового, цивільного, конституційного, фінансового, адміністративного, кримінального права тощо). Ускладнює наукову розвідку й те, що у доктрині відсутнє єдине розуміння як юридичної техніки, так і її місця в структурі методології трудового права. Поглиблення проблеми здійснюється за рахунок багатогранності юридичної техніки, що покликана забезпечити належне функціонування правового механізму реалізації трудових прав. Зокрема, юридична техніка охоплює не лише доктринальний, а й нормативний блоки.

Серед наукових досліджень, присвячених юридичній техніці в трудовому праві та його елементам, заслуговують на увагу праці таких відомих учених, як С. Вишновецька,

О. Процевський, С. Прилипка, М. Поліщук, М. Іншин, С. Черноус та інші. Разом із тим, незважаючи на наявність низки наукових праць, юридична техніка формування законодавства про охорону трудових прав потребує подальшого вивчення з огляду на переосмислення вихідних положень трудового законодавства з точки зору вимог сьогодення.

Метою цієї статті є виокремлення основних проблем юридичної техніки як фактора ефективності охорони трудових прав у період нової кодифікації.

Слід зазначити, що деякі автори доволі широко розуміють поняття «юридична техніка». Так, Г. Муромцев у структурі правової системи виділяє ще й соціологічний аспект юридичної техніки [1, с. 35]. С. Вишновецька вважає, що юридичну техніку не можна зводити лише до правотворчої діяльності; необхідно розглядати її в широкому розумінні, що охоплює не лише правотворчу діяльність, а й правозастосовну, інтерпретаційну, судову тощо [2, с. 149]. У французькій юридичній літературі висловлена точка зору, за якою взагалі заперечувалася необхідність поняття «юридична техніка»; зокрема, М. Оріу вбачав опошлення права у тотожності права та техніки [3, с. 1–2] (така концепція не була прийнята українськими правниками).

П. Рабінович під юридичною технікою розуміє сукупність способів і прийомів, умінь і навичок формування всіх елементів механізму правового регулювання й ефективного оперування ними у праворегулятивній

практиці [4]. С. Вишневецька юридичну техніку розуміє як структурний елемент методології науки трудового права та визначає її як сукупність засобів, прийомів і правил викладу змісту нормативного матеріалу, спрямованого на регулювання відповідних суспільних відносин, формування всіх елементів механізму правового регулювання й ефективного оперування ними у праворегулятивній практиці [2, с. 149].

Враховуючи здобутки юридичної доктрини, під поняттям «юридична техніка», як правило, розуміють систему засобів, прийомів, методів і правил підготовки та викладу правових актів [1, с. 35; 5; 6; 7, с. 35].

З огляду на доктринальні здобутки та магістральний напрям удосконалення механізму охорони трудових прав заслуговує на увагу те, що одним із перших завдань у площині правотворення є проведення належної кодифікації трудового законодавства, яку має віддзеркалювати новий Трудовий кодекс (далі – ТК) України. Цей кодифікований нормативно-правовий акт, перш за все, має відповідати базовим засадам реформування трудового законодавства, що мають бути визначені у Конституції України, та містити блок системоутворюючих норм, що фіксують збалансований механізм охорони трудових прав, який здатен забезпечувати належну реалізацію як захисної, так і превентивно-охоронної функції трудового права.

Слід зазначити, що новий ТК України, окреслюючи механізм охорони трудових прав, має концентрувати експлікацію найкращих здобутків не лише юридичної, а й законодавчої техніки та технології, враховувати як теорію тлумачення у праві (юридичну інтерпретацію), так і тлумачення конституційно-трудова норм. При цьому слід погодитися з В. Круссом, який вважав, що юридичній техніці належить мати подем свого дотику все право [1, с. 82, 83]. Неможливо заперечувати й того, що юридична техніка побудови ТК України має ґрунтуватися на юридико-трудова герменевтиці, адже остання включає техніку осмислення не лише трудових принципів, а й правил правозастосування.

Юридико-трудова герменевтика у широкому сенсі, насамперед, має на меті створення системи осмислення ідеалів і принципів охорони трудових прав, нормативних правил правозастосування через призму Конституції України. При цьому виконавча влада не має права інтерпретації конституційно-трудова принципів охорони трудових прав та відповідних охоронних трудо-правових норм. Органи виконавчої влади приймають низку

нормативно-правових актів, які покликані через призму осмислення означених категорій реалізувати право на охорону трудових прав, чим розмивають трудо-правове поле. Не застосування прийомів юридико-трудова герменевтики у побудові нового ТК України та відповідних законах містить ризик виникнення інфляції ідеї охорони трудових прав.

Конституція України та майбутній ТК України повинні, крім означеного, відобразити тенденцію якісної радикальної новелізації трудового права. Йдеться про необхідність формування нового інституту – інституту охорони конституційних трудових прав. Отже, одним із основних напрямів усунення проблем у нормотворенні у сфері охорони трудових прав є впровадження дієвих системоутворюючих охоронних трудо-правових норм без ознак секторального характеру. У цьому контексті на перший план слід висунути необхідність здійснення трансформації низки відповідних положень Конституції та проведення рельєфної кодифікації трудового законодавства.

Заслуговує на увагу точка зору О. Острійчука, який зазначає, що проект ТК не повинен порушувати трудові права працівників, забезпечення законодавчо визначених трудових прав, гарантій і можливості їх реалізації, комплексного підходу, соціальної справедливості тощо. При цьому, на його думку, необхідно враховувати такі засади: збалансування інтересів роботодавців і найманих працівників; забезпечення та виконання функцій трудового права; недопущення дискримінації за ознаками статі, раси, політичних переконань, інших обставин, визначених у ст. 24 Конституції України; збереження підвищених умов захисту праці жінок, молоді, заборона дитячої та примусової (обов'язкової) праці; дотримання засад гендерної рівності, що ґрунтується на засадах європейської спільноти (норм Директиви 75/11/EWG щодо оплати рівноцінної праці за однакову роботу жінок і чоловіків; Директиви 76/207/EWG, яка визначає рівне ставлення до чоловіків і жінок при прийомі на роботу, професійній підготовці, професійному рості тощо); додержання норм ст. 22 Конституції, яка забороняє при прийнятті нових законодавчих актів звужувати зміст та обсяг існуючих прав; чіткість норм і відсутність відсилки до інших нормативно-правових актів, закріплення відносин, які на сьогодні регулюються підзаконними актами (наприклад, з приводу конкурсного відбору працівників); установлення повного та вичерпного обсягу компетенції державних ор-

ганів, що беруть участь у трудових відносинах і вирішенні спорів щодо них (зокрема, розгляд трудових спорів виключно судом, оскільки за Конституцією України правосуддя здійснюється останнім); використання досвіду європейських держав з урахуванням норм, які виконуються в зарубіжних країнах і відповідають нормам міжнародних договорів [7].

П. Пилипенко до базових засад реформування трудового законодавства України відносить: оптимальне збалансування захисної та виробничої функцій трудового права, за допомогою яких має бути забезпечена рівновага інтересів найманих працівників і роботодавців; дотримання вже встановлених соціальних стандартів у сфері праці; еволюційний характер здійснення реформ чинного законодавства про працю (кардинальних змін мають зазнати лише положення, що не відповідають вимогам ринкової економіки); використання у процесі підготовки нового ТК України досвіду МОП, законодавства ЄС і країн з перехідною економікою з метою забезпечення належної гармонізації законодавства України про працю з міжнародними правовими нормами в цій царині; зміщення центру ваги правового забезпечення трудових відносин із законодавчого рівня на рівень договірної впорядкування (передусім колективно-договірної) з максимальним використанням механізмів соціального партнерства із залученням роботодавців і профспілок (що, безумовно, не повинно позначитися на рівні гарантій трудових прав, які їй надалі мають визначитися державою, і не призвести до послаблення правової захищеності працівників); забезпечення недискримінації працівників із збереженням підвищених умов захисту праці жінок і молоді з реальною забороною дитячої та примусової (обов'язкової) праці; гендерну рівність; гарантування диференціації правового регулювання праці, тобто максимальне врахування в новому ТК особливостей праці працівників малого бізнесу, кооперативів, окремих категорій осіб, які працюють у нетипових формах зайнятості, з використанням цивільно-правових договорів; повноту й чіткість правового регулювання трудових відносин із мінімальним використанням бланкетних норм (у новому ТК України на рівень законодавчої регламентації має бути піднята значна кількість питань, які досі регламентуються підзаконними нормативно-правовими актами); чітке визначення компетенції всіх державних органів, що здійснюють державне регулювання трудових відносин, організацію жорсткого державного та громадського контролю за додер-

жанням положень міжнародних зобов'язань України у сфері праці, а також законодавства про працю, про її охорону, колективних та індивідуальних трудових договорів; максимальне використання при підготовці нового ТК досягнень науки трудового права [8].

Позитивним у наведеній тезі є те, що її автор, розглядаючи базові засади реформування трудового законодавства, на перше місце виводить саме оптимальне збалансування захисної та виробничої функцій трудового права. Утім, слід доповнити вказаний перелік ще однією засадою, яка передбачала б на рівні проекту ТК впровадження ефективного збалансованого механізму охорони конституційних трудових прав працівників.

К. Мельник вважає, що першочерговим кроком у процесі реформування трудового законодавства є прийняття нового ТК України, норми якого відповідатимуть ратифікованим Верховною Радою міжнародно-правовим актам. Цей Кодекс повинен: бути вільним від ідеологічних стереотипів і декларативних норм законодавства радянського режиму; відповідати соціально-економічним і культурним процесам сучасності; систематизувати всі трудові норми та принципи України і міжнародного трудового права, всі загальні й універсальні правові норми трудово-правової галузі (ліквідація прогалів у правовому регулюванні, усунення дублюючих норм); детально прописувати повноваження органів державної влади й органів місцевого самоврядування в царині впорядкування трудових відносин [9].

Наступним завданням, покликаним вирішувати нормативно-правову проблему, що розглядається, має стати належне вдосконалення, розроблення та прийняття спеціальних системоутворюючих дієвих трудових законів, які враховуватимуть особливості та порядок реалізації охорони трудових прав залежно від суб'єктного складу та характеру правовідносин або від специфіки об'єкта охорони. Згадані закони, перш за все, повинні бути якісними нормативно-правовими актами. Ми розуміємо, що оперування терміном «якість» до трудових законів є доволі сміливим кроком, адже поняття «якість закону» ввійшло у правову доктрину недавно. Вважається, що воно впроваджене в юридичну науку лише у 90-х роках ХХ ст. В. Прозоровим, який розумів його як потенційну можливість вираженого в законі правового регулювання досягнення бажаних змін у соціальній сфері [10]. Якість трудових законів вважатиметься належною, якщо законодавцем будуть враховані дві ключові ознаки: дотримання вимоги

щодо якості форми закону; останній має містити трудові норми, що віддзеркалюють його істинний зміст. Крім того, слід погодитися з точкою зору Є. Сирих, за якою ознаки, що визначають міру якості закону, можна охарактеризувати як техніко-юридичні критерії якості закону [1, с. 166].

Слід зазначити, що закони, спрямовані на превентивну охорону та захист трудових прав, мають бути максимально позбавлені розривів системних зв'язків між його нормами. Якщо ж закон не заповнить правового вакууму в механізмі охорони трудових прав, матимуть місце прогалини, що унеможливають або перешкоджатимуть реалізації суб'єктивного права на захист трудового права. Трудовий закон повинен відповідати мовним властивостям якості закону, до яких у юридичній науці прийнято відносити зрозумілість, точність і стислість [11, с. 111].

Будь-який трудовий закон, що окреслює механізм охорони трудових прав, має бути максимально позбавлений секторальних норм, що допоможе йому вписатися в превентивно-охоронну та захисну концепцію, визначену Конституцією і проектом ТК України. Не вдаючись у подробиці, обмежимося констатацією факту, що внутрішня охоронна концепція трудового закону повинна відповідати вектору зовнішньої концепції. Таким чином, зміни та доповнення до законів, прийняття нових законів, що стосуються досліджуваної сфери суспільних відносин, мають бути системоутворюючими.

У рамках як зовнішньої, так і внутрішньої охоронної концепції має бути чітко визначений і повно розкритий понятійний апарат. Ключовим у цьому питанні є виокремлення дефініцій у статтях закону. Трудо-правовою доктриною сформовано 4 елементи дефініції [12, с. 362]:

- поняття, що визначається;
- предикат (те, що говориться про визначене);
- родова ознака (якість, що належить низці споріднених предметів або явищ);
- видова відмінність (якість, характерна лише для предмета, який визначається).

Наведена структура дефініції позитивно сприйнята представниками юридичної науки [13, с. 301]. Визначення, що містяться у трудових законах, повинні розкрити зміст понять у механізмі охорони трудових прав працівника через указівку на відповідні ознаки та властивості; при цьому основні дефініції, що стосуються охорони трудових прав, повинні міститися в новому ТК України. Іншими словами, завдання законодавця по-

лягає не лише у формулюванні дефініцій на рівні ТК і законів України, а й у створенні збалансованої системи дефініцій, що можуть бути використані у правозастосуванні, та, відповідно, в реалізації охорони суб'єктивних трудових прав. Саме з огляду на це пропонується ввести в обіг такі конструкції, як «попереджувально-охоронні трудові правовідносини», «захисні трудові правовідносини», «об'єкт захисних трудових правовідносин», а на рівні нового ТК закріпити поняття «самозахист оперативного характеру», «промислові акції працівників», «пікетування працівників», та навести їх тлумачення в доктрині.

Кроком уперед слід вважати забезпечення здійснення права на охорону трудових прав на рівні, не нижче встановленого Конституцією України. Для законодавця Основний Закон є тим стандартом, на який слід орієнтуватися при побудові охоронної системи трудових прав. Це не дозволить на рівні закону через викривлену призму герменевтики звужувати право на превентивну охорону, право на захист конституційних трудових прав і деформувати вектор їх реалізації.

Трудовий закон має відповідати міжнародним правовим актам у сфері охорони трудових прав людини, а тому вважаємо за необхідне акцентувати увагу на міжнародних актах глобальної охоронної системи трудових прав. З огляду на євроінтеграційний вектор України перед національним законодавцем постає потреба враховувати регіональну європейську охоронну систему трудових прав, аналізувати можливу гармонізацію законів у цій сфері. Існує ще одна особливість у цьому контексті: за таких обставин слід враховувати ту обставину, що міжнародні правові акти окреслюють захист і превентивну охорону трудових прав виходячи з їх диференціації. Так, у цих методологічних координатах логічною є гіпотеза, змістом якої є така теза: міжнародно-правова охорона трудових прав поділяється на індивідуальну та комплексну, що виявляється в диференціації відповідних актів. Крім того, імплементація Україною міжнародно-правових актів глобального та регіонального європейського рівнів має здійснюватися з урахуванням конституційно-трудо-правових засад, системи технічних засобів і прийомів правотворчої юридичної техніки.

Наведені міркування не вичерпують усієї повноти проблеми, що розглядається. Але ми мали на меті не стільки надати цілісну та всебічну характеристику юридичної техніки, скільки визначити основні проблеми у розумінні її складових, їх вплив на охорону тру-

дових прав, що забезпечить підґрунтя для нової кодифікації у трудовому праві України.

Список використаних джерел

1. *Проблемы* юридической техники / Под ред. В. М. Баранова. – Нижний Новгород, 2000. – 823 с.
2. *Вишновецька С. В.* Юридична техніка як складова методології науки трудового права // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 57.
3. *Dabin J.* La technique de l'élaboration du droit positif. Spécialement du droit privé. – Bruxelles, Paris, 1935. – 367 p.
4. *Рабинович П. М.* Основы загалної теорії права та держави. – К., 1994. – 174 с.
5. *Законодательная техника* / Под ред. Д. А. Керимова. – Л., 1965. – 196 с.
6. *Пиголкин А. С.* Теоретические проблемы правотворческой деятельности в СССР: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 1972. – 41 с.
7. *Острійчук О. П.* Про деякі засади реформування трудового законодавства [Електронний ре-

сурс]. – Режим доступу: <http://pravo.poltava.ua/polezno/trydref.php>.

8. *Пилипенко П.* Кодифікаційні процеси у сфері трудового права України // Юриспруденція. – 2004 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lawyer.org.ua/?w=p&i=68&d=432>.

9. *Мельник К. В.* До питання адаптації трудового законодавства до міжнародних норм // Форум права. – 2011. – № 1. – С. 645–651 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11mkvdmn.pdf>.

10. *Прозоров В. Ф.* Качество и эффективность хозяйственного законодательства в условиях рынка. – М., 1991. – 159 с.

11. *Чарданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. – Екатеринбург, 1993. – 192 с.

12. *Розенталь Д. Э., Джанджакова Е. В., Кабанова Н. П.* Справочник по правописанию, произношению, литературному редактированию. – М., 1994. – 400 с.

13. *Ант Л. Ф.* Правовые дефиниции в законодательстве / Под ред. В. М. Баранова. – Нижний Новгород, 2000. – 823 с.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article underlines existing problems in understanding legal technique as a preventer of labour rights deformation. In the process of researching the concrete features were detected that help to solve the problem of legal technique as a preventer of labour rights deformation.

В статье рассматриваются существующие проблемы в сфере понимания юридической техники как предохранителя деформации трудовых прав, определяются конкретные признаки, которые помогают искоренить проблемы юридической техники как предохранителя деформации трудовых прав.



УДК 349.2

Наталія Мокрицька,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри господарсько-правових дисциплін
юридичного факультету
Навчально-наукового інституту права, психології та економіки
Львівського державного університету внутрішніх справ

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ ЗАСУДЖЕНИМИ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ

У статті досліджуються проблемні питання застосування чинного законодавства в частині створення умов для забезпечення засудженим можливості добровільно працювати й отримувати винагороду за виконану роботу, пропонуються шляхи вдосконалення відповідних правових норм.

Ключові слова: право на працю, реалізація права на працю, засуджені.

Відповідно до ст. 43 Конституції України кожен має можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується. Конституційно-правове положення свідчить про те, що право заробляти собі на життя належить кожній людині, незалежно від того за яких обставин вона його може реалізувати.

Проблема реалізації права на працю особами, які не вправі вільно обрати працю, є доволі новою для науки трудового права. Це зумовлено тим, що праця здійснюється не на основі укладеного трудового договору, тому означена проблематика не перебувала у полі зору дослідження науковців у галузі трудового права. Окремі аспекти реалізації права на працю зазначеної категорії осіб досліджувалися лише такими науковцями кримінально-виконавчого права, як С. Стефанов, М. Турчина, О. Шкута, Ю. Чеботарьова. Як зазначає В. Лисодед, такі дослідження розпочалися лише після проголошення незалежності України у зв'язку з трансформацією виправно-трудоного права та законодавства у кримінально-виконавче, проведенням реформи кримінально-виконавчої системи України, прийняттям Конституції України, розробленням проекту Кримінального кодексу (далі – КК) України та Кримінально-виконавчого кодексу (далі – КВК) України й їх прийняттям у подальшому¹. Зокрема, у ст. 63 Конституції України передбачено, що засуджені користуються всіма правами людини та громадянина за винятком обме-

жень, визначених законом і встановлених вироком суду.

На жаль, конституційна норма не знайшла свого чіткого відображення у чинному законодавстві. Багато науковців, зокрема С. Стефанов, О. Шкута, зазначають, що більшість засуджених до позбавлення волі осіб практично позбавлені можливості реально працювати й отримувати заробіток за виконання своєї роботи. Разом із тим збереження професійних навичок, соціального статусу має дуже важливе значення для таких людей. Тим більше, що після повернення до звичайного суспільного життя колишні засуджені мають деякі «заощадження», які зможуть (принаймні на деякий час) забезпечити їх матеріальне існування.

Правове забезпечення праці засуджених до позбавлення волі здійснюється на підставі КВК України від 11.07.2003 р. № 1129-IV, ст. 107 якого передбачає, що такі особи мають право брати участь у трудовій діяльності. Натомість ч. 4 ст. 59 цього акта визначає серед їх обов'язків сумлінну працю у місцях, визначених адміністрацією.

Разом із тим згідно із ст. 118 КВК засудженим чоловікам віком понад 60 років, жінкам – понад 55 років, інвалідам першої та другої груп, хворим на активну форму туберкульозу, жінкам з вагітністю понад чотири місяці, жінкам, які мають дітей у будинках дитини при виправних колоніях, дозволяється працювати за їх бажанням із урахуванням висновку лікарської комісії колонії.

У Наказі Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про майстерню установи виконання покарань, слідчого ізолятора» від 22.03.2012 р. № 442/5 передбачено, що засуджені залучаються до роботи

¹Лисодед В. О. Стан і напрями розвитку наукових досліджень інституту правового статусу засуджених // Наукові дослідження. – 2013. – № 26. – С. 223–235.

в майстерні за їх письмовою заявою (п. 5.1). Розгляд заяв і відбір осіб для роботи в майстерні установи провадяться комісією, яка створюється наказом начальника установи та до складу якої входять: начальник установи, посадова особа установи, яка відповідно до розподілу функціональних обов'язків організовує роботу з питань залучення засуджених до праці та трудової адаптації, представники соціально-психологічної служби та служби нагляду і безпеки, інших структурних підрозділів установи (п. 5.2). Кількість засуджених, які залучаються до роботи в майстерні, визначається виробничими можливостями установи (кількість робочих місць), обсягами робіт, їх трудомісткістю, наявністю в особи необхідної спеціальності, набутих професійного досвіду та навиків, статтю, віком, станом здоров'я (згідно з висновком медичного обстеження) (п. 5.3). Слід також зазначити, що п. 5.6 визначає можливість залучення осіб до роботи у майстерні тільки у вільний від навчання та проведення слідчих дій час.

У згаданому наказі також вказується, що підставою для виведення на роботу до майстерні засуджених є рознарядка, затверджена начальником установи. Начальник майстерні на підставі виробничої програми і з урахуванням списку осіб, які можуть залучатися до роботи, щотижня складає рознарядку на виведення їх на роботу на наступний тиждень із щоденною розбивкою, погоджує її з персоналом відповідних структурних підрозділів установи та затверджує у начальника установи. На підставі затвердженої рознарядки черговий помічник начальника установи оформляє на кожну особу талон на виведення з гуртожитку (камери).

Відповідно до ст. 60 КВК України залучення до праці передбачено, як правило, на виробництві виправних центрів, а також на договірній основі на підприємствах, в установах чи організаціях усіх форм власності за умови забезпечення належного нагляду за їх поведінкою. Слід зазначити, що п. 1 ст. 2 Конвенції Міжнародної організації праці «Конвенція про скасування примусової праці» № 105 передбачає можливість залучення праці таких осіб тільки на підприємствах державної та комунальної форми власності. Всупереч міжнародним актам ст. 60 КВК України визначає будь-яку форму власності відповідного підприємства. Вважаємо, що цю неузгодженість необхідно усунути та дозволити залучати до примусової праці на приватних підприємствах тільки за письмовою згодою засудженого з гарантованим заробітком. Адже праця таких осіб загалом є оплатною (ст. 118 КВК).

Суспільно-корисна праця розглядається у КВК України як один із основних засобів виправлення та ресоціалізації засуджених (ст. 6). Під виправленням закон розуміє про-

цес позитивних змін у засуджених, їх готовність до самокерованої правослухняної поведінки. Ресоціалізація – це свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя.

Заслужує на увагу правовий статус та умови праці засуджених, вирок щодо яких набрав сили, але вони з їх згодою були залишені для роботи з господарського обслуговування. Зокрема, наголос на цьому робить Закон України «Про попереднє ув'язнення» від 30.06.1993 р. № 3352-ХІІ. Відповідно до ст. 4 цього Закону у випадках і порядку, передбачених кримінально-виконавчим законодавством, засуджені можуть бути залишені для роботи з господарського обслуговування слідчого ізолятора за їх письмовою згодою.

Правовий порядок залучення засуджених, які перебувають у місцях позбавлення волі, до роботи визначає наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Положення про майстерню установи виконання покарань, слідчого ізолятора». Працю засуджених, залишених у СІЗО для роботи з господарського обслуговування, регулює також наказ Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби» від 18.03.2013 р. за № 460/5. Зокрема, відповідно до вимог ст. 89 КВК засуджені до позбавлення волі можуть бути залишені за їх письмовою згодою у СІЗО для роботи з господарського обслуговування. Йдеться тільки про осіб, які вперше засуджені до позбавлення волі за злочини невеликої або середньої тяжкості чи необережні тяжкі злочини.

З огляду на ст. 4 Закону України «Про попереднє ув'язнення» йдеться тільки про господарське обслуговування слідчого ізолятора. Залишення засудженого для роботи з господарського обслуговування оформляється наказом начальника СІЗО не пізніше десятиденного строку з дня набрання вироком законної сили або з дня надходження із суду розпорядження про виконання вироку, який набрав законної сили. Копія наказу та заява засудженого долучаються до його особової справи. Не залишаються для роботи з господарського обслуговування СІЗО іноземці й особи без громадянства, колишні військово-службовці, засуджені за самовільне залишення частини та дезертирство, колишні працівники правоохоронних органів, засуджені за тяжкі злочини, особи, засуджені за злочини, пов'язані з незаконним обігом наркотиків, розкраданням зброї та боєприпасів. Загальна чисельність засуджених, які можуть залишатися для роботи з господарського обслуговування СІЗО, не може перевищувати 5 % наповнення СІЗО. Для проведення капітальних ремонтів камер із числа засуджених, за-

лишених для роботи з господарського обслуговування, можуть створюватися ремонтно-будівельні бригади. Така праця оплачується за рахунок коштів, виділених на проведення ремонтних робіт.

Засуджені, залишені для роботи з господарського обслуговування СІЗО, працюють під постійним наглядом і охороною. Вони розміщуються у відділенні в окремих приміщеннях на території режимної зони або в камерах ізольованих секцій режимних корпусів. Приміщення (камери) відділення забезпечуються інвентарем та іншими предметами за нормами, визначеними чинним законодавством. Територія дільниці ізолюється й облаштовується відповідними інженерно-технічними засобами охорони, що унеможливають доступ на дільницю сторонніх осіб. У відділенні для тримання засуджених, які залишені для роботи з господарського обслуговування, обладнується кабінет начальника відділення, кімната для культурно-масової роботи, кімната для занять спортом, гардероб, сушильні для одягу та взуття; приміщення для зберігання продуктів харчування та вживання їжі обладнані холодильниками і засобами для підігріву їжі; є й інші необхідні побутові приміщення.

Як бачимо, поза увагою законодавця залишилися засуджені, вирок щодо яких ще не набув законної сили з тих чи інших обставин. Посилання законодавцем на ст. 89 КВК вказує на той факт, що дія цього Закону, як видається, не поширюється на осіб, вирок щодо яких не набрав ще законної сили (ст. 4). Стаття 1 Закону України «Про попереднє ув'язнення» відносить таких осіб до осіб, які взяті під варту.

З аналізу підзаконних актів випливає, що всі засуджені мають можливість реалізовувати своє конституційне право на працю й отримувати винагороду за працю. Для такого висновку можна віднайти принаймні два аргументи:

«працевлаштування» особи залежить від двох юридичних фактів: письмова згода засудженого, подана у формі заяви. Вона юридично виражає волевиявлення особи; затверджений начальником установи список осіб, у якому відповідної кандидатури може і не бути. Він відображає згоду начальника установи на те, щоб відповідні особи із списку були допущені до оплатної праці;

необґрунтована відмова від праці відповідно до ст. 113 КВК не менш як 3 рази протягом року є підставою для можливого засто-

сування до засудженого дисциплінарного стягнення.

Слід зазначити, що норму ст. 113 не варто розцінювати тільки з позиції оплатної праці. Адже згідно із ст. 118 КВК роботи з благоустрою колоній і прилеглих до них територій, а також поліпшення житлово-побутових умов засуджених, допоміжні роботи із забезпечення колоній продовольством належать до суспільно-корисної праці, яка за своїм характером є безоплатною. На нашу думку, така суперечність норм кримінально-виконавчого законодавства створює правову невизначеність. Адже тільки письмова згода особи розглядається з юридичної точки зору як документ, що дає підстави приймати рішення про залучення особи до оплатної праці. Тоді про жоден обов'язок не може йти мова.

Незважаючи на те, що праця є засобом перевиховання та ресоціалізації особи, примус до оплатної праці не є економічно виправданим. Адже коли засуджений не заінтересований у результатах своєї роботи, то такий хід подій вплине на якість, ефективність і передусім безпеку трудового процесу. Тому реалізація права на працю засудженими, які перебувають у місцях позбавлення волі, цілком можлива. Адже з огляду на конституційну норму вони вправі погодитися на працю, яка їм пропонується. На нашу думку, умовою втілення цього права в життя є можливість особи надати письмову згоду на працю, яку їй запропонували з урахуванням обмежень, визначених тільки законом. При цьому потрібно забезпечити особі вибір виду діяльності, перелік якої мав би подаватися адміністрацією колонії з урахуванням статі, віку, працездатності, стану здоров'я та спеціальності.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що право засуджених на працю полягає у можливості добровільно погодитися на працю, яку особа визначила для себе засобом матеріального забезпечення. Можливість вільно погоджуватися на працю є не лише формою викладу конституційного положення, а й несе відповідний юридичний зміст. Воно визначає шлях для реалізації права на працю тільки тоді, коли така згода особи була письмова і робота була запропонована з урахуванням вищезазначених вимог і виражає специфіку реалізації права на працю певними категоріями носіїв цього права, які не вправі в силу свого правового статусу вільно обирати працю.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

The article is devoted to research features of the right to work of persons sentenced to imprisonment. Identified areas of application of current legislation regarding the creation of conditions to allow for voluntary work and receive remuneration for their work and suggests ways for improving the relevant legal provisions.

В статті досліджуються проблемні питання застосування чинного законодавства в частині створення умов для забезпечення засудженим можливості добровільно працювати і отримувати винагороду за виконану роботу, пропонуються шляхи удосконалення відповідних правових норм.



УДК 347.454.1

Ірина Новосельська,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Київської державної академії водного транспорту
ім. Петра Конашевича-Сагайдачного*

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ ВІДМІННОСТЕЙ ЗАГАЛЬНОЇ ТА СПЕЦІАЛЬНОЇ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Стаття присвячена аналізу основних відмінностей загальної та спеціальної дисциплінарної відповідальності, дослідженню питання розмежування дисциплінарної та матеріальної відповідальності.

Ключові слова: дисципліна праці, дисциплінарні правопорушення, дисциплінарний проступок, дисциплінарна відповідальність, загальна дисциплінарна відповідальність, спеціальна дисциплінарна відповідальність, дисциплінарні стягнення.

Питання дисциплінарної відповідальності в Україні не тільки важливе, а й, на нашу думку, доволі перспективне. Це, перш за все, зумовлено тим, що більшість молодих компаній в Україні переймають європейську модель трудових правовідносин, у тому числі досвід щодо дисципліни праці, а також безпосередньо дисциплінарної відповідальності.

У країнах Заходу дисципліна праці ніколи не розглядалась як окремий інститут трудового права. Підтримка порядку на виробництві традиційно регулюється в прив'язці до трудового договору, до прав та обов'язків сторін трудових відносин [1, с. 387]. У той самий час, слід пам'ятати багаторічні традиції, що склалися в українському суспільстві стосовно дисципліни праці в трудових правовідносинах. Тому вважаємо, що запозичення європейської моделі поведінки на виробництві, а також порядку застосування дисциплінарних стягнень має відбуватися поступово. Допускаємо можливість того, що наша модель дисципліни праці, а також притягнення до дисциплінарної відповідальності може бути прийнятнішою для українського суспільства.

Проблеми правового регламентування юридичної відповідальності в трудовому праві висвітлювались у працях багатьох учених, зокрема О. Абрамової, О. Барабаша, Ю. Бауліна, В. Венедіктова, М. Іншина, С. Каринського, Є. Кльонова, І. Копайгори, В. Лазора, Л. Лазор, Ю. Полетаєва, О. Процьєвського, В. Скобелкіна, О. Скрипнюка, Н. Оніщенко, П. Стависького, Л. Сироватсь-

кої, М. Хавронюка, Н. Хуторян, Г. Чанишевої, В. Щербини та інших. Проте, незважаючи на значну кількість доволі змістовних наукових праць, написаних у минулі та новітні роки, можемо стверджувати, що сьогодні виникає необхідність продовження комплексного дослідження питань визначення основних відмінностей загальної та спеціальної дисциплінарної відповідальності.

Питання про відповідальність працівника за трудовим правом нерозривно пов'язане з існуванням в умовах ринкової економіки суспільних відносин, які регулює публічне та приватне право. У разі порушення працівником громадських відносин у сфері дії публічного права, однією стороною яких є уповноважений державний орган, трудова відповідальність працівника набуває публічно-правового характеру. Якщо порушені суспільні відносини із приватною особою, то відповідальність працівника має приватно-правову природу.

Трудове право у своїй структурі передбачає два види відповідальності: дисциплінарну та матеріальну. Заслугує на увагу думка стосовно розмежування дисциплінарної та матеріальної відповідальності, висловлена Л. Сироватською: сфера дії норм про матеріальну відповідальність працівників значно ширша від сфери дії санкцій дисциплінарного характеру, оскільки дисциплінарні санкції застосовуються лише за дисциплінарний проступок, а матеріальна відповідальність настає і в разі адміністративного правопорушення, й у випадку злочину, якщо останній по-

в'язаний із заподіянням шкоди відповідному підприємству; дисциплінарні санкції можуть бути замінені іншими заходами впливу, оскільки вони по суті є карними, а санкції матеріальної відповідальності, які є правовідносячими, не можуть бути замінені; дисциплінарні санкції вимагають наявності акта їх застосування з боку уповноважених органів, а обов'язок працівника відшкодувати збитки може бути реалізований і без такого документа [2, с. 44, 45].

Дисциплінарна відповідальність – один із видів юридичної відповідальності; вона полягає в обов'язку працівника звітувати перед роботодавцем за скоєний дисциплінарний проступок і зазнати дисциплінарних стягнень, передбачених нормами трудового права. У трудових правовідносинах роботодавець має дисциплінарну владу щодо працівника, а працівник несе дисциплінарну відповідальність саме перед роботодавцем, а не перед державою чи державним органом (як при адміністративній і кримінальній відповідальності). У зв'язку з цим пропонуємо більш точне визначення дисциплінарної відповідальності: *це вид юридичної відповідальності, яка має односторонній характер і полягає в обов'язку працівника відповідати перед роботодавцем за скоєний дисциплінарний проступок, зазнати відповідного дисциплінарного стягнення, передбаченого нормами трудового законодавства*. Правовий механізм дисциплінарної відповідальності складається з правових норм, що передбачають підставу дисциплінарної відповідальності, дисциплінарні стягнення, порядок їх накладення, зняття й оскарження.

Дисциплінарна відповідальність поділяється на загальну та спеціальну. *Загальна дисциплінарна* відповідальність настає за Кодексом законів про працю (далі – КЗпП) України. Її підставою є дисциплінарний проступок, склад якого традиційно включає суб'єкт, суб'єктивну сторону, об'єкт і об'єктивну сторону. Суб'єктом дисциплінарного проступку завжди є особа, яка перебуває у трудових правовідносинах із власником або уповноваженим ним органом. Деліктоздатність – це здатність особисто нести відповідальність за порушення трудових обов'язків, складова праводієздатності особи. Трудова праводієздатність за загальним правилом настає з 16 років, у певних випадках – з 15 років, а в учнів – з 14 років. Усі неповнолітні мають рівні права й обов'язки в трудових правовідносинах з повнолітніми, тобто до дисциплінарної відповідальності працівник може притягатися з моменту, коли він за віком досяг трудової праводієздатності й уклав трудовий договір із роботодавцем. Дисциплінарна відповідальність має тільки особистий характер.

Суб'єктивну сторону дисциплінарного проступку характеризує вина, тобто певне психічне ставлення особи до своїх протиправних дій і їх шкідливих наслідків. Вона має дві форми: умисел і необережність. Умисна вина передбачає, що особа усвідомлювала протиправність свого діяння, передбачала його шкідливі наслідки та бажала їх настання. Для дисциплінарного правопорушення найбільш характерною є вина у формі необережності. Необережність як форма вини передбачає, що особа усвідомлювала протиправність своєї поведінки, передбачала її шкідливі наслідки, проте легковажно розраховувала на їх відвернення, або не передбачала, хоча повинна була їх передбачити. Слід зазначити, що працівник не може бути визнаний винним, якщо він несумлінно виконував роботу внаслідок недостатньої кваліфікації або відсутності відповідних умов для її виконання. Іншими словами, коли він об'єктивно не міг належно виконати роботу або коли власник не створив для цього належних умов. Не можна притягати працівника до відповідальності за невиконання завідомо незаконного розпорядження адміністрації, а також за відмову виконувати роботу, не передбачену трудовим договором.

Об'єктивна сторона дисциплінарного проступку складається з протиправної поведінки суб'єкта, шкідливих наслідків і причинного зв'язку між ними. Протиправність поведінки полягає в порушенні трудових обов'язків, закріплених КЗпП, правилами внутрішнього трудового розпорядку, статутами, положеннями, посадовими інструкціями, а також у порушенні або невиконанні наказів і розпоряджень власника або уповноваженого ним органу. Дисциплінарний проступок – це невиконання саме трудових обов'язків. За загальним правилом, невиконання громадських доручень, моральних, етичних правил поведінки, не пов'язаних з виконанням трудової функції, не може спричинити юридичної відповідальності. Згідно з законодавством, порушення трудової дисципліни вважається таким за умови, що воно сталося в робочий час. Слід зазначити, що в режимі ненормованого робочого часу весь час перебування на робочому місці та на території підприємства є робочим часом.

Дисциплінарного правопорушення не може бути без шкідливих наслідків, які поділяються за ступенем шкідливості, а також за дією у часі. Стаття 147 КЗпП України передбачає два дисциплінарні стягнення: догану та звільнення. Дисциплінарне звільнення допускається у визначених законом випадках:

- за систематичне порушення працівником без поважних причин обов'язків, покладених на нього трудовим договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку,

якщо до працівника раніше застосовувалися заходи дисциплінарного чи громадського стягнення;

- за прогул (зокрема відсутність на роботі більше трьох годин робочого дня) без поважних причин;

- за появу на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння;

- за вчинення за місцем роботи розкрадання (зокрема дрібного) майна власника, встановленого вироком суду, що набрав законної сили, чи постановою органу, до компетенції якого входить накладення адміністративного стягнення або застосування заходів громадського впливу;

- за одноразове грубе порушення трудових обов'язків керівником підприємств, установ, організації всіх форм власності (філіалу, представництв, відділення й іншого відокремленого підрозділу), його заступниками, головним бухгалтером підприємства, установи, організації, його заступниками, а також службовими особами митних органів, державних податкових інспекцій, яким присвоєно персональні звання, і службовими особами державної контрольно-ревізійної служби й органів державного контролю за цінами.

Відповідно до чинного законодавства, за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосоване тільки одне дисциплінарне стягнення.

На підприємствах недержавної форми власності в наш час часто, всупереч чинному законодавству, застосовуються як дисциплінарні стягнення штрафи. У зв'язку з цим учені пропонували встановити у законодавстві штраф як засіб дисциплінарного стягнення. Це питання досить дискусійне, особливо в умовах економічної кризи та поширеної затримки виплати заробітної плати. Зазначимо лише, що всі заходи, які можуть обмежити права працівників, мають встановлюватись у централізованому порядку, а заходи заохочення мають бути визначені на локальному договірному рівні.

Дисциплінарні стягнення здійснює орган, який має право приймати на роботу (обрання, затвердження та призначення на посаду). На працівників, які несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями й іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладати також вищестоящі органи щодо органів, вказаних у ч. 1 ст. 147¹ КЗпП України. Працівники, які обіймають виборні посади, можуть бути звільнені тільки за рішенням органу, який їх обрав, і лише з підстав, передбачених законодавством.

Відповідно до ст. 148 КЗпП дисциплінарне стягнення застосовується власником або уповноваженим ним органом безпосередньо

після виявлення проступку, але не пізніше одного місяця з дня його виявлення, без урахування часу тимчасової непрацездатності або перебуванням його у відпустці. При цьому дисциплінарне стягнення не може бути накладене пізніше, ніж через шість місяців від дня вчинення проступку.

Визначаючи порядок застосування дисциплінарних стягнень, законодавець у ст. 149 КЗпП України наголошує, що до застосування дисциплінарного стягнення власник або уповноважений ним орган повинен зажадати від порушника трудової дисципліни письмового пояснення. Для обрання виду стягнення власник або уповноважений ним орган повинен враховувати ступінь тяжкості вчиненого проступку, заподіяну шкоду, обставини, за яких вчинено проступок, і попередню роботу працівника. Стягнення оголошується в наказі (розпорядженні) та повідомляється працівникові під розписку. Дисциплінарне стягнення може бути оскаржене працівником до комісії у трудових спорах або безпосередньо до суду у тримісячний строк. Якщо впродовж року з дня накладення дисциплінарного стягнення працівник не матиме нового дисциплінарного стягнення, то він вважається таким, що не має дисциплінарного стягнення. Якщо працівник не допустив нового порушення трудової дисципліни та проявив себе як сумлінний працівник, то стягнення може бути зняте до закінчення одного року. Впродовж строку дії дисциплінарного стягнення заходи заохочення до працівника не застосовуються.

Згідно із ст. 152 КЗпП власник має право замість накладання дисциплінарного стягнення передати питання про порушення трудової дисципліни на розгляд трудового колективу або його органу. Нормативними актами колишнього СРСР, окрім дисциплінарної відповідальності, передбачалися інші правові заходи забезпечення трудової дисципліни. Проте багато з них або суперечать чинному законодавству України, або можуть бути врегульовані на договірному рівні, наприклад, у колективному договорі підприємства. Так, позбавлення премій і винагород за результатами роботи за рік може бути передбачено в локальних нормативних актах підприємства, однак у таких актах необхідно встановити конкретні умови та порядок позбавлення премій. Разом із тим премії, передбачені системою оплати праці, не можуть застосовуватись як захід дисциплінарного впливу. Крім того, за грубе порушення технологічної дисципліни й інші серйозні порушення, які спричинили погіршення якості продукції, робітникам може бути знижено кваліфікацію на один розряд (ст. 96 КЗпП України). Хоча формально це не захід дисциплінарного впливу, але по суті його слід вважати таким, оскільки він зумовлює зменшення

заробітної плати працівника, тобто є санкцією матеріального характеру.

Згідно з чинним законодавством не можна застосовувати такої санкції, як перенесення працівникові часу чергової відпустки, а також зменшення тривалості щорічної відпустки на кількість днів прогулу працівнику, який був відсутній на роботі без поважної причини. Цей захід суперечить статтям 43 і 45 Конституції України та Закону України «Про відпустки» від 15.09.1996 р. № 504/96-ВР, згідно з яким щорічна основна відпустка надається працівникам тривалістю не менше 24 календарних днів і не може бути засобом забезпечення трудової дисципліни.

Спеціальна дисциплінарна відповідальність передбачена чинним законодавством України тільки для окремих категорій працівників на підставі статутів і положень про дисципліну, спеціальних нормативних актів. Зазначений вид відповідальності характеризується спеціальним суб'єктом, особливим характером дисциплінарного проступку, спеціальними видами дисциплінарних стягнень, специфічним порядком їх накладення і оскарження.

Спеціальна дисциплінарна відповідальність працівників відрізняється від загальної ширшим змістом дисциплінарного проступку, суворішими санкціями. Так, для певних категорій працівників вимоги морального змісту включені в їх трудові обов'язки. Це стосується суддів, прокурорів, державних службовців, працівників, які виконують виховні функції, та інших. Недотримання таких норм, аморальна поведінка не тільки під час роботи, а й у побуті є підставою для притягнення працівника до дисциплінарної відповідальності (аж до звільнення з посади) [3, с. 445, 446].

Законодавством, статутами та положеннями про дисципліну передбачено чималий перелік дисциплінарних стягнень. Так, Дисциплінарний статут прокуратури України передбачає як дисциплінарні стягнення такі заходи впливу: догана; пониження в класному чині; пониження в посаді; позбавлення нагрудного Знака «Почесний працівник прокуратури України»; звільнення; звільнення з позбавленням класного чину.

Чинне законодавство передбачає інші, ніж для загальної дисциплінарної відповідальності, строки накладення дисциплінарного стягнення. Так, Дисциплінарний статут прокуратури встановлює, що дисциплінарне стягнення застосовується впродовж одного місяця з дня виявлення проступку, без урахування часу службової перевірки, тимчасової непрацездатності працівника та перебування його у відпустці, але не пізніше одного року від дня проступку. Строк службової перевірки не може перевищувати двох місяців. У разі

вчинення працівником діяння, несумісного з перебуванням на роботі в органах прокуратури, його звільнення відбувається незалежно від часу вчинення проступку.

Дисциплінарне стягнення може бути оскаржене прокурорським працівником до Генерального прокурора України в місячний строк від дня ознайомлення з наказом. Генеральний прокурор приймає рішення у 10-денний строк, а у разі здійснення перевірки – не пізніше одного місяця з дня надходження скарги; при цьому він має право як скасувати дисциплінарне стягнення, так і посилити або пом'якшити його. У разі незаконного пониження на посаді або звільнення працівника з посади Генеральний прокурор видає наказ про поновлення на посаді з виплатою середньомісячного заробітку за час вимушеного прогулу або різниці в заробітній платі за час роботи на нижче оплачуваній роботі, але не більше, ніж за три місяці. Якщо не з вини працівника час вимушеного прогулу становить більше трьох місяців, Генеральний прокурор може прийняти рішення про виплату середньомісячного заробітку за весь час вимушеного прогулу. Поновлення в попередньому класному чині або на попередній посаді може провадитися тільки в порядку атестування.

Дисциплінарна відповідальність державних службовців регулюється не тільки загальними, а й спеціальними нормами трудового права, тому ця дисциплінарна відповідальність повинна називатися спеціальною.

Видові особливості дисциплінарної відповідальності державних службовців зумовлені особливостями державної служби та врегульовані законами України «Про державну службу», «Про прокуратуру»; Статутом про дисципліну працівників спеціальних (воєнізованих) аварійно-рятувальних служб; Дисциплінарним статутом прокуратури України; Положенням про дисципліну працівників залізничного транспорту й іншими законодавчими актами. Відповідно до цих актів, спеціальна відповідальність різних категорій державних службовців різниться за суб'єктами дисциплінарної відповідальності та дисциплінарної влади; видами дисциплінарних правопорушень і дисциплінарних стягнень; порядком притягнення до дисциплінарної відповідальності й оскарження накладених дисциплінарних стягнень.

Вважається, що порушення державним службовцем своїх обов'язків є порушенням службової дисципліни, тобто специфічним різновидом порушення трудової дисципліни. Щоб з'ясувати, які заходи дисциплінарного впливу можуть бути застосовані до державного службовця, потрібно звернутися до норм трудового законодавства, а також врахувати положення Закону України «Про державну

службу», що передбачають додаткові та специфічні заходи дисциплінарного впливу. За загальним правилом, додаткові заходи дисциплінарних стягнень до державних службовців, передбачені спеціальним Законом, повинні застосовуватись у порядку, визначеному КЗпП. Це підтверджується, зокрема, тим, що відповідно до Кодексу:

- законодавство України про працю регулює трудові відносини працівників усіх підприємств, установ, організацій, незалежно від форм власності, виду діяльності та галузевої належності;

- особливості регулювання праці деяких категорій працівників у певних питаннях можуть встановлюватися лише законами;

- працівники повинні працювати чесно та сумлінно, дотримуватися дисципліни праці, своєчасно і точно виконувати розпорядження власника або уповноваженого ним органу, підвищувати продуктивність праці тощо;

- трудовий розпорядок на підприємствах, в установах, організаціях визначається правилами внутрішнього трудового розпорядку, затвердженими трудовим колективом за поданням власника або уповноваженого ним органу і профспілкового комітету;

- у деяких галузях господарства для певних категорій працівників діють статuti, положення про дисципліну;

- за порушення трудової дисципліни до працівника може бути застосовано тільки один із заходів стягнення – догана; звільнення; дисциплінарні стягнення, передбачені для певних категорій працівників спеціальним законодавством, статутами і положеннями про дисципліну. Дисциплінарні стягнення застосовує орган, який має право приймати на роботу (обрання, затвердження, призначення на посаду). При цьому на працівників, які несуть дисциплінарну відповідальність за статутами, положеннями про дисципліну й іншими актами законодавства про дисципліну, дисциплінарні стягнення можуть накладатися також органами, вищими стосовно зазначених органів;

- працівники, які обіймають виборні посади, можуть бути звільнені з роботи тільки за рішенням органу, що їх обрав, і лише з підстав, передбачених чинним законодавством;

- власник або уповноважений ним орган має право, замість накладення дисциплінарного стягнення, передати питання про порушення трудової дисципліни на розгляд трудового колективу або його органу;

- дисциплінарні стягнення можуть бути оскаржені працівником у порядку, встановленому чинним законодавством.

У досліджуваній проблемі заслуговують на увагу основні ознаки, що розмежовують загальну та спеціальну (специфічну) дисциплінарну відповідальність. Насамперед визна-

чимо спільні ознаки всіх видів дисциплінарної відповідальності:

- наявність підстав дисциплінарної відповідальності, тобто порушення трудової дисципліни (дисциплінарне правопорушення);

- накладання лише тих дисциплінарних стягнень, що прямо передбачені у відповідних нормативно-правових актах;

- застосування за кожне порушення трудової дисципліни тільки одного дисциплінарного стягнення;

- вибір дисциплінарного стягнення з урахуванням тяжкості проступку та завданої шкоди, а також обставин, за яких здійснено проступок, з урахуванням попередньої роботи працівника;

- визнання працівника таким, що не має дисциплінарного стягнення, якщо упродовж одного року з дня накладення дисциплінарного стягнення він не матиме нового дисциплінарного стягнення;

- можливість зняття дисциплінарного стягнення до кінця року, якщо працівник не вчинив нового порушення трудової дисципліни та поведився як сумлінний працівник.

О. Абрамова вважає, що спеціальна дисциплінарна відповідальність відрізняється від загальної чотирма ознаками: переліком осіб, на яких вона поширюється; переліком осіб і органів, наділених дисциплінарною владою; додатковими стягненнями; порядком оскарження стягнень [4, с. 106]. С. Голощанов виділяє п'ять особливостей – особливий термін оскарження накладених стягнень [5, с. 233]. О. Барабаш доповнює цей перелік ще однією особливістю – наявністю в осіб і органів, наділених дисциплінарною владою, особливого обсягу дисциплінарних прав [6, с. 33].

На нашу думку, необхідно збільшити цей перелік ще однією ознакою – строк притягнення винних осіб до дисциплінарної відповідальності. Так, Дисциплінарний статут прокуратури встановлює, що дисциплінарне стягнення застосовується впродовж одного місяця з дня виявлення проступку, без часу службової перевірки, тимчасової непрацездатності працівника і перебування його у відпустці, але не пізніше одного року від дня проступку. Строк службової перевірки не може перевищувати двох місяців. У разі вчинення працівником діяння, не сумісного з перебуванням на роботі в органах прокуратури, його звільнення провадиться незалежно від часу вчинення проступку.

Однак і цей перелік є неповним, оскільки не виділено особливого порядку притягнення до такої відповідальності, а також спеціальних підстав. Крім того, не визначений особливий порядок внесення відомостей щодо притягнення до дисциплінарної відповідальності

ті. Так, ст. 21 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р. (в редакції від 26.10.2014 р.) визначена можливість, внесення відомостей про накладення дисциплінарного стягнення за корупційне правопорушення до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, протягом трьох робочих днів із дня надходження до Міністерства юстиції України від кадрової служби державного органу, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, а також підприємства, установи й організації, посадові особи яких є суб'єктами відповідальності за корупційні правопорушення, електронної та завіреної в установленому порядку паперової копії наказу про накладення дисциплінарного стягнення. Це дає нам підстави внести доповнення до переліку ознак спеціальної дисциплінарної відповідальності.

Таким чином, спеціальна дисциплінарна відповідальність відрізняється від загальної тим, що:

- встановлюється спеціальним трудовим законодавством і поширюється тільки на працівників, визначених ним;

- у визначених випадках може застосовуватися не тільки особами, які користуються правом прийому та звільнення працівників, а й іншими особами й органами;

- допускає можливість застосування не лише загальних, а й спеціальних дисциплінарних санкцій (позбавлення машиніста права керувати локомотивом із правом роботи помічником машиніста; позбавлення свідомства водія моторно-рейкового транспорту незмінного типу та свідомства помічника машиніста локомотива з наданням роботи, не пов'язаної з керуванням локомотивом і моторно-рейковим транспортом на строк до одного року тощо);

- реалізується з дотриманням спеціальної процедури;

- встановлює спеціальні строки притягнення;

- має особливий порядок і спеціальні підстави залучення до такої відповідальності;

- передбачає спеціальний порядок і строки оскарження дисциплінарних санкцій;

- має особливий порядок внесення відомостей про накладення дисциплінарного стягнення.

Дисциплінарними правопорушеннями в органах державної влади є невиконання чи неналежне виконання службових обов'язків, перевищення своїх повноважень, порушення обмежень, пов'язаних із державною службою, вчинок, який ганьбить державного службовця або дискредитує державний орган, де він працює, невиконання службових обов'язків, що призвело до людських жертв або заподіяло значну матеріальну чи моральну шкоду

громадянинові, державі, підприємству, установі, організації чи об'єднанню громадян. Крім того, статті 6–10 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» передбачають обмеження щодо використання службового становища, за порушення яких службовець притягається до відповідальності. Так, державному службовцю встановлюються такі обмеження:

- щодо використання службового становища, а саме – особам, зазначеним у пунктах 1–3 ч. 1 ст. 4 цього Закону, забороняється використовувати свої службові повноваження та пов'язані з цим можливості з метою одержання неправомірної вигоди або у зв'язку з прийняттям обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, у тому числі: неправомірно сприяти фізичним або юридичним особам у здійсненні ними господарської діяльності, одержанні субсидій, субвенцій, дотацій, кредитів, пільг, укладанні контрактів (у тому числі на закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти); неправомірно сприяти призначенню на посаду особи; неправомірно втручатися в діяльність органів державної влади, органів місцевого самоврядування або посадових осіб; неправомірно надавати перевагу фізичним або юридичним особам у зв'язку з підготовкою проектів, виданням нормативно-правових актів і прийняттям рішень, затвердженням (погодженням) висновків;

- щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, а саме – особам, зазначеним у п. 1 ч. 1 ст. 4 цього Закону, забороняється: займатися іншою оплачуваною (крім викладацької, наукової та творчої діяльності, медичної практики, інструкторської та суддівської практики із спорту) або підприємницькою діяльністю, якщо інше не передбачено Конституцією чи законами України; входити до складу правління, інших виконавчих чи контрольних органів, чи наглядової ради підприємства або організації, що має на меті одержання прибутку (крім випадків, коли особи здійснюють функції з управління акціями (частками, паями), що належать державі чи територіальній громаді, та представляють інтереси держави чи територіальної громади в раді (спостережній раді), ревізійній комісії господарської організації), якщо інше не передбачено Конституцією або законами України;

- щодо одержання дарунків (пожертв);

- щодо близьких осіб, а саме – не можуть мати у безпосередньому підпорядкуванні близьких їм осіб або бути безпосередньо підпорядкованими у зв'язку з виконанням повноважень близьким їм особам;

- щодо осіб, які звільнилися з посад або припинили діяльність, пов'язану з виконанням функцій держави, місцевого самоврядування, а саме, заборонено: укладати трудові

договори (контракти) або вчиняти правочини у сфері підприємницької діяльності з підприємствами, установами чи організаціями незалежно від форми власності або фізичними особами – підприємцями, якщо зазначені особи протягом року до дня припинення виконання функцій держави або місцевого самоврядування здійснювали повноваження з контролю, нагляду або підготовки чи прийняття відповідних рішень щодо діяльності цих підприємств, установ чи організацій або фізичних осіб – підприємців; розголошувати або використовувати в інший спосіб у своїх інтересах інформацію, яка стала їм відома у зв'язку з виконанням службових повноважень, крім випадків, установлених законом; представляти інтереси будь-якої особи у справах (у тому числі в тих, що розглядаються в судах), в яких іншою стороною є орган (органи), в якому (яких) вони працювали.

Крім того, ст. 16 Закону України «Про державну службу» державним службовцям заборонено брати участь у страйках і вчиняти інші дії, що перешкоджають нормальному функціонуванню державного органу.

Висновки

Дисциплінарна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, що має односторонній характер і полягає в обов'язку працівника відповідати перед роботодавцем за скоєний дисциплінарний проступок, зазнати відповідного дисциплінарного стягнення, пе-

редбаченого нормами трудового законодавства. Вона має два види, які за своєю природою відрізняються один від одного. Загальна дисциплінарна відповідальність настає за Кодексом законів про працю України, а спеціальна – за відповідними спеціальними нормативними актами.

Таким чином, *спеціальна дисциплінарна відповідальність – це особливий вид дисциплінарної відповідальності чітко визначеного переліку суб'єктів, які за вчинений дисциплінарний проступок можуть притягатись у межах спеціальних нормативних актів до більш жорстких заходів дисциплінарного впливу за особливим порядком, на особливих підставах, у спеціально встановлені строки їх накладення та в особливому порядку їх оскарження.*

Список використаних джерел

1. Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран: Международные нормы труда / Под ред. М. В. Лушниковой. – М., 2008. – 608 с.
2. Сыроватская Л. А. Ответственность за нарушение трудового законодательства. – М., 1990. – 176 с.
3. Болотина Н. Б. Трудовое право Украины. – К., 2003. – 725 с.
4. Абрамова А. А. Дисциплина труда в СССР. – М., 1969. – 176 с.
5. Советское трудовое право / Под ред. В. С. Андреева. – М., 1976. – 415 с.
6. Барабаш О. Т. Дисциплина праці. – Х., 1994. – 52 с.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article examines the main differences of general and special disciplinary liability. The issue of delimitation of disciplinary and material liability is examined.

Стаття посвячена аналізу основних отличий общей и специальной дисциплинарной ответственности, исследованию вопроса разграничения дисциплинарной и материальной ответственности.



УДК 346 : 347.736 / 738 : 340.5

Валерія Радзивілюк,

*д-р юрид. наук,
доцент кафедри господарського права
юридичного факультету
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОСУДОВИХ ПРОЦЕДУР І ЗАХОДІВ ЗАПОБІГАННЯ БАНКРУТСТВУ (НЕСПРОМОЖНОСТІ) У РАДЯНСЬКОМУ ПЕРІОДІ

У статті досліджується розвиток правового регулювання досудових процедур і заходів запобігання банкрутству (неспроможності) у радянський період, розкриваються вади та позитивні ознаки правового регулювання досудових процедур і заходів запобігання банкрутству (неспроможності).

Ключові слова: банкрутство, неспроможність, запобігання банкрутству (неспроможності), досудові процедури та заходи.

Дослідження досудових аспектів запобігання банкрутству (неспроможності), на відміну від дослідження загальних проблем банкрутства (неспроможності) та деяких окремих питань зазначеної тематики, не отримали достатнього розвитку у вітчизняній науці. Ще гірше становище існує у сфері дослідження історичного розвитку процедур і заходів, що застосовуються до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), конкурсного провадження. Точніше, такі дослідження відсутні взагалі.

Визначення сутності процедур і заходів, що застосовуються до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), їх місця у сучасному механізмі правового регулювання банкрутства (неспроможності) передбачає попереднє з'ясування процесу їх виникнення та формування, оскільки такий підхід дозволить дослідити притаманні їм зв'язки, що зумовлюють логіку історичної послідовності розвитку правового регулювання зазначених явищ, виявити ті правові конструкції й особливості, що знайшли застосування у наш час.

Поява та генезис правил про неспроможність (банкрутство) пов'язані з об'єктивними потребами суспільства на тому чи іншому етапі його розвитку. При цьому кожному етапу розвитку суспільства відповідають правові приписи, що відображають стан відповідних суспільних відносин у конкретний період.

На початку новітньої історії (XX ст.) у законодавстві про банкрутство (неспромож-

ність), конкурсному законодавстві з'явилася тенденція переходу від домінуючої ідеї конкурсного процесу, провадження у справі про банкрутство (неспроможність) – розпродажу майна неплатоспроможного боржника і найбільш справедливого його розподілу між кредиторами до ідеї використання засобів запобігання відкриттю конкурсного процесу, провадження у справі про банкрутство (неспроможність), а в рамках провадження, що вже почалося – процедур, які мають на меті відновлення економічного становища боржника та судове врегулювання боргів, і тільки у випадку неможливості розв'язання всіх цих питань застосовується ліквідація майна боржника аж до припинення правосуб'єктності підприємства-боржника [1, с. 15].

Соціально-політичні й економічні зміни, пов'язані з початком XX ст., не могли не вплинути на регламентацію відносин банкрутства (неспроможності) та відповідно заходів і процедур, що проводяться до порушення провадження у справі про банкрутство (неспроможність), і на території нашої країни.

У першому єдиному Законі про кооперацію, що регламентував правовий статус майже всіх видів кооперативів (за винятком кредитних кооперативів та артілей) та мав назву «Положення про кооперативні товариства та їх спілки» від 20.03.1917 р. передбачалося положення про можливість припинення діяльності кооперативу у *позасудовому порядку* з метою запобігання його банкрутству (неспроможності) за постановою за-

гальних зборів кооперативу з причини його неплатоспроможності. Про це свідчить і відсутність у названому Законі положень, які б надавали можливість припинити діяльність кооперативу з метою попередження його банкрутства (неспроможності) за рішенням адміністративної влади або навіть суду [2, с. 128].

Прийняті у 20-х роках минулого сторіччя цивільні та цивільно-процесуальні кодекси радянських республік містили певні положення щодо врегулювання проблем неплатоспроможності. Так, щодо державних неплатоспроможних підприємств повинні були застосовуватися спеціальні процедури, зокрема процедура «особливого управління», що передбачена для тих державних підприємств, в існуванні яких була заінтересована держава. Для таких боржників існувала можливість відстрочки, розстрочки або зменшення боргу; до них також могла бути застосована реорганізація й інші заходи, спрямовані на оздоровлення економічного та фінансового стану підприємств, ефективно використання, закріпленої за ними державної власності [3, с. 576].

Однак наведені положення мали декларативний характер і практично не застосовувалися на практиці навіть за часів НЕПу. Згадані норми збереглися у цивільному законодавстві до початку 60-х років ХХ ст.

За радянських часів, коли остаточно була впроваджена планово-адміністративна економіка, що засновувалася на державній власності, необхідність в існуванні відносин банкрутства (неспроможності) по суті втратила будь-який сенс, оскільки вони були не сумісні з економічною політикою того часу, з пануванням державної власності тощо. Держава-власник могла вільно поступати із своїми неплатниками у кожному конкретному випадку так, як вона вважала за доцільне, не звертаючись до процедур судового розгляду. Загальною практикою було державне дотування збиткових галузей народного господарства й окремих підприємств. Як зазначав Б. Поляков: «якщо підприємство було цілком збитковим, то його або ліквідували або приєднували до прибуткових. У міністерствах та відомствах створювалися спеціальні фонди для підтримки збиткових підприємств» [4, с. 60].

У такому ж становищі, але з певними особливостями, перебували й суб'єкти недержавної форми власності, а саме – колгоспно-кооперативної. Проблема подолання неплатоспроможності суб'єктів недержавної форми власності вирішувалася не у порядку судового провадження, а якісно іншими адміністративно-правовими заходами. Наприклад, із хронічно неплатоспроможних колгоспів держава періодично списувала непога-

шені ними банківські позики й інші накопичені безнадійні борги або такі колгоспи перетворювалися на радгоспи та на них поширювався режим державних дотацій для покриття збитків [3, с. 574].

З початком проведення реформування економіки (наприкінці радянського періоду) спроба вирішення у позасудовому порядку долі неплатоспроможних боржників була закріплена положеннями декількох законодавчих актів. Такі положення містились у Законі СРСР «Про кооперацію в СРСР» від 26.05.1988 р. № 8998-ХІ. Цим Законом, зокрема ч. 3 ст. 23, передбачалося, що кооператив може бути об'явлений банком неплатоспроможним, якщо він систематично не виконує свої зобов'язання по розрахункам. До прийняття заходів щодо фінансового оздоровлення кооперативу черговість платежів за його зобов'язаннями визначалася банком. Кредиторам, якими виступали підприємства (організації), надавалася можливість припинення поставки продукції та надання послуг кооперативу, що був об'явлений неплатоспроможним. Виняток кооператив міг бути кредитований під гарантію підприємства (організації), при якому він був створений, або кооперативного органу.

При збитковості та неплатоспроможності кооперативу банк у законодавчому порядку наділявся також правом порушувати питання перед виконавчим комітетом місцевої ради народних депутатів про ліквідацію кооперативу (із забезпеченням майнових інтересів усіх кредиторів).

Слід зазначити, що зміни, внесені до Закону «Про кооперацію в СРСР» у 1990 р. [5], полягали й у тому, що із ст. 15 цього Закону була виключена вказівка на збитковість як підставу для припинення діяльності кооперативу за рішенням виконавчого комітету місцевої ради народних депутатів. Крім того, як зазначала Т. Абова, закон 1990 р. більш точно характеризує неплатоспроможність кооперативу як підставу ліквідації його за рішенням виконкому; вона розуміється як нездатність вести розрахунки з контрагентами з причини відсутності коштів більше шести місяців, тобто бути стійкою. Відповідні зміни внесені й у ст. 23 Закону про кооперацію, де йдеться про право банку поставити перед виконкомом питання про ліквідацію кооперативу у зв'язку з його неплатоспроможністю. Отже, на думку Т. Абової, кооператив слід ліквідувати не тому, що він працює собі на збиток, а тому, що завдає шкоду іншим [6, с. 35].

Висновок про неплатоспроможність кооперативу робився на підставі: даних про його фінансове становище, які містилися в актах фінорганів або в інших документах, зо-

крема у розпорядженні банку про об'яву кооперативу неплатоспроможним і припиненні кредитором поставок йому продукції та надання послуг; у листах банку, якими перед виконкомом місцевої ради народних депутатів порушувалося питання про ліквідацію кооперативу внаслідок його неплатоспроможності; у письмових доказах, що підтверджували тривалу (більш як шість місяців) неплатоспроможність кооперативу тощо [7, с. 87; 8, с. 23–24].

Відповідно до ч. 2 ст. 15 Закону «Про операцію в СРСР» діяльність кооперативу у випадку його неплатоспроможності могла бути припинена за рішенням виконкому місцевої ради народних депутатів, що зареєстрував кооператив. Таке рішення могло бути у трьохмісячний строк оскаржене у виконавчий комітет вищестоящий ради народних депутатів, Раду Міністрів автономної республіки, Раду Міністрів союзної республіки, яка не має обласного поділу, або до суду.

Заслугове на увагу думка В. Кулакова стосовно того, що в Законі про операцію 1988 р. був закріплений не демократичний порядок припинення діяльності кооперативу: він може бути закритий навіть за рішенням не суду, а відповідного виконкому ради народних депутатів. Оскаржити це рішення кооператив може у вищестоящу раду народних депутатів і далі по адміністративним сходам – аж до Ради Міністрів союзної республіки. Правда, можлива й альтернатива – звернення до суду [2, с. 128].

У разі прийняття виконкомом місцевої ради народних депутатів рішення про припинення діяльності кооперативу у зв'язку з його неплатоспроможністю відповідний виконком повинен був створити ліквідаційну комісію, яка надіялася досить широким колом повноважень. Ліквідаційна комісія [9, с. 114]:

- виявляла претензії до кооперативу з боку організацій і громадян;
- повертала отримане кооперативом у користування на безоплатних або орендних засадах будівлі, помешкання, обладнання й інші матеріальні цінності, надані кооперативу організаціями та громадянами;
- реалізувала належні кооперативу на праві власності будівлі, споруди, машини, обладнання, запаси сировини, матеріалів, залишки нереалізованої готової продукції й інше майно;
- виплачувала заробіток громадянам, які працювали у кооперативі за трудовим договором;
- розподіляла грошові кошти, що залишилися між членами кооперативу у порядку та на умовах, що передбачені статутом конкретного кооперативу.

Немає сумнівів у тому, що заходи, які могли бути застосовані щодо неплатоспроможних кооперативів, належали до позасудових заходів запобігання банкрутству (неспроможності).

До позитивних ознак Закону «Про операцію в СРСР» 1988 р. можна віднести законодавче закріплення терміна «фінансове оздоровлення» та можливість визначення черговості платежів різного роду кредиторам. Проте змістовне наповнення терміна «фінансове оздоровлення» у згаданому Законі було відсутнє, не визначався механізм його здійснення, відсутній був перелік заходів, які могли би бути застосовані при його введенні (крім вказівки на те, що як виняток кооператив міг бути кредитований під гарантію підприємства (організації), при якому він створений, або кооперативного органу), тощо.

Через декілька років після прийняття Закону «Про операцію в СРСР» 1988 р., Закон СРСР «Про підприємства в СРСР» від 04.06.1990 р. у більш стислому вигляді закріпив майже аналогічне положення стосовно того, що підприємство, яке систематично не виконує свої зобов'язання за розрахунками, може бути оголошене банком неплатоспроможним; заходи впливу та порядок їх застосування до таких підприємств визначаються банками відповідно до законодавчих актів СРСР (ч. 6 ст. 27) [10]. Відповідну норму мала й ч. 6 ст. 24 Закону Української РСР «Про підприємства в Українській РСР» від 27.03.1991 р. № 887-ХІІ.

Заходи позасудового впливу на неплатоспроможних боржників, регламентовані законодавством, яке діяло наприкінці радянського періоду, могли бути застосовані не тільки до підприємств державної форми власності, а й до кооперативних утворень. Такі заходи, по суті, мали характер адміністративно-правових, проте це не заважає розглядати названі заходи, як заходи позасудового впливу на боржника, що мали на меті запобігання його банкрутству (неспроможності), але вони не отримали необхідної конкретизації та розвитку. Був відсутній і правовий механізм застосування вказаних заходів. У законах, прийнятих наприкінці радянського періоду, не визначалося, що слід розуміти під систематичним невиконанням підприємством своїх зобов'язань за розрахунками, не визначалися також заходи впливу до неплатоспроможного підприємства та порядок їх застосування банківськими установами. В нормативному порядку ці питання так і не були врегульовані.

При характеристиці розвитку правового регулювання досудових відносин запобігання банкрутству (неспроможності) на етапі, що розглядається, заслугове також на увагу

те, що положення, присвячені регламентації питань подолання неплатоспроможності кооперативних утворень і державних підприємств, не були тотожними. Дослідники того часу зазначали, що навіть у цьому невеликому питанні простежується різниця між кооперативом і державним госпорганом. Збитковість останнього веде до несприятливих наслідків для системи, до якої він входить: знадобляться дотації, реорганізація або інші дії [6, с. 35].

Список використаних джерел

1. Васильев Е. А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах. – М., 1989. – 89 с.
2. Кулаков В. В. Закон 20 марта 1917 г. о кооперации и его место в истории кооперативного права в России // Советское государство и право. – 1990. – № 10. – С. 123–129.
3. Жилинский С. Э. Правовая основа предпринимательской деятельности (предпринимательское право). – М., 1998. – 672 с.
4. Поляков Б. М. Историчний нарис правового регулювання відносин неспроможності (банкрутства) в Україні // Санація та банкрутство. – 2006. – № 3. – С. 60–65.
5. О внесении изменений и дополнений в Закон СССР «О кооперации в СССР»: Закон СССР от 06.06.1990 г. № 2014-1 // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. – 1990. – № 26. – Ст. 489.
6. Абова Т. Е. Об изменениях в Законе о кооперации в СССР // Хозяйство и право. – 1990. – № 9. – С. 24–36.
7. Пискарев И. Рассмотрение судами дел с участием кооперативов // Хозяйство и право. – 1991. – № 2. – С. 85–94.
8. Лутченко Ю., Кичка Н. Судебная практика по кооперативным делам // Хозяйство и право. – 1992. – № 6. – С. 21–26.
9. Мусин В. А., Соболевский И. А. Индивидуальная и кооперативная трудовая деятельность: правовое регулирование. – Л., 1989. – 224 с.
10. Новые возможности предпринимательства / В. Б. Аверьянов, В. П. Нагребельный, В. И. Семчик и др.; Под ред. В. Б. Аверьянова. – К., 1991. – 380 с.

Стаття надійшла до редакції 08.12.2014 р.

This article examines research of the development of legal regulations of pre-trial procedures and measures aimed to prevent bankruptcy (insolvency), starting from beginning of soviet period until the end of it. In proposed article we open up limitations and positive trait of legal regulations of pre-trial procedures and measures aimed to prevent bankruptcy (insolvency).

В статтє досліджується розвиток правового регулювання досудебних процедур и мер предупреждения банкротства (несостоятельности) в советский период, раскрываются недостатки и позитивные черты правового регулювання досудебных процедур и мер предупреждения банкротства (несостоятельности).



УДК 346.7

Віталій Пашков,

д-р юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільного, господарського та екологічного права
Полтавського юридичного інституту
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КОНКУРЕНТОСПРОМОЖНОСТІ ФАРМАЦЕВТИЧНОЇ ПРОДУКЦІЇ

У статті досліджуються питання забезпечення конкурентоспроможності фармринку, зокрема шляхом запровадження належних практик, тобто загальновизнаної у світі системи стандартизації GMP, GDP, GPP, GLP тощо, аналізується призначення регуляторної системи на фармацевтичному ринку як невід'ємної складової запровадження належних практик і якісних, безпечних та ефективних медикаментів.

Ключові слова: суб'єкти фармацевтичного ринку, фармацевтична продукція, система належних практик, забезпечення конкурентоспроможності.

Проблема конкурентоспроможності носить універсальний характер. Вона стоїть перед практично всіма учасниками фармацевтичного ринку України. За останні роки розвиток фармацевтичного ринку як у світі, так і в Україні є безпрецедентним. Зростання потреби в лікарських засобах, обсягу й асортименту їх пропонування, економічної привабливості фармацевтичного бізнесу, кількості суб'єктів господарювання, а звідси – ріст конкуренції спонукають товаровиробників цієї специфічної продукції до запровадження нових стратегій і програм, спрямованих на підвищення своєї конкурентоспроможності, завоювання й утримання стійких конкурентних позицій [1]. Як наслідок, фармринки характеризуються швидким зростанням промислового виробництва, високим рівнем конкуренції та насиченості. Разом із тим цей ринок має ряд особливостей, що відрізняють його від ринків інших товарів, а саме – різноманітний асортимент препаратів, тривалий цикл розробки, висока наукоємність, нееластичний попит, тобто залежність попиту від епідемії, стихійних лих, інших екстремальних ситуацій [2]. Так, за станом на 12.03.2014 р. на фармацевтичному ринку України присутня продукція 116 вітчизняних виробників, серед яких лише 22 – виробляють лікарські засоби з часів СРСР [3], а всі інші – це новотворенні суб'єкти фармацевтичного ринку. Зростання ж конкуренції на фармринку спонукає окремих суб'єктів фармацевтичного ринку до пошуку принципово нових моделей розвитку, формувати нову філософію існування

у змінній системі охорони здоров'я, внаслідок чого зростають витрати на науково-дослідні та дослідно-конструкторські роботи (за відсутності впевненості в їх прибутковості, а в деяких випадках і окупності) [4]. Більше того проблеми конкурентоспроможності окремих видів фармацевтичної продукції є актуальними в умовах сьогодення, тобто в умовах кризових явищ, пов'язаних, у тому числі, з проведенням антитерористичної операції в Україні. Так, за перше півріччя 2014 р. сукупний продаж товарів «аптечного кошика» досяг 19,9 млрд грн за 940,9 упаковок. При цьому у грошовому виразі спостерігається приріст в обсязі 15,8 %, а в натуральному виразі – зменшення обсягів на 4,4 % [5]. Однак, на нашу думку, одним із основних критеріїв забезпечення конкурентоспроможності для суб'єктів фармринку є критерій, що безпосередньо пов'язаний із процесами глобалізації, передусім запровадженням системи GXP, тобто системи належних практик більшості розвинутих країн: GMP (належна виробнича практика); GDP (належна практика дистрибуції); GPP (належна аптечна практика); GLP (належна лабораторна практика) тощо. Наприклад, наявність національного сертифіката GMP дозволяє українським фармацевтам поводити, але впевнено освоювати зарубіжні ринки [4].

Зрозуміло, що запровадження згаданих належних практик, розрахованих, у тому числі, на вітчизняних пацієнтів, потребує вкладення значних фінансових ресурсів і зумовлює припинення діяльності окремих суб'єктів фармацевтичного ринку, окремих видів

фармацевтичних виробництв. Так, до масового запровадження GMP дослідники налічували 160 виробників лікарських засобів [6]. Однак саме ця система належних практик (як загально визнана у світі система забезпечення якості лікарських засобів на всіх етапах їх життєвого циклу) є не лише результатом гармонізації законодавства України, зокрема, до законодавства ЄС, а й інструментом впровадження інноваційного інвестування та, як наслідок, забезпечення якості фармпродукції, що є невід'ємною складовою підвищення рівня конкурентоспроможності фармацевтичної продукції.

На думку відомого дослідника організації фармацевтичної справи Ю. Подпруги, фармацевтичний ринок ще не так давно здригався від численних резонансних «заборон виробництва», «вилучення з обігу» тощо, які в умовах запровадження GMP є подіями фактично неможливими, що більше нагадують недобросовісну конкуренцію, а не турботу про пацієнта [7]. І саме в цьому контексті виникає проблема забезпечення балансу публічних і приватних інтересів на фармринку. Справа в тому, що забезпечення окремих видів належних практик є обов'язковою умовою отримання відповідних дозволів на здійснення діяльності на фармринку та здійснення експортно-імпоротної діяльності щодо фармпродукції. І хоча держава заінтересована у розвитку потужної промисловості, в тому числі фармацевтичної, проблема забезпечення громадян якісними й ефективними медичними препаратами є не менш важливою проблемою, що впливає на конкурентоспроможність окремих суб'єктів фармринку.

Теоретико-методичним проблемам забезпечення конкурентоспроможності в умовах ринкової економіки та використання конкурентних переваг приділяється особлива увага в роботах Д. Задихайло, В. Мамотова, О. Подцерковного, В. Устименко, О. Шаповалової, В. Щербини й інших. Однак зазначені науковці не розглядали особливості забезпечення конкурентоспроможності продукції на фармацевтичному ринку в контексті забезпечення державою балансу публічних і приватних інтересів при здійсненні фармацевтичної діяльності, у тому числі за умови необхідності запровадження належних практик.

Метою цієї статті є дослідження особливостей господарсько-правового забезпечення конкурентоспроможності фармацевтичної продукції в умовах глобалізації економіки України та гармонізації фармацевтичного законодавства з законодавством ЄС.

Для сучасної світової економіки характерним є інтернаціоналізація господарського

життя у формі інтеграції – об'єднання ринків, виробництв окремих країн у зону вільної торгівлі та підприємництва, що створює передумови транснаціоналізації, тобто взаємопереплетіння економік різних країн унаслідок створення транснаціонального капіталу, який функціонує на всіх національних сегментах галузевих ринків, і, врешті-решт, вищої форми інтернаціоналізації – формування глобальних ринків [8]. Хоча національна специфіка поділу економічної влади в межах вітчизняної економічної системи полягає в домінуванні в ній «власних» олігархічних промислово-фінансових груп, що шляхом монополізації низки галузей і свого впливу на політику держави більш-менш успішно спромоглися не допустити іноземні ТНК на національний ринок та уникнути в такий спосіб прямої конкуренції з ними [9]. Разом із тим слід зазначити, що на фармацевтичному ринку посилюється конкурентна боротьба як українських виробників з імпортерами, так і між вітчизняними виробниками фармпродукції.

Загостренню конкуренції неабиякою мірою сприяє так зване дублювання номенклатури. Не рідкість, коли декілька вітчизняних виробників випускають декілька варіантів однієї і тієї ж молекули. Іншими словами, з тисячі найменувань ринок одержує 150–200 реальних молекул [4]. Крім того, на думку окремих дослідників, стан вітчизняного фармацевтичного виробництва характеризується значним відставанням від закордонних підприємств, зумовленим недостатньою пристосованістю до нових господарських умов і дефіцитом інвестиційних ресурсів [10], що зводить нанівець конкурентну боротьбу вітчизняних фармвиробників із імпортерами. Однак держава здійснювала спроби в частині поліпшення становища вітчизняної фармацевтичної промисловості, зокрема, шляхом затвердження постановою Кабінету Міністрів України від 22.06.2011 р. № 725 Державної цільової науково-технічної програми розроблення новітніх технологій створення вітчизняних лікарських засобів для забезпечення охорони здоров'я людини та забезпечення потреб ветеринарної медицини на 2011–2015 рр., яка діяла майже 2 роки до її скасування у березні 2014 р. Але інформація про результати виконання цієї Програми широко загалу не доведена. При цьому на сьогодні продовжує діяти Концепція загальнодержавної цільової економічної програми розвитку промисловості на період до 2020 р., що схвалена розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17.07.2013 р.

Основними проблемними питаннями розвитку промисловості за згадану Концепцією є: недосконалість інвестиційно-кредит-

ної системи, що зумовлює вплив власного капіталу, зменшення фінансових ресурсів і зниження рівня інноваційно-інвестиційної активності суб'єктів господарювання; низький рівень задоволення потреб внутрішнього ринку у продукції вітчизняного виробництва; висока енергоємність виробництва та споживання енергоресурсів, значна частка яких імпортується в Україну; відсутність зв'язку між наукою та виробництвом; істотне відставання України у сфері використання інформаційних технологій; залежність економіки України від зовнішньої кон'юнктури; низький рівень інноваційної активності; зменшення частки високотехнологічних виробництв, що призводить до скорочення попиту на власні науково-дослідні та прикладні розробки і стримує розвиток трансферу технологій. Зрозуміло, що вітчизняні виробники фармпродукції відчувають на собі ті самі проблемні питання.

У міжнародному рейтингу конкурентоспроможності, що розраховується Всесвітнім економічним форумом, Україна за 2013–2014 рр. (у порівнянні з 2012–2013 рр.) опустилася з 73-го на 84-те місце (із 148 країн світу) [11]. На думку експертів, основним чинником, що спричинив таку динаміку, є недосконалість інституційного середовища, яке характеризується надмірною бюрократизацією, фаворитизмом і непрозорістю. Крім того, одним із індикаторів конкурентоспроможності вітчизняної фармацевтичної продукції можна вважати обсяги її експорту.

Протягом останніх років спостерігалось збільшення обсягів експортних поставок готової продукції вітчизняними фармвиробниками. Так, за підсумками I півріччя 2013 р. експорт готових лікарських засобів вітчизняного виробництва досяг близько 105 млн дол. США (+10,6 % у порівнянні з I півріччям 2012 р.). Однак географія експортних поставок традиційно представлена переважно країнами СНД – Узбекистан, Росія, Казахстан, Білорусь, Азербайджан. Концентрація експорту фармацевтичної продукції українського виробництва до країн СНД пов'язана з дією жорсткої системи контролю якості продукції на європейських ринках [12]. Разом із тим слід зазначити, що за інформацією Асоціації виробників лікарських засобів, продукція українського виробництва експортується до 62 країн світу та реалізується на ринках Європи, Північної Африки, Східної Азії, країн Близького Сходу. На експорт припадає близько 20 % загального обсягу виробництва продукції. Обсяг експорту фармацевтичної продукції у 2013 р., у порівнянні з 2012 р., майже не змінився як у національній валюті, так і доларах США (+1,8 %) – 1981,37 млн грн і 247,89 млн дол. США від-

повідно [3]. При цьому, на думку експертів, перехід фармацевтичної галузі України на європейські стандарти якості та виробництва у 2010 р. посприяв позитивному результату розвитку даного напрямку в країні [13].

На думку дослідників, активізації експортного потенціалу фармацевтичної промисловості заважають такі проблеми [14]:

- високий рівень інфляції, високі відсоткові ставки за кредитами, зростання тарифів на енергоносії, висока вартість капітального будівництва, демпінгова політика азіатських держав;

- залежність українських виробників лікарських засобів від імпортних поставок фармацевтичних субстанцій (на субстанції вітчизняного виробництва припадає лише 30 % загальної кількості; всі інші імпортується з Китаю, Німеччини, Індії, Росії та США);

- нездатність вітчизняної фармацевтичної промисловості задовольнити потреби українського фармацевтичного ринку в готових лікарських засобах за основними фармакотерапевтичними групами, у той час, як експортна мотивація транснаціональних корпорацій при налагодженні виробництва на території України збереже наукову базу, яку необхідно реструктурувати відповідно до нових тенденцій ринку;

- недостатня інноваційно-інвестиційна активність значної частини українських фармацевтичних компаній, у той час, як активізація наукової бази, створення розвинутих і спеціалізованих детермінантів конкурентної переваги галузі, а також залучення іноземних інвестицій для її розвитку створює довгострокову основу для конкурентної переваги і сприяє переорієнтації експорту українських виробників з ринків країн з перехідною економікою до країн Західної, Центральної та Східної Європи, посиленню їх конкурентоспроможності.

На нашу думку, на фармацевтичному ринку є всі передумови забезпечення конкурентоспроможності вітчизняної фармпродукції. Про це свідчить поєднання комплексу публічних і приватних інтересів, зокрема: публічний інтерес щодо зростання ефективності вітчизняної фармацевтичної промисловості поєднується з приватним інтересом щодо забезпечення реалізації фармпродукції як такої; публічний інтерес щодо бюджетно-фіскальних інтересів держави поєднується з приватним інтересом щодо зростання обсягів реалізації вітчизняної фармпродукції; публічний інтерес щодо зниження енерго-, матеріало- та капіталоемності виробництва поєднується з приватним інтересом щодо зростання ефективності (витрати виробництва знижуються/прибуток зростає); публічний інтерес щодо готовності національного

фармовиробництва до постійної структурної перебудови, до опанування нових технологічних укладів (гнучкість) поєднується з приватним інтересом щодо розширення та переходу до нових видів вітчизняного фармовиробництва; публічний інтерес щодо забезпечення інтересів національної безпеки поєднується з приватним інтересом щодо захисту економічних інтересів вітчизняних фармацевтичних суб'єктів господарювання; публічний інтерес щодо соціальної відповідальності фармбізнесу поєднується з приватним інтересом щодо зняття соціальної суперечності, посилення підприємницької ідеології.

Заслугує на увагу те, що поєднання зазначених публічних і приватних інтересів стало можливим в основному завдяки запровадженню системи GXP, тобто системи належних практик GMP, GDP, GPP, GLP. Однак зазначене вимагає щоб механізм господарсько-правового впливу на процеси зростання конкурентоспроможності результатів господарської діяльності суб'єктів фармацевтичного ринку за об'єктивним критерієм на мікроекономічному рівні був сфокусований на:

- зниженні трансформаційних виробничих затрат суб'єктів фармринку такими засобами: стимулювання залучення нових фармацевтичних технологій у виробництво (підвищення рівня технологічної виробничої бази); вплив на зниження кон'юнктурно-цінових факторів виробничого процесу;

- зниженні трансакційних витрат у процесі фармацевтичного господарювання такими засобами державної підтримки ефективності господарської діяльності фармацевтичних виробників і дерегуляції законодавчого регулювання господарської діяльності на фармацевтичному ринку;

- сприянні залученню додаткових інвестицій у виробництво конкурентоспроможної фармацевтичної продукції для зростання її обсягів і серійності;

- стимулюванні процесів підвищення якості фармацевтичної продукції й якості послуг суб'єктів фармацевтичного ринку.

На макроекономічному рівні механізм господарсько-правового впливу на зростання конкурентоспроможності фармацевтичної продукції має бути спрямований на: забезпечення режиму реальної економічної конкуренції фармацевтичних товаровиробників на національному ринку; використання монетарних засобів валютної політики держави з метою стимулювання експорту фармацевтичних товарів з України; міжнародно-правові заходи України щодо отримання зовнішньоекономічних експортних преференцій шляхом приєднання до зон вільної торгівлі в межах СОТ. У свою чергу господарсько-правові засоби забезпечення зростання

конкурентоспроможності фармацевтичної продукції можна класифікувати за такими критеріями: інвестиційний або реалізаційний етапи фармацевтичної діяльності; трансформаційний характер забезпечення конкурентоспроможності фармпродукції або характер, що пов'язаний із зниженням трансакційних витрат діяльності на фармацевтичному ринку; інноваційний або кон'юнктурно-ціновий, факторний характер впливу на трансформаційні витрати фармацевтичної діяльності; забезпечення конкурентоспроможності продукції фармацевтичного виробництва на мікрорівні або в масштабі національної економіки як такої (макрорівень).

Ключовим об'єктом державної фармацевтичної політики у сфері забезпечення конкурентоспроможності мають стати саме національні промислові кластери суб'єктів фармацевтичного ринку, що мають економічну перспективу свого формування, враховуючи те, що державна політика щодо них спрямована на досягнення синергетичних ефектів, але разом із тим об'єктами господарсько-правового впливу є господарська діяльність тих суб'єктів фармацевтичного ринку, що здійснюють шляхом реалізації інноваційно-інвестиційних проектів випуск кінцевої продукції, яка кваліфікується як конкурентоспроможна.

Висновки

На нашу думку, держава може впливати на забезпечення конкурентоспроможності суб'єктів фармацевтичного ринку:

- шляхом застосування спеціальних механізмів державного регулювання щодо цін та тарифів на фактори фармацевтичного виробництва, зокрема енергоносії;

- шляхом встановлення спеціальних режимів інноваційної діяльності для учасників фармринку: в частині імпорту інноваційної продукції; експорту інноваційної продукції; визначення ключових правових форм залучення технологій за допомогою комерційної концесії та передачі технологій за ліцензійними угодами, передачі технологій до статутного капіталу господарських товариств;

- шляхом дерегуляції як засобу мінімізації трансакційних витрат через реформування дозвільних процедур, зокрема в частині допуску фармацевтичної продукції або здійснення господарської діяльності на ринку лікарських засобів, та часткове делегування повноважень щодо здійснення державного контролю;

- шляхом застосування регресивного оподаткування для виробників та імпортерів інноваційної фармацевтичної продукції.

Список використаних джерел

1. Камішніков Р. В. Конкуреноспроможність підприємства в системі маркетингу: автореф. дис. ... канд. екон. наук. – К., 2006. – 20 с.
2. Пащков В. М. Глобалізація фармацевтичного ринку: проблеми та перспективи // Економічна теорія та право. – 2014. – № 1. – С. 148–160.
3. Багрій П. І. Звернення Асоціації «Виробників ліків України» до Міністра охорони здоров'я України Мусія О. С. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.interfax.com.ua/news/press-release/195572.html>.
4. Фролова Г. І., Фролова В. Ю. Конкуреноспроможність підприємств фармацевтичної галузі України // Вісник Бердянського університету менеджменту і бізнесу. – 2012. – № 1. – С. 146–152.
5. Кардубайло Ю. Аптечний рынок Украины в I полугодии 2014 г. Helicopter View // Щотижневик АПТЕКА. – 2014. – № 31. – С. 16–17.
6. Гілета Ю. І. Перерозподіл ринкової влади на фармацевтичному ринку // Вісник ОНУ ім. І. І. Мечнікова. – 2013. – Т. 18, вип. 1. – С. 51–57.
7. Подружников Ю. Переход на GMP осуществлен, а проблем не меньше... // Щотижневик АПТЕКА. – 2014. – № 29. – С. 8–9.
8. Ігнатюк А. І. Конкуреноспроможність компаній на глобальних ринках // Конкуреноспроможність національної економіки: Матеріали XIV Міжнар. наук.-практ. конф., 28 березня 2014 р. – К., 2014. – С. 42–46.
9. Задихайло Д. В. Державна економічна політика та завдання правового регулювання // Економічна теорія та право. – 2014. – № 1. – С. 138–147.
10. Петрова І., Герасименко І. Напрями забезпечення економічної безпеки в фармацевтичній системі // Вісник Львів. ун-ту. – 2008. – Вип. 39. – С. 421–423.
11. *The Global Competitiveness Report 2013–2014* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2013-14.pdf.
12. Чорноротов О. Огляд фармацевтичного ринку за I півріччя 2013 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.credit-rating.ua/img/st_img/AS/2014/13.01.2014/Pharma_Ukr_I_pol_2013.pdf.
13. Україна у 2014 році експортує ліків на \$283 млн – Серафима Русинович УКРІНФОРМ // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pro-capital.ua/ua/press_center/expert/view/402/.
14. Васюта О. П., Мірошник М. В. Конкуреноспроможність галузі як складова ефективності національної економіки // БІЗНЕСІНФОРМ. – 2014. – № 2. – С. 160–166.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

The article deals with the issue of the competitiveness of the pharmaceutical market, including by establishing appropriate practices is generally accepted worldwide standardization system GMP, GDP, GPP, GLP etc.. Also, research purpose regulatory framework in the pharmaceutical market as an integral part of the implementation of good practice and, as a result, high-quality, safe and effective medicines.

В статье исследуются вопросы обеспечения конкурентного обеспечения фармацевтического рынка, в частности через внедрение надлежащих практик, то есть общепризнанной в мире системы стандартизации GMP, GDP, GPP, GLP, анализируется предназначение регуляторной системы на фармацевтическом рынке как составной части внедрённых надлежащих практик и качественных, безопасных и эффективных медикаментов.



УДК 346.1 : 346.3

Інна Євміна,сектор сприяння розвитку економіко-правових досліджень
Інституту економіко-правових досліджень НАН України

ПОНЯТТЯ «НЕДІЙСНІСТЬ ПРАВОЧИНУ» У СФЕРІ ГОСПОДАРЮВАННЯ

У статті досліджується питання визначення терміна «недійсність правочину» з точки зору вироблення поняття, адекватного сучасним відносинам складно організованої економіки і потребам господарського обороту в умовах суспільного виробництва.

Ключові слова: господарське право, господарські відносини, правочин, недійсність правочину, господарсько-правовий інститут.

Перехід до ринкових умов господарювання та законодавче закріплення свободи підприємницької (господарської) діяльності зумовили стрімке розширення сфери застосування договору як правового засобу регулювання господарських відносин, відповідно суттєво розширилася сфера вільного розсуду суб'єктів господарювання при вчиненні інших видів правочинів. Таким чином закладена основа для ефективного розвитку господарських відносин, однак побічним явищем у реалізації цієї загалом позитивної тенденції стало стрімке зростання кількості недійсних господарських договорів, інших правочинів у сфері господарювання (далі – правочинів), що шкодить стабільності господарського обороту, негативно позначається на рівні захисту прав та законних інтересів його учасників, господарського обороту, перешкоджає реалізації не тільки приватних, а й публічних інтересів.

Кількість судових справ про визнання правочинів недійсними стрімко зростає, натомість розгляд таких справ пов'язаний із значними труднощами, зумовленими різним регулюванням відповідних питань у Цивільному кодексі (далі – ЦК) та Господарському кодексі (далі – ГК) України, необхідністю освоєння в правозастосуванні низки новел, що з'явилися при кодифікації. Завдання правозастосування ускладнюється також тим, що серед теоретиків і практиків немає єдиної точки зору стосовно багатьох питань недійсності правочинів. Щодо низки питань принципово різними є точки зору цивілістів і господарників, що зумовлює необхідність додаткової аргументації господарсько-правової позиції. В господарсько-правовій науці проблеми сьогодні щодо недійсності правочинів досліджувалися такими авторами, як О. Безух,

О. Беяневич, О. Вінник, В. Джуно, В. Мамутов, Б. Поляков, В. Щербина й інші, однак низка питань залишається недостатньо розкритими й обґрунтованими. Одним із наріжних питань, що потребує додаткових досліджень, є питання поняття «недійсність правочину» у сфері господарювання.

Метою цієї статті є обґрунтування недійсності правочину, яке може бути основою в проведенні подальших господарсько-правових досліджень і вдосконаленні господарського законодавства.

Як свідчить аналіз спеціальної літератури, дослідження поняття «недійсність правочину» зонайперше напштовхується на питання, на які важко дати просту відповідь, тому ці питання вже тривалий час залишаються спірними: чи є недійсний правочин юридичним фактом; якщо це юридичний факт, то чи це правочин чи інший юридичний факт; чи є недійсний правочин неправомірною дією, чи ця дія все ж правомірна?

У літературі існують різні підходи до вирішення згаданих питань. Здебільшого вважається, що правочином можуть бути лише правомірні дії, а недійсні правочини не є правочинами. Такої точки зору дотримувалися такі відомі науковці, як І. Перетерський [1, с. 6], М. Агарков [2, с. 47–48], Ю. Толстой [3, с. 141], О. Красавчиков [4, с. 120], М. Брагинський, В. Вітрянський [5, с. 190] та інші. Як зазначають М. Брагинський і В. Вітрянський, в конструкції «недійсний правочин» поняття правочину втрачає один із основоположних його елементів (йдеться про те, що правочин – це «правомірна дія») [5, с.152].

Є також думка, що правомірність не є необхідною ознакою правочину, дійсні та недійс-

ні правочини є рівною мірою правочинами, правомірність дії стосується лише ознак дійсного правочину [6, с. 65–67; 7, с. 50; 8, с. 12].

Разом із тим М. Брагинський, В. Вітрянський, Ф. Хейфец та інші вважають конструкцію «недійсний правочин» хибною через те, що в ній немає основоположного принципу «правочин – це правомірна дія» [7, с. 152, 190; 9, с. 14–15]. «Утверждение, что правомерность или неправомерность не являются необходимым элементом сделки как юридического факта, элемент различия между сделкой и правонарушением и не дает возможности ограничивать эти юридические факты друг от друга. Мы можем определить, что обязательным признаком сделки является правомерность действия, составляющего ее существо. Правомерность действия – это конститутивный элемент сделки, отличающий ее от правонарушения. Отсутствие в конкретной сделке элемента правомерности означает, что возникшее по форме как сделка действие на самом деле является не сделкой, а правонарушением» [9, с. 15].

Із наведеним не можна погодитися. Недійсний правочин дійсно є правочином, оскільки при його вчиненні має місце волевиявлення (у випадку делікту волевиявлення немає). Воля та волевиявлення має важливе значення для характеристики сутності правочину. Зокрема, обґрунтування трактування недійсного правочину як правочину можливе за допомогою вольової теорії правосуб'єктності або комбінаційної теорії правосуб'єктності, яка об'єднує в понятті суб'єктивного права й елемент волі, й елемент інтересу, до якої на початок ХХ ст. схилилася пануюча думка науковців [10, с. 453; 11, с. 37–38]. Оскільки є воля (елемент волі), то є і право її реалізувати, правосуб'єктність. Волевиявлення опосередковує реалізацію правосуб'єктності. Оскільки є реалізація правосуб'єктності, то є і правочин. Сама етимологія слова «правочин» розкривається як вчинене право.

Ще один аргумент, який висуває Ф. Хейфец, обстоюючи точку зору, згідно з якою правочин є дією дозволеною, а делікт – дією неправомірною: «Сделку от деликтов отличает не только направленность на установление, изменение и прекращение гражданского правоотношения, но и то обстоятельство, что сделки являются действиями дозволенными, а деликты – действиями неправомерными» [9, с. 14].

На сучасному етапі (з урахуванням переходу від принципу «дозволено те, що передбачено законом» до принципу «дозволено те, що не заборонено») дію слід розглядати не як дозволену, а як незаборонену. Вчинення недійсного правочину не заборонено, заборонена лише дія такого правочину.

Науковці, які розглядають категорію недійсного правочину як нонсенс, звертаються ще до такого аргументу: правочин спрямований на досягнення позитивного результату, якого воліють сторони. Настання ж негативних наслідків не характерне для устремлень суб'єктів такого правочину [9, с. 14–15]. З цього приводу слід зазначити, що в характеристиці правочину значення має не стільки те, на що він спрямований, скільки те, до яких наслідків його вчинення призвело. Тому визначення правочину як дії, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, потребує вдосконалення. Більш адекватним потребам правового забезпечення відносин, що складаються при вчиненні правочину, є визначення правочину як дії, що опосередковує набуття, зміну або припинення прав та обов'язків. Адже спрямованість не означає настання бажаних наслідків, а без наслідків немає правочину. Отже, правочин завжди передбачає наслідки; вчинене право тягне настання правових наслідків, можливо і небажаних для тих, хто його вчинив (у випадку недійсного правочину). Тому визначати його потрібно не через спрямованість на настання наслідків, а через наслідки, які настали.

Таким чином, правочин як юридичний факт втілює в собі волевиявлення та настання певних правових наслідків. Недійсність правочину (і договору як його різновиду) означає, що право заперечує настання правових наслідків, на які спрямовувалося волевиявлення. На противагу їм настають інші правові наслідки – передбачені законом. Тому сумніви з приводу того, що недійсний правочин не є юридичним фактом, не мають підґрунтя. Це юридичний факт, і це правочин, який зумовлює юридичні наслідки, передбачені законом. Така відповідь, на нашу думку, найбільш прийнятна відповідь на спірне питання – чи є недійсний правочин правочином і взагалі юридичним фактом.

Чи є недійсний правочин правомірною дією чи це дія неправомірна? Недійсний правочин є правомірним в силу законодавчих гарантій свободи підприємницької (господарської) діяльності: оскільки суб'єктам господарювання, як і громадянам та іншим учасникам цивільних відносин, гарантовані конституційні права і свободи; остільки недійсний правочин є правомірним уже в силу гарантованої свободи, яка передбачає у тому числі право на помилку. Цю свободу найбільш загальним чином можна позначити як свободу волевиявлення для реалізації інтересів.

Конституція України визнає людину, її права та свободи найвищою соціальною цінністю, чим обумовлює пріоритет гарантованих у розділі II прав і свобод людини та громадянина перед законом, який не може їх об-

межувати, будь-які обмеження є незаконними. Це відповідає принципу «дозволено все, що не заборонено», який втілено в нормах Конституції (такий висновок, як зазначає С. Грудницька [12, с. 174–179], впливає із статей 3, 8, 21–23 Конституції та інших. Подібна норма міститься і в конституціях зарубіжних держав. Так, у ст. 5 Декларації прав людини та громадянина від 26.08.1789 р., включеної як складова частина в Конституцію Франції, проголошується: все, що не заборонено законом, дозволено [13, с. 136].

Укладення недійсних правочинів не заборонено законом; навпаки, закон передбачає цей правовий інститут і спеціальними нормами врегулює наслідки його укладання. Такий висновок відповідає проголошеному Конституцією принципу верховенства права в розумінні верховенства права. Згідно з Конституцією Україна є правовою державою (ст. 3), в якій визнається та діє принцип верховенства права (ст. 8).

Конституція України передбачає, що конституційні права і свободи людини та громадянина не є вичерпними; вони гарантуються і не можуть бути скасовані; при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод (ст. 22). Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості (ст. 23 Конституції України). На думку С. Грудницької, це означає, що здійснення прав і свобод кожного може бути обмежене законом лише в інтересах захисту прав і свобод інших людей (про це, наприклад, йдеться у ст. 35 Конституції України); таким чином гарантується баланс приватних і публічних інтересів [12, с. 178].

Загальна декларація прав людини (ООН, 1948 р.) передбачає, що кожен має право на соціальний і міжнародний порядок, за якого права та свободи людини можуть бути повністю реалізовані, а при реалізації своїх прав і свобод кожна людина повинна зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших, забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку, загального добробуту в демократичному суспільстві [14].

Виходячи з наведених норм вітчизняного та міжнародного права, можна зробити **висновок**, що свобода підприємницької (господарської) діяльності (у тому числі свобода вчинення правочину) може бути обмежена виключно з метою забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших, за-

безпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку, загального добробуту в демократичному суспільстві. Таке бачення вимагає, з одного боку, визнання недійсного правочину правочином, а з іншого – законодавчого регулювання наслідків правочину з метою забезпечення прав і свобод інших, забезпечення суспільного господарського порядку, який передбачає у тому числі стабільність господарського обороту.

Принципова різниця цивілістичного підходу до врегулювання підстав і наслідків недійсності правочину від господарсько-правового підходу полягає в тому, що перший спрямований на захист приватних інтересів осіб, які вчинили правочин, а другий – на захист інтересів усіх учасників господарського обороту, учасників господарських відносин із суб'єктами, які вчинили правочин. Саме тому метою господарсько-правового інституту недійсності правочину має бути не поновлення стану, який відповідає закону (як у цивілістиці), а врегулювання наслідків правочину таким чином, щоб не порушувались інтереси інших учасників господарських відносин, забезпечувався баланс приватних і публічних інтересів.

Про необхідність спеціального підходу до врегулювання відносин у випадку недійсності правочину у сфері господарювання зазначають спеціалісти-практики, вказуючи на те, що реституція – це крайній захід і застосовувати її слід дуже обережно (лише у випадку, якщо має місце істотне порушення закону, немає іншого способу захисту, не передбачені інші наслідки порушення). Однак суди нерідко підходять до розгляду позовів про визнання угод недійсними надмірно формально, без глибокого усвідомлення змісту інституту недійсності (якщо не вести мову про зловмисне використання недоліків законодавства в корупційних цілях). Цьому сприяє чинне законодавство, в якому все ще не створений ефективний механізм захисту стабільності господарського обороту.

Викладене свідчить, що слід погодитися з думкою, яку свого часу висловлювала Т. Ілларионова та якої дотримуються господарники: категорію «недійсність правочинів» необхідно розглядати з точки зору її призначення як міри охорони порушених прав та інтересів суспільства або його окремих суб'єктів. Фактична правова значимість недійсності полягає в тому, що в ній розкривається зміст заходів захисту, спрямованого на позбавлення конкретної поведінки особи сили юридичного факту [15, с. 9, 45].

Слід зазначити, що йдеться про позбавлення сили юридичного факту конкретної поведінки, а не правочину, як це пропонують Е. Афоніна й Ю. Ширвіс [16]. Розуміння цьо-

го має суттєве значення для коригування законодавцем правових наслідків правочину з урахуванням приватних і публічних інтересів, що допускає у тому числі часткове збереження його дії.

Проведений аналіз дозволяє сформулювати таке господарсько-правове визначення недійсності правочину – це *правовий інститут, що передбачає збалансований захист приватних і публічних інтересів учасників господарських відносин шляхом спеціального законодавчого регулювання правових наслідків недійсного правочину*.

Список використаних джерел

1. *Перетерский И. С.* Гражданский кодекс РСФСР: Научный комментарий. – М., 1929. – Вып. 5. – 84 с.
2. *Азарков М. М.* Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. – 1946. – № 3–4. – С. 47–48.
3. *Толстой Ю. К.* Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. – Л., 1955. – 219 с.
4. *Красавчиков О. А.* Юридические факты в советском гражданском праве. – М., 1958. – 182 с.
5. *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право: Общие положения. – М., 2001. – 796 с.
6. *Новицкий И. Б.* Сделки: Исковая давность. – М., 1954. – 247 с.
7. *Генкин Д. М.* Недействительность сделок, совершенных с целью, противной закону // Ученые записки ВИЮН. – М., 1947. – Вып. 5. – С. 40–57.
8. *Рабинович Н. В.* Недействительность сделок и ее последствия. – Л., 1960. – 171 с.
9. *Хейфец Ф. С.* Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. – М., 2000. – 162 с.
10. *Гамбаров Ю. С.* Курс гражданского права. – СПб., 1911. – Т. 1, ч. Общая. – 793 с.
11. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. – М.; Л., 1948. – 839 с.
12. *Груднищкая С. Н.* Хозяйственная правосубъектность государственных предприятий: дис. ... д-ра юрид. наук. – Д., 2012. – 542 с.
13. *Конституции* зарубежных государств. – М., 1998. – 586 с.
14. *Всеобщая декларация прав человека*: принята и провозглашена в резолюции 217 А (III) Генеральной ассамблеи ООН от 10.12.1948 г. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.
15. *Илларионова Т. И.* Механизм действия гражданско-правовых охранительных мер. – Свердловск, 1980. – 76 с.
16. *Афоница Е. И., Ширвис Ю. В.* Развитие института недействительности сделок: Проблемы применения норм о недействительности сделок [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.fassko.arbitr.ru/novosti/vestnik/archive/8276.html>.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

In this paper we investigate the question of the definition of invalidity of the contract in terms of the needs of developing concepts. This concept is considered as adequate modern complex structural relationships of the economy and the needs of the economy in terms of social production.

В статье исследуется вопрос определения термина «недействительность договора» с точки зрения выработки понятия, адекватного современным отношениям сложно организованной экономики и потребностям хозяйственного оборота в условиях общественного производства.



УДК 346.32 : 346.31

Катерина Терещенко,*аспірантка кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний університет
ім. Вадима Гетьмана»*

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ НОРМ ГОСПОДАРСЬКОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВИЗНАННЯ ДОГОВОРІВ НЕДІЙСНИМИ

У статті аналізуються норми цивільного та господарського законодавства України щодо визначення цивільно-правових і господарських договорів недійсними, зокрема проблеми їх співвідношення, пропонуються шляхи вдосконалення правового регулювання інституту недійсності договорів.

Ключові слова: законодавство, господарський договір, цивільно-правовий договір, недійсність.

Визначальним етапом реформування цивільного та господарського законодавства є прийняття Цивільного та Господарського кодексів (далі – ЦК і ГК) України, внаслідок чого було розпочато системне вдосконалення законодавства України. Необхідність виокремлення правового регулювання господарсько-договірних відносин зумовлена тим, що господарський договір, на відміну від цивільно-правового, не тільки стосується інтересів сторін, які його уклали, а й позначається на інтересах суспільства та держави в цілому.

Цивільне законодавство регулює особисті немайнові та майнові відносини, що стосуються лише інтересів осіб. Господарські відносини мають іншу природу, оскільки, перш за все, стосуються інтересів соціальних утворень, організацій – учасників суспільного виробництва [1, с. 170].

Кодифікація господарського законодавства породила окремі колізії, які досі були відсутні у законодавстві України та на сьогодні потребують врегулювання, що зумовлює актуальність статті.

В українській юридичній науці питання співвідношення норм господарського та цивільного законодавства щодо визнання договорів недійсними досліджували такі вчені-юристи, як А. Бобкова, О. Дзера, В. Коваль, В. Мамутов, С. Подоляк, О. Подцерковський, В. Семчик, В. Щербина й інші. Але питання вдосконалення правового регулювання інституту недійсності договорів потребує конкретизації.

Метою цієї статті є порівняльний аналіз норм господарського та цивільного законодавства щодо визнання договорів недійсними для розроблення наукових рекомендацій, спрямованих на подальше вдосконалення норм чинного законодавства шляхом узгодження колізій.

А. Бобкова зазначає, що прийняття та введення в дію ЦК та ГК стало своєрідним підсумком розвитку цивільного законодавства і фундаментом системного вдосконалення законодавства [2, с. 16].

Виокремлення правових норм, що регулюють господарські відносини, які виникають у процесі організації та здійснення господарської діяльності, з-поміж норм цивільного законодавства, що мають предметом регулювання особисті немайнові та майнові відносини, є результатом галузевої (предметної) спеціалізації в праві [3, с. 34].

У співіснуванні в системі законодавства України ЦК і ГК немає нічого протиправного. Саме така модифікація законодавчого забезпечення, враховуючи досвід розвинутих держав Європи, повинна сприяти реалізації національної стратегії економічного розвитку країни [4, с. 18].

На думку В. Мамутова, у розвитку законодавства спостерігаються дві тенденції: одна – забезпечення компактизації, систематизації, кодифікації законодавства; друга – несистемне видання багатьох недостатньо обґрунтованих законів, посилення ентропії, законодавча інфляція [5, с. 9].

Важко не погодитися з В. Коваль, що сьогодні на часі розроблення та наукове обґрунтування пропозицій щодо способів вирішення колізій між нормами господарського права, з одного боку, та нормами цивільного права – з іншого [6, с. 103].

Існує точка зору, згідно з якою в останні роки цивільне та господарське законодавство розвивалося у напрямі його ускладнення, посилення неузгодженості між окремими актами законодавства й окремими їх положеннями, зменшення рівня його формальної визначеності [3, с. 34].

У ГК України визначаються особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання (ч. 2 ст. 4). Відповідно до ч. 2 ст. 9 ЦК України, законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Із зазначених положень випливає, що ГК України має розглядатися як спеціальний закон у сфері правового регулювання тих майнових відносин, учасником яких є суб'єкт господарювання і щодо яких значення загального закону має ЦК України [7, с. 12].

У країнах, де історично склався так званий дуалізм приватного права (зокрема, в Німеччині, Франції), питання співвідношення цивільного та торгового законодавства не є проблематичним: норми цивільного права мають приходити на допомогу тоді, коли відсутнє спеціальне регулювання, встановлення торговим правом [8, с. 449]. Слід зазначити, що Комерційний кодекс Франції 2000 р. діє нарівні з прийнятим у 1804 р. ЦК (Кодексом Наполеона); при цьому пріоритет надається положенням Комерційного кодексу, оскільки згідно з принципом дуалізму природа та характер цивільних і підприємницьких правовідносин мають суттєві відмінності та специфіку, що потребують використання окремих механізмів правового регулювання [3, с. 35].

У законодавстві України з прийняттям ЦК і ГК України виникла проблема співвідношення та взаємодії спеціального та загального закону, яка і має наслідком низький рівень ефективності правового регулювання господарсько-договірних відносин. На думку деяких учених-правознавців, проблема співіснування ГК України та ЦК України пов'язана з недоліками їх тлумачення [9, с. 30]. Висловлюється й інша позиція. Так О. Подцерковський з цього приводу зазначає, що конструктивним засобом вирішення співвідношення норм ЦК і ГК України є застосування визнаного у світі принципу «спеціальний закон скасовує дію загального закону»; однак спір щодо його використання існував як при розробленні цих кодексів, так і сьогодні; досі не з'ясовані напрями гармонізації спеціального та загального законодавства. Суперечнос-

ті, розбіжності та колізії знижують юридичну силу законів [10, с. 34]. На думку В. Семчика, саме відсутність доктринального тлумачення та законодавчого визначення порядку застосування загальних і спеціальних законів має найбільш визначальне значення – загальний закон має застосовуватися до певного виду суспільних відносин у частині, в якій він не врегульований спеціальним законом [11, с. 22]. С. Подоляк стверджує: якщо б такий підхід використовувався при розробленні спеціальних законів, то проблема співвідношення була б відсутня [3, с. 36].

І. Зенін вважає, що заслуговує на увагу позиція деяких японських правників, які наголошують, що цивільне право враховує загальні принципи приватних відносин, а інші галузі приватного права є спеціальними [3, с. 36].

Ми поділяємо думку науковців, які вважають, що дослідження проблеми спеціального та загального законів слід поглиблювати. На сьогодні існує позиція судової практики, згідно з якою при правозастосуванні має застосовуватися не в цілому закон як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої визначається спеціальною чи загальною є ця норма [12]. В. Коваль зазначає, що при здійсненні правосуддя професіонал не може не враховувати всю логіку законодавства, якою б складною вона не була [6, с. 107].

Разом із тим не можна не погодитися з С. Подоляк: такий підхід, підлягає перегляду, адже залежність якості правозастосування від непослідовності судової практики є очевидною та потребує вдосконалення передусім у частині законодавчого визначення порядку застосування загального та спеціального законів. Як і проблема співвідношення договірних права за ЦК України і господарського договірних права за ГК України сьогодні залишаються дискусійними питання поділу договорів на господарські та цивільно-правові [3, с. 36]. О. Іоффе зазначав, що господарський договір співвідноситься з цивільно-правовим як видове поняття з родовим. З цієї причини загальні положення щодо цивільно-правових договорів застосовуються до нього не завжди у чистому вигляді та без будь-яких змін, а з урахуванням властивості йому специфіки, що не відоме іншим договорам цивільного права [3, с. 36].

Основною проблемою регулювання договірних відносин є те, що ЦК України і ГК України регулюють одні й ті самі відносини, але дещо по-різному. Господарський договір згідно з ГК України співвідноситься із юридичною категорією господарського зобов'язання. Так, майново-господарські зобов'язання, що виникають між суб'єктами господарювання та негосподарюючими особами – юридич-

ними особами на підставі господарських договорів, є господарсько-договірними зобов'язаннями. Господарські зобов'язання можуть виникати з господарського договору чи інших угод, таким чином ГК України розглядає категорії «господарський договір» та «угода» як тотожні. ЦК України замість терміна «угода», який використовувався у ЦК УРСР 1963 р., вживає термін «правочин», що за змістом являє собою дії, спрямовані на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. У ЦК України однозначно сформульовано, що дво- або багатосторонні правочини є договорами. Іншими словами, кожний цивільний договір є правочином і на нього мають поширюватися відповідні правила про правочини, але ч. 1 ст. 626 ЦК України дає інше визначення договору – договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. У філологічному розумінні можна вважати, що і «угода», і «домовленість», і «договір» є синонімічними термінами, хоча вважається спірною необхідність зміни загальноживаного терміна «угода» на «домовленість». Введення до ЦК України нового поняття «правочин», з одного боку, сприяє розширенню кола дій, спрямованих на набуття, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, дозволяє об'єднувати як двосторонні угоди, які водночас є договорами, так і одноособові дії, а з іншого – породжує проблему співвідношення із термінологією, яка використовується у загальноєвропейській практиці, із огляду на прагнення до уніфікації та гармонізації права країн ЄС і європейського вибору України. І ця проблематичність відчувається й у самому ЦК України. З визначенням договору як домовленості може скластися враження, що договір начебто не є правочином. Але в ст. 11 ЦК України ці терміни поєднуються: підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є договори й інші правочини.

На сьогодні, необхідним є узгодження використання єдиного понятійного апарату, передусім, у частині таких юридичних категорій, як угода та домовленість, оскільки саме від цього залежить визначення і господарського договору, і цивільно-правового.

Аналіз норм ЦК України та ГК України стосовно загальних умов укладання господарського та цивільно-правового договору дає можливість стверджувати, що в цій частині ГК України є найбільш вдалим і повним. Відповідно до ст. 179 ГК України, при укладанні господарських договорів сторони можуть визначати зміст на основі вільного волевиявлення, примірного договору, типового договору чи договору приєднання. ЦК України також передбачає можливість засто-

сування типових умов договору. Згідно із ст. 630 ЦК України договором може бути встановлено, що його окремі умови визначаються відповідно до типових умов договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку.

Ми поділяємо думку С. Подоляк про те, що існування понад 100 видів типових і примірних договорів, як «типове» регулювання, значною мірою обмежує дію принципу свободи договорів і ускладнює правове регулювання договірних відносин [3, с. 41].

Інститут визнання договорів недійсними за ЦК України розглядається як визнання недійсними цивільно-правових правочинів, а у ГК України – як недійсність господарсько-правових зобов'язань. Таким чином, ЦК України більш чітко розмежує правочин як юридичний факт і зобов'язання, що виникають на підставі цього юридичного факту. Особливості визнання недійсними господарських зобов'язань визначені статтями 207 та 208 ГК України. Однак аналіз ст. 207 ГК України, яка присвячена недійсності господарського зобов'язання, дає підстави для висновку про те, що в цій статті поняття договору та зобов'язання не розрізняються. І деякі автори вважають, що ст. 207 ГК України все ж належить до договорів (правочинів), якщо звернути увагу на формулювання, що вживаються.

Викладене дає можливість зробити **висновок** про те, що норми ГК України, які стосуються недійсності господарських договорів, потребують істотного вдосконалення в частині як термінології, так і регулювання. На сучасному етапі вдосконаленням нормативно-правової системи господарського права активно займається судова практика, про що свідчить існування чисельних інформаційних листів Вищого господарського суду України. Господарські суди виявляють недоліки, прогалини, колізії й інші негаразди та заповнюють прогалини у чинному законодавстві України [13, с. 183].

Вищий господарський суд України оглядовими й інформаційними листами виконує роботу з коригування та виправлення недоліків системи господарського права, але це необхідно зробити законодавчо. Саме труднощі користування ЦК України та ГК України в правозастосовній практиці надають додатковий імпульс для розроблення сучасної теорії господарського договірного права як одного з основних інститутів господарського права України, але їх практичне визначення має бути узгоджене з науковцями. Як основний двигун розвитку науки господарського права, судова практика є проміжною ланкою між нормативно-правовою системою господарського договірного права та наукою госпо-

дарського договірної права та фактично продовженням наукового процесу. При цьому вирішення проблем колізійності законодавства шляхом його вдосконалення має базуватися на співвідношенні загального та спеціального закону.

Сьогодні можна однозначно стверджувати, що ГК України в частині визначення господарських договорів недійсними майже не працює і саме тому, що не відповідає вимогам галузевої спеціалізації в праві та недостатньо враховує особливості регулювання суспільних відносин у сфері господарювання. Підвищення ефективності правового регулювання господарсько-договірних відносин полягає в законодавчому визначенні порядку застосування загального та спеціального закону, у виокремленні в ГК України (у главі 20) правових підстав і наслідків визнання господарського договору недійсним, в яких мають бути враховані особливості господарського договору як спеціальної правової категорії [3, с. 51–52].

Список використаних джерел

1. Знаменський Г. Л. Головні передумови вирішення питань співвідношення Господарського і Цивільного кодексів України // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф., м. Київ, 24 листопада 2005 р. – К., 2006. – С. 168–170.
2. Бобкова А. Г. До питання стабільності в правовому регулюванні відносин у сфері економіки // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф., м. Київ, 24 листопада 2005 р. – К., 2006. – С. 16–18.
3. Подоляк С. А. Недійсний та неукладений господарський договір: правові підстави та наслідки. – К., 2012. – 214 с.
4. Задихайло Д. В. Господарське законодавство і національні інтереси // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф., м. Київ, 24 листопада 2005 р. – К., 2006. – С. 18–20.
5. Мамутов В. К. Гармонізація законодавства в системі правового забезпечення економіки // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф., м. Київ, 24 листопада 2005 р. – К., 2006. – С. 9–16.
6. Коваль В. М. Колізії між нормами господарського та нормами цивільного права // Вісник господарського судочинства. – 2010. – № 1. – С. 103–110.
7. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / О. А. Беляневич, О. М. Вінник, В. С. Щербина та ін.; За ред. Г. Л. Знаменського, В. С. Щербини. – К., 2008. – 720 с.
8. Договірне право України: Загальна частина / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 2008. – 896 с.
9. Ширшин В. Співвідношення нового Цивільного і Господарського кодексів // Юридичний журнал. – 2005. – № 3. – С. 28–37.
10. Подцерковський О. П. Загальні та спеціальні норми: проблеми виявлення та вирішення конкуренції // Вісник господарського судочинства. – 2009. – № 6. – С. 34–43.
11. Семчик В. І. Юридична сила закону // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 17–27.
12. Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/documents/01-8_2551_2006-10-20.html.
13. Журик Ю. В. Окремі питання суперечностей та недосконалості техніки у господарському законодавстві України // Реалізація чинних Цивільного та Господарського кодексів України: проблеми та перспективи: Зб. наук. праць за матеріалами наук.-практ. конф., м. Київ, 24 листопада 2005 р. – К., 2006. – С. 183–185.

Стаття надійшла до редакції 15.11.2014 р.

This article analyzes the situation of civil and commercial law of Ukraine on the definition of civil and business contracts void, in particular problems of their relationship. Based on these conclusions proposed ways to improve the regulation of the institute of nullity.

В статті аналізуються положення громадянського і господарського законодавства України щодо визначення недійсності цивільних і господарських договорів, зокрема їх взаємодія, пропонуються шляхи вдосконалення правового регулювання інституту недійсності.



УДК 34.096 + 342.951

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

ІНФОРМАЦІЙНЕ СУСПІЛЬСТВО В УКРАЇНІ: стан і перспективи становлення

Стаття присвячена дослідженню стану вітчизняних, міжнародних та європейських нормативно-правових актів у сфері становлення інформаційного суспільства в Україні, визначенню шляхів удосконалення розвитку інформаційного суспільства в Україні.

Ключові слова: інформаційне суспільство, нормативно-правові засади становлення інформаційного суспільства, глобальне інформаційне суспільство, європейське інформаційне суспільство.

Природним еволюційним етапом розвитку сучасного суспільства є входження до інформаційної ери, де основними стратегічними ресурсами є знання й інформація.

У рамках ідеології інформаційного суспільства існують різні напрями та тенденції, що розглядають нові соціальні перспективи – можливі, бажані або негативні: від позитивних можливостей державного управління економікою, створення законодавчої бази для вільного доступу міжнародної спільноти до інформації до запобігання загрози політичного контролю за націями з використанням високих технологій і розширенням спільнот на «золотий мільярд і безправну периферію» [1, с. 32].

Розгляд питання «інформаційне суспільство: стан та перспективи становлення» зумовлений двома аспектами актуальності. *По-перше*, висока залежність від інформації всіх сфер життєдіяльності суспільства детермінує багаточисельність загроз і небезпек інформаційного характеру. *По-друге*, побудова інформаційного суспільства є одним із пріоритетних напрямів державної політики.

Метою цієї статті є аналіз стану та перспектив становлення інформаційного суспільства в Україні.

Значимо, що порушена проблематика у межах окремих аспектів розглядається в юридичній науці такими вченими, як В. Баскаков, В. Гавловський, М. Гуцалюк, М. Дімчогло, В. Залізник, В. Коваль, Б. Кормич, В. Ліпкан, О. Логінов, А. Марущак, П. Матвієнко, В. Теремецький, А. Тунік, О. Стоєцький, В. Цимбалюк, Л. Харченко, К. Череповський, М. Швец, Т. Шевцова, О. Шепета, О. Чуприна та ін.

Ідея інформаційного суспільства з'явилась у дослідженнях 60–70 років ХХ ст. Уперше

термін «інформаційне суспільство» використали японські дослідники М. Махлуп, Й. Масуда, Т. Сакайя. Подальшого розвитку концепція набула у дослідженнях провідних американських та європейських теоретиків: А. Тоффлер, У. Дайзард, З. Бжезінський, Ж. Елльоль, Р. Коен, А. Турен, Ф. Уебстер, Е. Гідденс, Ч. Хенді, Л. Туроу, Дж. Гелбрайт, М. Макклоен, М. Порат, Р. Катц, які розглядали інформаційний розвиток суспільства як нову історичну віху цивілізації.

Аналіз наукових джерел у сфері, що аналізується, свідчить про відсутність уніфікованого бачення поняття «інформаційне суспільство» та чітко сформованого понятійно-категоріального інструментарію. Так, нарівні з зазначеною категорією дослідники використовують як синонімічні й інші категорії: «посткапіталістичне суспільство» (Д. Дарендорф), «постекономічне суспільство» (В. Іноземцев), «технонронне суспільство» (З. Бжезінський), «постмодернізм» (А. Турен, Б. Смарт), «постіндустріальне суспільство» (Д. Белл). Широко вживаються в юридичній літературі й інші категорії: «інтелектуальне суспільство», «суспільство знань», «цифрове суспільство», «суспільство мережевого інтелекту» тощо.

Побудова інформаційного суспільства є стратегічною метою провідних держав світу – США, Японії, Канади, а також країн – учасниць Європейського Союзу. Розуміючи актуальність і важливість розвитку інформаційної сфери як запоруки конкурентоспроможності, дедалі більше країн обирають аналогічну стратегію, зокрема й Україна.

Становлення інформаційного суспільства зумовлене культурними, соціально-економічними, правовими, політичними умовами, інформаційно-технічним потенціалом окремих країн, регіонів. Особливе значення у цьому процесі має державне та громадське управління.

Є. Макаренко зазначає, що у більшості розвинутих країн за участю політичних лідерів, прогресивних урядів і фінансової підтримки транснаціональних корпорацій реалізуються Програми становлення інформаційного суспільства; концепції переходу до інформаційної доби, плани участі у трансформації суспільних інститутів, прийняті міжнародними організаціями ООН/ЮНЕСКО, Світовим банком, Світовою організацією торгівлі, Організацією економічного співробітництва та розвитку, Радою Європи, Європейським Союзом, Європейським банком реконструкції та розвитку, ОБСЄ, Центральньо-європейською ініціативою й іншими міжнародними і регіональними урядовими та неурядовими інституціями. В основу концепцій покладено визначення стратегії інформаційного суспільства, основних положень, умов і пріоритетів міжнародної, регіональної та національної інформаційної політики; в них формулюються політичні, правові, соціально-економічні, культурні та технологічні передумови переходу до інформаційного суспільства, обґрунтовуються специфіка і мета глобальних трансформацій [1, с. 42].

Одним із перших концептуальних документів, що визначав стратегію побудови інформаційного суспільства, є прийнятий на 29 сесії Генеральної Конференції ЮНЕСКО у 1996 р. документ під назвою «Інформаційне суспільство для всіх» [2], згідно з яким магістральним напрямом міжнародного співробітництва є побудова глобального інформаційного суспільства за особливої ролі ЮНЕСКО. У цьому документі задекларовано, що забезпечення кожній людині міжнародного співтовариства широкого та вільного доступу до інформаційних ресурсів є необхідним для рівноправної участі у житті нової суспільної формації, що інформація та знання мають важливе значення для подолання інформаційної нерівності й є глобальним суспільним надбанням як запорука глобальної демократії [2].

Для побудови глобального інформаційного суспільства необхідно подолати низку проблем:

- інформаційно-технологічний дисбаланс та інформаційну ізоляцію окремих регіонів і країн;
- негативний вплив комунікаційних та інформаційних технологій (далі – ІТ);
- незабезпеченість інформаційних прав і свобод людини (громадянина), у тому числі права на доступ до інформації та конфіденційність тощо.

ЮНЕСКО у сфері побудови інформаційного суспільства формує міжнародну інформаційну політику, сприяє вільному обміну ідеями, забезпечує формування глобальної інформаційної інфраструктури та міжкультурної комунікації. Серед основних європейських нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері побудови інформаційного суспільства, – Окінавська хартія глобального інформаційного суспільства від 22.07.2000 р. [3]. У преамбулі цього міжнародного документа зазначається, що «інформаційне суспільство

дозволяє людям ширше використовувати свій потенціал та реалізовувати свої спрямування. Але для цього необхідно, щоб ІТ забезпечували стійке економічне зростання, збільшення суспільного добробуту, стимулювання соціальної згоди та повної реалізації їх потенціалу в сфері зміцнення демократії, транспарентного та відповідального управління, прав людини, розвитку культурного багатоманіття та зміцнення міжнародного миру та стабільності» [3].

В Окінавській хартії також зазначається про необхідність подолання низки проблем:

- міжнародного розриву в галузі інформації та знань (п. 5);
- інформаційних зловживань, що загрожують цілісності мережі, та комп'ютерної злочинності (п. 4, п. 8);
- різниці у технологічних можливостях окремих регіонів і країн (п. 7);
- різниці у володінні інформаційними навичками окремих людей (п. 11).

Отже, особливе значення для безпеки інформаційного суспільства має забезпечення саме інформаційно-технічної безпеки інформаційного суспільства, зокрема мінімізації шкідливих наслідків від інформаційних зловживань, що загрожують цілісності мережі, та комп'ютерної злочинності.

Значна увага в документі, що розглядається, приділяється становленню інформаційного суспільства та входженню до глобального інформаційного простору країн, що розвиваються; зазначається, що держави, які не встигають за високими темпами розвитку ІТ, позбавлені можливостей у повному обсязі брати участь у житті інформаційного суспільства й економіки. Для вирішення зазначених проблем необхідно враховувати різноманітність умов і потреб цих країн. Важливу роль при цьому мають відігравати власні ініціативи щодо прийняття послідовних національних програм із метою реалізації політичних заходів, спрямованих на підтримку ІТ, а також створення нормативної бази, використання ІТ в інтересах вирішення завдань у сфері розвитку, соціальної сфері, розвитку людських ресурсів, що мають навички роботи з ІТ (п. 14).

Довгостроковою метою для становлення глобального інформаційного суспільства є подолання міжнародного розриву, що залежить в основному від ефективного міжнародного двостороннього та багатостороннього співробітництва. Значну роль у цих процесах відіграють міжнародні організації й установи – банки розвитку, Міжнародна мережа телекомунікацій, різноманітні міжнародні фонди.

У документі зазначається, що країни Європи сприятимуть зміцненню зв'язків між розвинутими країнами та країнами, що розвиваються, шляхом фінансового, технічного та політичного забезпечення з метою оптимального клімату для використання інформаційних технологій.

Україна, обравши євроінтеграційний курс, має орієнтуватися на стратегію розвитку країн –

учасниць Європейського Союзу в усіх напрямках життєдіяльності суспільства, зокрема в інформаційній сфері. Саме тому реалізація стратегії становлення інформаційного суспільства ЄС знаходить своє відображення у відповідних спільних документах Україна – ЄС. Так, у липні 1994 р. підписано Протокол про наміри між Державним комітетом зв'язку та інформатизації і Генеральним Директоратом XIII (далі – Генеральний Директорат ЄС з проблем інформаційного суспільства), який заклав на офіційному рівні підвалини для спільних дій у сфері інформаційного суспільства. Подальшого розвитку положення даного Протоколу набули у Меморандумі про взаєморозуміння між Генеральним Директоратом із питань інформаційного суспільства Європейської комісії та Державним комітетом зв'язку та інформатизації України щодо розвитку інформаційного суспільства, підписаному 14.09.2000 р. Як зазначається у Меморандумі, Євросоюз та Україна погодилися співпрацювати з метою розвитку інформаційного суспільства в Україні, визнаючи важливість цього для розвитку ефективної ринкової економіки та для забезпечення можливостей якісного працевлаштування.

Українська сторона підтвердила свій намір розвивати програму e-Ukraine, що відповідає потребам українського суспільства, стимулювати розвиток послуг інформаційного суспільства в Україні. У свою чергу, Гендиректорат із питань інформаційного суспільства надаватиме поради, що ґрунтуються на досвіді, набутому в рамках програми e-Eurore, та забезпечуватиме можливість Україні брати участь у відповідних заходах кожного разу, коли це буде доцільно. Гендиректорат також зобов'язався надавати поради у відповідь на запити з приводу стратегій інформаційного суспільства, розроблених в Україні, а також експертну та технічну допомогу згідно з існуючими процедурами і правилами.

Проблема становлення інформаційного суспільства в Україні порушується у Законі України «Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», в якому визначені завдання, цілі та напрями розвитку інформаційного суспільства в Україні, основоположні засади національної політики у цій сфері тощо. Зазначеним Законом передбачається, що для забезпечення реалізації Основних засад розвитку інформаційного суспільства

Стаття надійшла до редакції 16.11.2014 р.

The article investigates the status of domestic, international and European legal acts in the field of information society in Ukraine and ways to improve the delineation of the Information Society in Ukraine.

Стаття посвячена дослідженню стану національних, міжнародних та європейських нормативно-правових актів в сфері становлення інформаційного суспільства в Україні, розмежуванню шляхів удосконалення розвитку інформаційного суспільства в Україні.



в Україні визначальне значення має політика міжнародної співпраці України й її участь у розвитку глобального інформаційного суспільства. Конкретизацію ці положення знайшли у розпорядженні Кабінету Міністрів України «Про схвалення Стратегії розвитку інформаційного суспільства в Україні» від 15.05.2013 р., в якому, зокрема, вказується: «Розвинуті держави світу на межі ХХ–ХХІ століть поставили собі за мету прискорений перехід до нового етапу розвитку – інформаційного суспільства, що дасть змогу забезпечити рівень суспільного добробуту, здійснити перехід від економіки з паливно-сировинною спрямованістю до економіки, заснованої на знаннях, досягти скорочення числа загроз національній безпеці, залучити громадян до всіх благ інформаційного суспільства».

Отже, в Україні створене необхідне законодавче підґрунтя для побудови інформаційного суспільства. Однак, як зазначає Є. Макаренко, реалізація національних програм інформаційного суспільства залежить від усвідомленого політичного та суспільного вибору учасників міжнародних відносин, наявності відповідної інфраструктури та психологічної готовності суспільства до змін [1, с. 73]. Це ті фактори, що унеможливають подальшу інтенсифікацію у цій сфері. Адже, нині в Україні відсутні адекватні навички володіння та можливості придбання і застосування сучасних інформаційно-телекомунікаційних технологій, засобів зв'язку.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що нагальною потребою правотворців є визначення подальших нормативно-правових засад становлення інформаційного суспільства, а науковців – розроблення конкретних пропозицій щодо вдосконалення використання потенційних переваг інформаційної стадії розвитку суспільства.

Список використаних джерел

1. Макаренко Є. А. Міжнародна інформаційна політика: структура, тенденції, перспективи: дис. ... д-ра політ. наук. – К., 2003. – 475 с.
2. Basic Documents UNESCO 1989–1995. News Communication Strategy. Document C II-96/WS/2. – Paris, UNESCO, 1995. – 109 p.
3. Окінавська хартія глобального інформаційного суспільства від 22.07.2000 р. // <http://www.rada.gov.ua>.

УДК 336.7 : 340.5 : 347.7

Олена Шепета,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри організації захисту інформації
з обмеженим доступом
ННІ інформаційної безпеки
Національної академії служби безпеки України

УДОСКОНАЛЕННЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАХИСТУ ІНФОРМАЦІЇ У СИСТЕМАХ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТЕЖІВ В УКРАЇНІ

У статті досліджуються основи правового забезпечення відносин у сфері електронних розрахунків, у тому числі захисту інформації у системах електронних платежів.

Ключові слова: електронні платежі, захист інформації, криптографічний захист.

На сучасному етапі в Україні продовжується формування нової сфери суспільних відносин, яка в наукових колах і практичній діяльності отримала назву «електронна комерція». Основними чинниками, що сприяють становленню цієї сфери, фахівці називають розбудову інформаційного суспільства, розвиток телекомунікаційних мереж, формування інформаційних ресурсів і використання їх для задоволення особистих потреб індивідів [1, с. 1].

З появою електронної комерції пов'язане виникнення нових форм платіжних засобів (зокрема таких, як електронні гроші), які використовуються учасниками відносин у сфері електронної комерції та функціонують у платіжних системах, утворюючи систему електронних платежів. Разом із тим користувачі зазначених платіжних систем досить часто потрапляють у поле зору різних шахраїв, оскільки механізми захисту систем електронних платежів порівняно із засобами захисту традиційних фінансових інструментів (таких, зокрема, як готівкові кошти) почали формуватися значно пізніше та наразі перебувають у стадії розробки та становлення. Правове регулювання захисту інформації (як одна із складових системи забезпечення безпеки платіжних систем в Україні) також потребує постійного розвитку відповідно до вимог сьогодення.

Зважаючи на викладене, науковий аналіз основних напрямів удосконалення правового регулювання захисту інформації у системах електронних платежів в Україні є надзвичайно актуальним і важливим.

Теоретичною основою даного дослідження є праці В. Арістової, К. Белякова, О. Бойченко, В. Брижка, Т. Будко, В. Бутузова, В. Гавловського, О. Золотар, Р. Калужного, Б. Кормича, Ю. Максименко, А. Марущака, О. Мотляха, Н. Новицької, А. Новицького, В. Пилипчука, М. Стрельбицького, Т. Субіної, В. Хахановського, В. Цимбалюка, М. Швеця та ін.

Правові засади функціонування системи електронних платежів у сфері електронної комерції розглядалися нами з позицій, викладених у дослідженні І. Трубіна. Разом із тим аналіз наукової літератури свідчить про те, що проблематика правового регулювання захисту інформації у системах електронних платежів в Україні наразі залишається недостатньо дослідженою та потребує додаткового наукового вивчення.

Перенесення окремих бізнес-процесів у віртуальний простір слід вважати закономірним наслідком розвитку інформаційного суспільства й основою формування економіки нового типу, яку досить часто називають інформаційною економікою. Результатом поступового розвитку електронної комерції та пов'язаних із нею нових інструментів оплати стало виникнення та запровадження електронної форми грошей. Характерною ознакою електронних грошей є те, що їх не можна включати до сфери безготівкових розрахунків, оскільки на початковому етапі свого виникнення вони оберталися поза банківською системою та фактично були еквівалентом емітованих готівкових коштів. Враховуючи зазначену особливість, сучасні автори вказують на необхідність розмежування банківських платіжних систем (системи безготівкових розрахунків) і платіжних систем, у яких функціонують електронні гроші [1, с. 7].

Для відносин електронної комерції характерними є особливості, що вимагають визначення меж поведінки їх учасників шляхом розроблення спеціальних нормативно-правових актів: по-перше, відповідні взаємовідносини функціонують у вигляді угод, що укладаються в електронній формі; по-друге, більшість комерційних операцій здійснюється з використанням Інтернет; по-третє, наявним є повний цикл економічних процесів (замовлення товарів/послуг, проведення платежів, доставка товарів/послуг з використанням інформаційно-комунікаційних технологій) [1, с. 7].

Основою правового забезпечення відносин у сфері електронних розрахунків, у тому числі захисту інформації у системах електронних платежів, є загальні закони, що регулюють комплекс суспільних відносин, об'єктом яких є інформація. Це закони України «Про інформацію», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про Концепцію Національної програми інформатизації».

Додатково комплекс відносин у сфері електронних платежів урегульовується спеціальними актами законодавства, що визначають правовий статус і порядок використання електронного цифрового підпису й електронного документа. Такими актами є закони України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про електронний цифровий підпис».

Національний банк України у 2008 р. розробив Положення про електронні гроші в Україні, яке було викладено в новій редакції згідно з постановою Правління «Про внесення змін до деяких нормативно-правових актів Національного банку України з питань регулювання випуску та обігу електронних грошей». Основною метою цього нормативно-правового акта є правове забезпечення діяльності, пов'язаної з випуском електронних грошей в Україні, та запровадження моніторингу за такою діяльністю. Крім того, це Положення встановило вимоги Національного банку до суб'єктів здійснення випуску, обігу та погашення електронних грошей, а також до платіжних систем на програмній основі. Проте зазначені нормативно-правові акти не вирішили повною мірою проблем системи електронних платежів, що функціонує у сфері електронної комерції в Україні.

Сучасні вчені звертають увагу на необхідність дослідження на теоретичному рівні сутності електронних грошей, встановлення особливостей системи електронних платежів, вироблення єдиного підходу до понять «електронна комерція» й «електронні гроші». У практичній сфері основні проблеми пов'язані з визначенням правового статусу системи електронних платежів, зокрема з вирішенням питання про легітимність платіжних систем, що є складовими системи електронних платежів.

Фахівцями у досліджуваній сфері окремо зазначається про необхідність наукового осмислення питань, пов'язаних із підтримкою безпеки у сфері функціонування системи електронних платежів [1, с. 2]. Незалежно від обраних способів і методів правового регулювання суспільних відносин у сфері електронної комерції, які залежать від специфіки правової системи відповідної країни та рівня розвитку економіки в кожній окремій країні, проблеми захисту від шахрайства як продавців, так і покупців сучасні експерти називають однією з найважливіших проблем електронної комерції [1, с. 8].

Шляхи розв'язання окресленої проблеми тісно пов'язані з нормативно-правовим регулюванням відносин захисту інформації у системах електронних платежів. У зв'язку з цим перспек-

тивним напрямом удосконалення правового регулювання електронної комерції в Україні слід вважати формування нормативно-правових заasad використання найновіших механізмів безпеки електронних платежів. Одним із таких механізмів наразі є криптографічний метод захисту інформації у системах електронних платежів. Прикладом системи, що використовує цей метод захисту, є Bitcoin.

Bitcoin (від англ. bit – біт та coin – монета) – це пірингова система, що використовує однойменну цифрову валюту, яку часто називають криптовалютою (криптовалюта (англ. – Сryptocurrency) – вид цифрової валюти, емісія і облік якої базуються на криптографічних методах, наприклад методі захисту Proof-of-work і асиметричному шифруванні; функціонування системи здійснюється децентралізовано у визначеній комп'ютерній мережі) або віртуальною валютою (віртуальна валюта – особисті електронні гроші, що використовуються для купівлі та продажу віртуальних товарів у різних Інтернет суспільствах). Мережа повністю децентралізована та не має центрального адміністратора або його аналогу.

Bitcoin (скорочено BTC) можна використовувати для оплати різних товарів і послуг. У продавців, які готові приймати Bitcoin, також є можливість для обміну на реальні гроші через спеціальні торгові точки та обмінники [2].

Слід зазначити, що, у зв'язку із зростаючою популярністю криптовалют (перш за все – Bitcoin) асоціація «Українська спілка учасників платіжного ринку» звернулася до Національного банку України за роз'ясненням щодо можливості її використання [3]. Як повідомив Національний банк України у своєму офіційному листі, законодавство України не містить визначення терміна «криптовалюта» [3]. Відповідно до ч. 1 п. 9.3 ст. 9 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» від 05.04.2001 р. № 2346 платіжні організації платіжних систем, учасники платіжних систем та оператори послуг платіжної інфраструктури мають право здійснювати діяльність в Україні виключно після їх реєстрації шляхом внесення відомостей про них до Реєстру платіжних систем, систем розрахунків, учасників цих систем та операторів послуг платіжної інфраструктури.

Згідно з вимогами ч. 2 п. 15.1 ст. 15 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» випуск електронних грошей може здійснювати виключно банк. Банк, що здійснює випуск електронних грошей, бере на себе зобов'язання з їх погашення. Банк, який має намір здійснювати випуск електронних грошей, зобов'язаний до початку їх випуску узгодити з Національним банком України правила використання електронних грошей у порядку, встановленому нормативно-правовим актом Національного банку України. Зазначеним нормативно-правовим актом Національного банку України є Положення про електронні гроші в Україні, затверджене постановою Правління На-

ціонального банку України від 04.11.2010 р. № 481.

Оскільки до Національного банку України не зверталися банки й інші юридичні особи щодо реєстрації платіжної системи Bitcoin або з приводу узгодження правил використання електронних грошей Bitcoin, дозвільні документи на діяльність платіжної системи Bitcoin або документи про узгодження правил використання електронних грошей Національним банком не видавалися [3]. У зв'язку з цим з метою захисту прав споживачів, безпечності здійснення переказу коштів Національний банк України рекомендував громадянам використовувати послуги лише тих платіжних систем, систем розрахунків, які внесені Національним банком України до Реєстру платіжних систем, систем розрахунків, учасників цих систем та операторів послуг платіжної інфраструктури. Відповідно до вимог законодавства, фізичні й юридичні особи мають право здійснювати розрахунки тими електронними грошима, правила використання яких узгоджені з Національним банком України. Національний банк України також наголосив, що всі ризики за використання в розрахунках так званих криптовалют типу Bitcoin несе учасник розрахунків за ними. Національний банк України як регулятор не відповідає за можливі ризики та втрати, пов'язані з використанням Bitcoin [3].

Слід також зазначити, що визначення Національним банком України Bitcoin як електронних грошей взагалі унеможлиблює використання даного платіжного інструменту в нашій державі; випуск електронних грошей може здійснювати виключно банк, натомість емісія Bitcoin не пов'язана з діяльністю банківських установ. За цих обставин з метою створення правових засад використання криптовалюти в Україні доцільно скористатися вже наявним досвідом регулювання обігу Bitcoin в інших державах.

Однією з перших країн, яка на законодавчому рівні визначила правила роботи з Bitcoin, є ФРН. Так, у 2013 р. Міністерство фінансів ФРН визнало криптовалюту Bitcoin фінансовим інструментом. При цьому діяльність, пов'язана із Bitcoin у ФРН, підлягає ліцензуванню та контролю з боку Федерального управління з фінансового нагляду. А підприємства, що провадять таку діяльність, визнані підприємствами, які надають фінансові послуги [4, с. 3].

У вітчизняних нормативно-правових документах визначення фінансового інструменту міститься у Міжнародному стандарті бухгал-

терського обліку 32 (МСБО 32) [5]. Згідно із п. 11 вказаного документа фінансовий інструмент – це будь-який контракт, який регламентує виникнення фінансового активу в одного суб'єкта господарювання та фінансового зобов'язання або інструмента капіталу в іншого суб'єкта господарювання.

Висновки

Перспективним напрямом удосконалення правового регулювання електронної комерції в Україні є формування нормативно-правових засад використання найновіших механізмів безпеки електронних платежів. Одним із таких механізмів наразі є криптографічний метод захисту інформації у системах електронних платежів. Визначення Національним банком України криптовалюти як електронних грошей унеможлиблює використання цього платіжного інструменту в нашій державі. Одним із можливих шляхів розв'язання окресленої проблеми є визначення криптовалюти як фінансового інструменту. Зважаючи на отримані результати, основними напрямками розвитку положень нашого дослідження ми вважаємо аналіз нормативно-правового регулювання застосування платіжних інструментів у сфері електронних платежів і формування пропозицій щодо вдосконалення такого регулювання.

Список використаних джерел

1. Трубін І. О. Правові засади функціонування системи електронних платежів у сфері електронної комерції: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 20 с.
2. Чаленко М. О. Панорамні перспективи використання електронних грошей – Bitcoin // Інтернет-конференція Буковинського державного фінансово-економічного університету [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://bsfa.edu.ua/files/NaukVidd/21032014/sek2/chalenko_stattiya.pdf.
3. Українська спілка учасників платіжного ринку (СУПР) рекомендує утримуватися від використання «криптовалюти» Bitcoin // Офіційний сайт Асоціації «Українська спілка учасників платіжного ринку» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ansmer.com.ua/pressroom/association-news/193-news-27102.html>.
4. Германия признала Bitcoin формой денег на законодательном уровне // UFN-Review. – 2013. – № 8.
5. Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 32 (МСБО 32) // Міністерство фінансів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minfin.gov.ua>.

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

We have studied the basics of legal relations in the sphere of security of electronic payments in general and the protection of information in electronic payment systems in particular.

В статтє исследуются основы правового обеспечения отношений в сфере электронных расчетов, в том числе защиты информации в системах электронных платежей.



УДК 347.77

Валерій Політило,

здобувач

Національного університету біоресурсів та природокористування України,
м. Київ

ПЛЮРАЛІЗМ НАУКОВИХ ПІДХОДІВ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ «ПОДАТКОВА ІНФОРМАЦІЯ»

У статті розглядаються основні наукові підходи до визначення поняття «інформація», «податкова інформація», досліджуються законодавчо закріплені дефініції цих понять, визначаються перспективні напрями вдосконалення нормативно-правового регулювання суспільних відносин у сфері податкової інформації.

Ключові слова: інформація, податкова інформація, податкова таємниця.

У XXI ст. інформація є важливим атрибутом правовідносин. Вагоме місце в системі інформаційних правовідносин посідають публічно-правові відносини, а саме – відносини, що виникають між суб'єктами владних повноважень та окремими громадянами, об'єднаннями громадян у різних сферах.

Задля реалізації покладених на органи державної влади повноважень вони вправі витребувати необхідну приватну інформацію чи отримати її у будь-який інший спосіб. Однак на органи державної влади покладений обов'язок забезпечити конфіденційність отриманої інформації. У Законі України «Про інформацію» виокремлюються різні види інформації. При цьому законодавець закріпив необхідність визначення правового режиму кожного виду інформації. Однак особливості нормативно-правового регулювання лише окремих видів інформації визначені на рівні законів. Зокрема, правовий режим податкової інформації так і не знайшов свого закріплення. Слід зазначити, що проблема, яка розглядається, не знайшла адекватного окреслення й на доктринальному рівні, що й зумовило актуальність написання цієї статті.

Серед вітчизняних і зарубіжних дослідників, які окреслювали окремі нормативно-правові аспекти податкової інформації, заслуговують на увагу І. Бабін, С. Дуканов, І. Кучеров, М. Костенко, О. Мандзюк, К. Проскура, О. Тімарцев, О. Шевчук, К. Юсупов та інші. Порушена проблематика в юридичній доктрині розглядається в основному у контексті окреслення деяких аспектів інформаційної безпеки України, зокрема такими дослідниками, як: В. Баскаков, В. Гавловський, М. Гуцалюк, М. Дімчогло, В. Залізник, Р. Калюжний,

Б. Кормич, В. Ліпкан, О. Логінов, Ю. Максименко, А. Марущак, П. Матвієнко, А. Тунік, О. Стоєцький, В. Цимбалюк, Л. Харченко, К. Череповський, М. Швець, Т. Шевцова, О. Шепета, О. Чуприна, В. Ярочкін та інші.

Метою цієї статті є дослідження наукових розвідок і відповідної нормативної бази щодо визначення поняття «податкова інформація» та внесення конкретних пропозицій з метою його вдосконалення.

Інформація походить від латинського слова *informatio*, що означає викладення, тлумачення, уявлення, повідомлення. Нині в наукових колах виокремлюють щонайменше три теорії інформації: ймовірнісна, алгебрична та семантична. Кожна з цих теорій пропонує своє бачення сутності та змісту інформації, а також методи її вимірювання.

До 40-х років XX ст. інформація була предметом наукових досліджень технічних наук. З кінця 40-х – початку 50-х років це поняття активно використовується і юридичними науками. Більше того, на сучасному етапі інформація визнається важливим правовим феноменом, що детермінує активний розвиток галузевих наукових досліджень різних її аспектів. Кожна з галузей права розглядає той ракурс інформації, що відповідає її предмету та методології. Так, у цивільно-правових дослідженнях інформація визначається як важливий «товар» та «об'єкт цивільно-правових досліджень»; у кримінально-правових дослідженнях – як засіб вчинення чи об'єкт злочинного посягання; у конституційно-правових – як важливе конституційне право тощо. Аналіз наукових дослі-

джен у цій сфері дозволяє виокремити наукові підходи до визначення поняття «інформація». Серед основних такі:

- інформація як «спонука (стимул, ініціалізація) ситуаційно-функціональної активності будь-якої структури, ситуаційне реагування структури на зовнішню (внутрішню) ініціалізацію, яку завжди можна виміряти незалежно від її природи, морфології і джерела» [1, с. 203];

- інформація як генералізаційно єдина первинна субстанція Всесвіту [1, с. 206];

- інформація як різні відомості про навколишній світ, які одержує матеріальна підсистема під час її взаємодії з навколишнім середовищем [2, с. 265];

- інформація як відомості (сукупність відомостей, повідомлення, дані), які зменшують невизначеність знань про будь-яке явище, подію в їх користувача у сфері, до якої вони відносяться [3, с. 83];

- інформація як дані, які були організовані в такій формі та документовані або передані таким чином, що можуть бути сприйняті іншою особою [4, с. 45];

- інформація як результат відображення й обробки в людській свідомості різноманіття навколишнього світу, відомості про оточуючі людину предмети, явища природи, діяльність інших людей тощо [5, с. 19];

- інформація як відомості про осіб, предмети, факти, події, явища та процеси незалежно від форми їх представлення [6, с. 3] чи відомості, які передає одна особа іншій; про неї можна вести мову й як про процес повідомлення цих відомостей [7, с. 27];

- інформація як результат інтелектуальної діяльності [8, с. 51] чи формально визначені результати інтелектуальної діяльності людини, що регульовані вітчизняним законодавством [9, с. 96] тощо.

Слід зазначити, що визначення інформації як документованих або публічно оголошених відомостей є найбільш поширеним підходом до розуміння цього поняття. Саме таке визначення містилось у попередній редакції Закону України «Про інформацію». Нині ж Закон України «Про інформацію» містить іншу дефініцію поняття «інформація»: інформація – це будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді.

Крім Закону України «Про інформацію», дефініція цього поняття міститься і в законах України «Про телекомунікації», «Про науково-технічну інформацію», а також в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України тощо.

Згідно із Законом України «Про телекомунікації»: інформація – це відомості, подані у вигляді сигналів, знаків, звуків, рухомих або нерухомих зображень чи в інший спосіб.

У Законі України «Про науково-технічну інформацію» міститься дефініція поняття «науково-технічна інформація» як будь-які відомості та/або дані про вітчизняні та зарубіжні досягнення науки, техніки і виробництва, одержані в ході науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної, виробничої та громадської діяльності, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. У ЦК України визначається, що інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді (ч. 1 ст. 200).

Ми поділяємо точку зору Н. Кушакової, яка вважає, що «багатоманітність поглядів на інформацію сьогодні неможливо вважати невинуватою чи серйозним недоліком, зокрема, правничих досліджень. Феномен інформації завдяки її розвитку має проблемний характер. Поняття інформації чітко ніким ще не визначено і через це не є загальноприйнятним, тому будь-яка дефініція виглядає поки що як гіпотеза чи свідомо редукція. В цій ситуації остаточно згода з однією думкою означала б ні що інше, як неправомірну монополізацію тієї чи іншої концепції» [10, с. 4].

Не менш конструктивною є думка Н. Кушакової з приводу того, що поряд з подальшим поглибленням розробленням вузьких тем у проблемі інформації виникає необхідність створення цілісного чи у будь-якому випадку ширшого погляду на цю проблему, який би враховував як єдність, так і багатоманітність проявів феномена інформації. Найімовірніше, вирішення цієї проблеми має починатись із загальнонаукових досліджень питання інформації в сучасній науці (тобто таких досліджень, що інтегрують у собі досягнення різних наукових дисциплін). Отже, є сенс вести мову не стільки про поняття, скільки про проблему інформації та мати на увазі й те, що визначення інформації, в будь-якому випадку загальне [11, с. 24].

Що стосується поняття «податкова інформація», то правовим фундаментом інформаційних правовідносин у податковій сфері є Конституція України, Податковий кодекс (далі – ПК) України, Закон України «Про захист персональних даних», Закон України «Про доступ до публічної інформації» тощо.

Тривалий час у Законі України «Про інформацію» не виокремлювався такий вид інформації, як податкова інформація. Лише з ухваленням ПК України були внесені зміни та доповнення, згідно з якими нарівні з інформацією про фізичну особу, довідково-енциклопедичного характеру, про стан довкілля (екологічну інформацію), про товар (роботу, послугу), науково-технічну інформацію, пра-

вову, статистичну та соціологічну інформацію, з'явилась і податкова інформація.

Згідно із ст. 16 Закону України «Про інформацію» податкова інформація – це сукупність відомостей і даних, що створені або отримані суб'єктами інформаційних відносин у процесі поточної діяльності та необхідні для реалізації покладених на контролюючі органи завдань і функцій у порядку, встановленому ПК України. Таке ж визначення закріплене й у ПК України. Логіко-семантичний аналіз цієї дефініції дозволяє констатувати необхідність його вдосконалення, адже воно не відображає зміст і сутність даного виду інформації. *По-перше*, визначення містить поняття, що потребують додаткового тлумачення: «суб'єкти інформаційних відносин», «контролюючі органи», «сукупність відомостей і даних» тощо. *По-друге*, органи податкової влади, як і деякі інші органи влади, виконують не лише контролюючі функції, а й профілактичні, правоохоронні, правозабезпечувальні тощо. А тому визначати податкові органи винятково як контролюючі дещо неправильно. *По-третє*, наведене визначення є занадто загальним, що не дає змоги вирізнити податкові органи серед інших контролюючих органів.

Слід зазначити, що близька нашому баченню позиція О. Мандзюка, який також звертає увагу на розмитість і неконкретизованість цієї дефініції законодавцем, оскільки вона підходить до будь-якого контролюючого органу, що існує в Україні. Лише прив'язка про «порядок, встановлений Податковим кодексом України», унеможливило ідентифікувати «певну сукупність відомостей і даних, що створені або отримані суб'єктами інформаційних відносин у процесі поточної діяльності та необхідні для реалізації покладених на контролюючі органи завдань і функцій» як податкову інформацію [12, с. 45]. Серед його аргументів заслуговують на увагу такі: контролюючими органами є всі органи доходів і зборів, які забезпечують не лише формування єдиної державної податкової, а й державну митну політику; завдання та функції контролюючих органів закріплені не лише ПК України, а й Митним кодексом України, іншими нормативно-правовими актами; інформація є поняттям більш широким, отже, має бути загальним щодо інших родових понять: податкова інформація, інформація про фізичну особу, інформація довідково-енциклопедичного характеру, інформація про стан довкілля (екологічна інформація), інформація про товар (роботу, послугу), науково-технічна інформація, правова інформація, статистична інформація, соціологічна інформація тощо. У Законі України «Про інформацію» інформація визначена як будь-які відомості та/або дані,

які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. У визначенні поняття «податкова інформація» використовується зовсім інша конструкція – «сукупність відомостей і даних» замість «будь-які відомості та/або дані». Таким чином ототожнюються поняття «податкова інформація» та «податкові інформаційні ресурси» [12, с. 42].

Отже, законодавча дефініція поняття «податкова інформація» не відображає сутність і зміст цієї складної комплексної категорії. Слід зазначити, що наукові роботи у зазначеній сфері характеризуються деякою обмеженістю, фрагментарністю розгляду проблематики. Здебільшого в розвідках, присвячених порушеній тематиці, окреслюються окремі види податкової інформації, зокрема податкова таємниця. На нашу думку, поняття «податкова інформація» та «податкова таємниця» співвідносяться між собою як загальне та частина, тобто податкова таємниця є лише одним із елементів податкової інформації, що охоплює і публічну податкову інформацію.

Т. Субіна пропонує визначати поняття «податкова інформація» як інформацію, що пов'язана з об'єктом і суб'єктом оподаткування і використовується податковими органами для здійснення адміністрування податків, зборів та інших обов'язкових платежів [13, с. 14]. На нашу думку, така інтерпретація поняття «податкова інформація» потребує додаткового роз'яснення з приводу того, що є «об'єктом та суб'єктом оподаткування», що означає «пов'язана» тощо.

Є також точка зору, згідно з якою податкова інформація – це сукупність відомостей і даних, що створені або отримані суб'єктами інформаційних відносин у процесі поточної діяльності та необхідні для реалізації покладених на органи податкової служби завдань і функцій [14, с. 213]. Це визначення майже дублює законодавчо закріплену дефініцію, недоліки якої ми вже визначили.

О. Долгий визначає податкову інформацію як інформацію у сфері оподаткування, що є у розпорядженні посадових осіб контролюючих органів або стала їм відома у зв'язку з виконанням ними своїх службових обов'язків [15, с. 75]. Наведене визначення також потребує додаткового роз'яснення, зокрема, що означає «у розпорядженні посадових осіб...», «що є сферою оподаткування».

Інше бачення поняття «податкова інформація» пропонує Е. Дмитренко: «це сукупність відомостей і даних щодо обчислення та сплати податків і зборів, що створені, надані, зібрані, одержані, збережені, накопичені, оброблені, передані, використані, поширені, оприлюднені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді, які

підлягають аналізу, охороні та захисту» [16, с. 42].

Згідно із ст. 5 Закону України «Про інформацію» кожен має право на інформацію, що передбачає можливість вільного одержання, використання, поширення, зберігання та захисту інформації, необхідної для реалізації своїх прав, свобод і законних інтересів. Отже, чітко визначені такі структурні елементи права на інформацію: «одержання», «використання», «поширення», «зберігання» та «захист». У Законі України «Про інформацію» зазначається також, що основними видами інформаційної діяльності є створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорона та захист інформації (ст. 9). А тому недоцільно визначати інші структурні елементи права на інформацію, зокрема: «надання», «накопичення», «оброблення» тощо. Крім того, чому сукупність відомостей і даних підлягають аналізу? Адже ж аналіз – це лише один із логічних прийомів оброблення інформації.

Заслугує на увагу визначення поняття «податкова інформація», запропоноване О. Мандзюком: податкова інформація – це суспільно значимі відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді, створені чи одержані податковими органами у межах повноважень, передбачених законодавством з метою забезпечення ефективного функціонування системи оподаткування [12, с. 75].

Висновки

Податкова інформація є складною правовою категорією. Це малодосліджений предмет в юридичних наукових розвідках.

Законодавчо закріплена дефініція «податкова інформація» не відображає складну природу, сутність і зміст цієї правової категорії. Існують різні наукові підходи до розуміння поняття «податкова інформація», кожна з яких має свої переваги та недоліки. Відсутність однозначності у визначенні поняття «податкова інформація» детермінує подальше наукове дослідження цієї складної проблеми.

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The basic scientific approaches to the definition of «information», «tax information» investigated legislated definition of these concepts and identified promising areas of improvement of the legal regulation of social relations in the field of tax information.

В статье рассматриваются основные научные подходы к определению понятия «информация», «налоговая информация», исследуются законодательно закрепленные дефиниции этих понятий, определяются перспективные направления совершенствования нормативно-правового регулирования общественных отношений в сфере налоговой информации.

Список використаних джерел

1. Тронь В. Феномен інформації – майбутнє Всесвіту // Вісник УАДУ. – 1998. – № 4. – С. 200–207.
2. Лукашевич В. Г. До визначення поняття «інформація», що вживається в сучасному юридичному обігу // Вісник Запорізького юридичного інституту. – 1998. – № 3. – С. 263–268.
3. Колодій І. Поняття та зміст інформації: соціальні та правові аспекти // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 1. – С. 83–86.
4. Кормич Б. А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України: дис. ... д-ра юрид. наук. – О., 2004. – 427 с.
5. Голубев В. О. Програмно-технічні засоби захисту інформації від комп'ютерних злочинів. – Запоріжжя, 1998.
6. Копылов В. А. К вопросу об информационной собственности // Научно-техническая информация: Сер. 1. – 1998. – № 3.
7. Дозорцев В. А. Информация как объект исключительного права // Дело и право. – 1996. – № 4.
8. Антопольский А. А. Правовое регулирование информационных объектов // Проблемы информатизации. – 1999. – Вып. 3.
9. Літкан В. А., Залізняк В. А. Систематизація інформаційного законодавства України / За ред. В. А. Ліпкана. – К., 2012. – 304 с.
10. Кушакова Н. В. Конституційне право на інформацію в Україні (порівняльний аналіз): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 18 с.
11. Кушакова Н. В. Конституційне право на інформацію в Україні (порівняльний аналіз): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 243 с.
12. Мандзюк О. А. Правовий режим податкової інформації в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2014. – 198 с.
13. Субіна Т. В. Адміністративно-правове забезпечення інформаційної безпеки в органах державної податкової служби України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2010. – 19 с.
14. Податковий менеджмент / О. О. Папайка, В. О. Орлов, О. В. Грицак та ін. – Д., 2012. – 361 с.
15. Долгий О. Класифікація інформації: зв'язок із забезпеченням безпеки працівників державної податкової служби // Підприємництво, господарство і право. – 2003. – № 11. – С. 75–79.
16. Дмитренко Е. С. Повноваження органів державної податкової служби у сфері забезпечення інформаційної безпеки: проблеми реалізації // Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. – 2012. – № 1. – С. 41–46.



УДК 347.73

Зорина Перощук,*канд. юрид. наук,
здобувачка кафедри фінансового права
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ДО ПИТАННЯ ПРО СУБ'ЄКТІВ БЮДЖЕТНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті розглядається питання співвідношення категорій «суб'єкти правовідносин» («суб'єкти бюджетних правовідносин»), «суб'єкти права» («суб'єкти бюджетного права»), «учасники правовідносин», («учасники бюджетних правовідносин»).

Ключові слова: суб'єкти правовідносин, суб'єкти права, учасники правовідносин, суб'єкти бюджетних правовідносин, суб'єкти бюджетного права, учасники бюджетних правовідносин.

У сучасній теорії права сформувалося чимало думок стосовно розуміння суб'єктів правовідносин. До цього часу не знайдено компромісу щодо однозначності трактування та співвідношення категорій «суб'єкти правовідносин», «учасники правовідносин», «суб'єкти права», «правосуб'єктність», що, не в останню чергу, є причиною різного формулювання кожного з них галузевими науками.

Питання суб'єктів фінансового права нещодавно порушено у праці М. Перепелиці, а суб'єктів бюджетного права (бюджетних правовідносин) – у роботах Н. Якимчук, О. Музики-Стефанчук і В. Чернадчука та ін.

Метою цієї статті є аналіз проблемних питань, пов'язаних із співвідношенням таких категорій, як «суб'єкти правовідносин», «суб'єкти права», «учасники правовідносин» тощо.

У теорії права суб'єкти правовідносин (суб'єктивний склад) розглядаються як індивідуальні та колективні суб'єкти права, які беруть участь у правовідносинах [1, с. 388].

Суб'єктами правовідносин є індивідуальні чи колективні суб'єкти права, які використовують свою правосуб'єктність у конкретних правовідносинах, виступають реалізаторами суб'єктивних юридичних прав і обов'язків, повноважень та юридичної відповідальності. На підставі викладеного можна стверджувати, що основною соціально-юридичною властивістю суб'єктів права є правосуб'єктність [2, с. 164]. Це дає підстави припустити, що вчені фактично ототожнюють категорії «суб'єкти правовідносин» і «суб'єкти права». У сучасній теорії права ця позиція не є новою [3, с. 481].

Основними ознаками суб'єкта права є:

- особа – учасник суспільних відносин (індивід, організація), яка за своїми особливостями фактично може бути носієм суб'єктивних юридичних прав та обов'язків;

- особа, яка реально здатна брати участь у правовідносинах, набула властивостей суб'єкта права в силу юридичних норм. Іншими словами, юридичні норми створюють обов'язкову основу розгляду індивідів, організацій, громадських утворень як суб'єктів права.

Категорії «суб'єкт права» та «правосуб'єктність» за своїм основним змістом збігаються [4, с. 379].

У теорії права склалися два підходи щодо співвідношення понять «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин». Згідно з першим ці поняття вважаються рівнозначними, або тотожними однопорядковими поняттями. Другий підхід передбачає розмежування понять «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин». Найбільший рівень абстрактності серед перелічених категорій, безумовно, має поняття «суб'єкт права». При цьому «право» трактується як складова частина цивілізації, об'єктивна категорія, що охоплює сукупність загальнообов'язкових норм і правил поведінки, які існують у певному суспільстві, тобто виступає як категорія об'єктивна, що дає підстави для уточнення – «суб'єкт об'єктивного права». У такому трактуванні суб'єкти права виступають як особи, які мають правосуб'єктність. Таким чином, суб'єкт об'єктивного права має потенційну здатність вступати в правовідносини, для чого він наділяється об'єктивним правом, відповідною здатністю, яку іноді називають «правоздатністю», яка точніше, мабуть, може бути охарактеризована за допомогою більш широкої категорії – «правосуб'єктність». Оскільки суб'єктами правовідносин можуть бути лише особи, які наділені правосуб'єктністю, то поняття «суб'єкт права» й «особа, яка наділена правосуб'єктністю» практично збігаються [5, с. 130–131].

В. Чернадчук вважає, що, незважаючи на наявність спільних ознак і зв'язку між суб'єктом права та суб'єктом правовідносин, їх не слід розглядати як рівнозначні: вони співвідносять-

ся як загальне та конкретне. Поняття «суб'єкт права» є більш широким поняттям, оскільки ним є особа, яка потенційно має можливість і здатність брати участь у правовідносинах, тобто наділена правосуб'єктністю, а суб'єктом правовідносин є особа, яка вступає у правовий зв'язок, реалізуючи свої права й обов'язки.

У науці фінансового права переважає думка, згідно з якою суб'єкт фінансового права є більш широким поняттям, ніж суб'єкт (учасник) фінансових правовідносин; вони співвідносяться як загальне та конкретне [5, с. 131–132]. Ця думка деякою мірою є дискусійною. Особа, яка вступає в правовий зв'язок, реалізуючи свої права й обов'язки, вже є реальним учасником фінансових правовідносин, а тому мова тут скоріше має йтися про співвідношення категорій «суб'єкт фінансових правовідносин» і «учасник фінансових правовідносин». Крім того, не зовсім зрозуміло є аргументація щодо різниці між поняттями «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідносин», з якої випливає, що суб'єкт права – це особа, наділена правосуб'єктністю, а суб'єктом правовідносин є особа, яка вступає у правовий зв'язок, реалізуючи свої права й обов'язки. А хіба суб'єкт правовідносин не наділений правосуб'єктністю? У чому тут різниця?

О. Орлюк обстоює думку, згідно з якою суб'єкти фінансового права можуть бути здебільшого суб'єктами конкретних фінансових правовідносин. Він припускає, що суб'єкт фінансового права та суб'єкт фінансових правовідносин певною мірою співвідносяться як загальне та конкретне [6, с. 140]. Заслужовує на увагу те, що в контексті викладеного суб'єкт фінансового права та суб'єкт фінансових правовідносин співвідносяться як загальне та конкретне, а не як загальне та часткове.

Слід також зазначити, що під час характеристики суб'єктів бюджетних правовідносин О. Орлюк констатує, що суб'єктами бюджетного права є особи, наділені правосуб'єктністю, тобто ті, що потенційно здатні бути учасниками бюджетних правовідносин. Наприклад, держава у бюджетних правовідносинах бере участь як єдина система органів; її дієздатність виявляється в дієздатності органів, що представляють її у таких відносинах. Відповідний орган, діючи від імені держави, виконує частку її завдань і функцій. Одночасно він є колективним суб'єктом бюджетних правовідносин.

Безпосередніми суб'єктами бюджетних правовідносин є й органи місцевого самоврядування, які діють від імені місцевих громад, що проживають на території відповідних адміністративно-територіальних одиниць. При цьому органи місцевого самоврядування реалізують як суб'єктивні матеріальні права місцевої громади, діючи від імені адміністративно-територіальної одиниці, так і власні повноваження, діючи від власного імені [6, с. 223].

Загалом погоджуючись із викладеною думкою, вважаємо за доцільне згадати про інститут

представництва у бюджетних правовідносинах. Справа в тому, що держава у бюджетних правовідносинах безпосередньої участі не бере. Від її імені діють уповноважені публічні органи (Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України тощо). Це стосується і місцевого самоврядування, яке також, як і держава, безпосередньої участі у бюджетних правовідносинах не бере. Від його імені діють відповідні органи, наприклад виконавчі органи місцевих рад в особі їх керівників.

У сучасній юридичній літературі поняття «суб'єкт права», як правило, використовується як синонім термінів «суб'єкт» чи «учасник правовідносин» [7, с. 438–439]; більшість фахівців ототожнює суб'єкт правових відносин з учасником суспільних відносин, не розрізняючи при цьому поняття «суб'єкт права» та «суб'єкт правових відносин» [8, с. 146].

З приводу співвідношення зазначених категорій у теорії фінансового (бюджетного) права на сучасному етапі його розвитку ведеться конструктивна дискусія. Останніми роками в Україні питання щодо них порушувалися А. Ковальчуком [9, с. 14, 110–114], В. Чернадчуком [5, с. 134–136], О. Музикою-Стефанчук [10, с. 77–82].

А. Ковальчук, зокрема, доходить висновку, що необхідно та важливо не ототожнювати поняття «суб'єкт» та «учасник фінансового правовідношення». Зазначені поняття нерідко збігаються, але мають і певні особливості, що дозволяють виокремлювати їх. Однак принципово неправильно протиставляти ці категорії. Юридичні особи, які потенційно правоздатні та дієздатні в системі фінансово-правових відносин (суб'єкти права), однак лише демонструють відповідні наміри та бажання і на даний час не вступили в реальні фінансові правовідносини, залишаються в статусі учасника фінансово-правових відносин. Таким чином, категорія «суб'єкт фінансового правовідношення» – більш конкретна з точки зору розуміння та обстоювання відповідних потреб та інтересів, ніж поняття «учасник правовідношення».

Учасник фінансового правовідношення – це, як правило, юридична особа, що володіє правосуб'єктністю, тобто потенційно здатна бути суб'єктом фінансових правовідносин. Суб'єкт фінансового правовідношення – це реальний учасник конкретних правовідносин, генератор необхідних перетворень у фінансовому просторі, тобто він виконує роль першопричини виникнення та здійснення фінансових правовідносин. Суб'єкти фінансових правовідносин у ринкових системах отримують реальні шанси «на рівних» конкурувати за одержання бажаного економічного (фінансового) результату, який багато в чому зумовлюється рівнем підприємливості, правової культури, опанування юридичною технікою тощо [9, с. 113]. Свої критичні міркування щодо висловленого, які ми загалом поділяємо, висловила О. Музика-Стефанчук. Вона вважає, що переважна біль-

шість учених слушно стверджує, що суб'єктом фінансових і бюджетних правовідносин є реальний учасник цих відносин, що всі суб'єкти бюджетних правовідносин є їх учасниками, але не всі учасники є такими суб'єктами. Іншими словами, поняття «суб'єкт бюджетних правовідносин» є вужчим за своїм обсягом, ніж поняття «учасник бюджетних правовідносин» [10, с. 77–78].

Пропонує розмежовувати поняття, що розглядаються, і В. Чернадчук. Оскільки суб'єктами бюджетних правовідносин є держава, адміністративно-територіальні одиниці, органи державної влади та місцевого самоврядування, а в окремих випадках і їх посадові особи, учасниками можуть бути лише державні органи й їх посадові особи, які в окремих випадках можуть бути одночасно і суб'єктами цих правовідносин. Учасником бюджетних правовідносин є індивідуалізована конкретна особа, яка безпосередньо своїми діями реалізує власні бюджетні повноваження, вступаючи у правовий зв'язок з іншими особами від імені суспільно-територіального утворення, державного органу чи органу місцевого самоврядування або від власного імені. У першому випадку між суб'єктом та учасником бюджетних правовідносин є різниця, в другому спостерігається їх збіг [5, с. 134–136]. Ми не поділяємо цієї думки, оскільки, як і О. Музика-Стефанчук, вважаємо, що «всі органи публічної влади є суб'єктами бюджетної діяльності і, відповідно, особи, які представляють інтереси цих органів, також належать до названих суб'єктів» [10, с. 80]; «слід просто зрозуміти, хто саме забезпечує здійснення бюджетної діяльності, а це, власне, і є учасники» [10, с. 81].

Враховуючи викладене стосовно всіх трьох категорій («суб'єкт бюджетних правовідносин», «учасник бюджетних правовідносин» «суб'єкт бюджетного права»), наукові висновки українських учених (зокрема, А. Ковальчука та В. Чернадчука) поділяючи загалом точку зору О. Музики-Стефанчук, вважаємо, що категорію «суб'єкти бюджетних правовідносин» слід розглядати в широкому та вузькому значеннях. У широкому розумінні суб'єкти бюджетних правовідносин ототожнюються з суб'єктами бюджетного права, у вузькому розумінні – з учасниками бюджетних правовідносин.

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

The article raised the question of interrelation of categories «legal relations' subjects» («legal budgetary relations' subjects»), «the law subjects» («the budget law subject»), «participants of legal relations» («participants of legal budgetary relations»).

В статье рассматривается вопрос соотношения категорий «субъекты правоотношений» («субъекты бюджетных правоотношений»), «субъекты права» («субъекты бюджетного права»), «участники правоотношений», («участники бюджетных правоотношений»).

Для прикладу: Мінфін України (до речі, законодавець у тексті Бюджетного кодексу України від 08.07.2010 р. № 2456-VI замінив слова Мінфін України на центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної бюджетної політики) є суб'єктом бюджетних правовідносин, який забезпечує оприлюднення: проекту закону про Державний бюджет України; Закону про Державний бюджет України з додатками, які є його невід'ємною частиною; інформації про виконання Державного бюджету України за підсумками місяця, кварталу та року; інформації про виконання зведеного бюджету України; іншої інформації про виконання Державного бюджету України. В даному випадку Мінфін України як суб'єкт бюджетних правовідносин слід визнавати суб'єктом бюджетного права та вважати учасником бюджетних правовідносин.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що доцільно суб'єктами бюджетних правовідносин визначати суб'єктів бюджетного права, які використовують свою правосуб'єктність у цих правовідносинах із метою реалізації бюджетних повноважень.

Список використаних джерел

1. Скакун О. Ф. Теорія держави і права. – К., 2011. – 520 с.
2. Актуальні проблеми теорії держави та права / За ред. Є. О. Гіди. – К., 2010. – 260 с.
3. Теорія государства и права / Под ред. Н. И. Магузова, А. В. Малько. – М., 1997. – 672 с.
4. Алексеев С. С. Общая теория права. – М., 2009. – 576 с.
5. Чернадчук В. Д. Стан та перспективи розвитку бюджетних правовідносин в Україні. – Суми, 2008. – 456 с.
6. Орлюк О. П. Фінансове право. – К., 2010. – 808 с.
7. Теорія держави і права / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2006. – 688 с.
8. Шевчук О. М. Засоби державного примусу у правовій системі України: дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2003. – 187 с.
9. Ковальчук А. Т. Фінансове право в ринкових умовах: проблеми формування, розвитку, застосування: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2009. – 493 с.
10. Музика-Стефанчук О. А. Органи публічної влади як суб'єкти бюджетних правовідносин в Україні: проблеми законодавства, теорії та практики: дис. ... д-ра юрид. наук. – Ірпінь, 2011. – 501 с.



УДК 347.7

Ірина Грабар,*Київський національний університет ім. Тараса Шевченка*

НОРМАТИВНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ЗМІН ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО БАНКИ І БАНКІВСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ», ЩО НАБИРАЮТЬ ЧИННОСТІ З 10 СІЧНЯ 2015 РОКУ

У статті аналізуються зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність», що набирають чинності з 10.01.2015 р.

Ключові слова: банки, регулювання діяльності банків, банківське регулювання.

Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 04.07.2014 р. № 1587-VII щодо визначення особливостей корпоративного управління в банках» (далі – Закон від 04.07.2014 р. № 1587-VII) набирає чинності з 10.01.2015 р. Розуміння сутності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III, а також вплив таких змін на діяльність банків в Україні є актуальним на поточний час.

Огляд досліджень і публікацій засвідчив, що у дослідженнях вітчизняних учених зазначена проблематика не досліджувалася.

Метою цієї статті є нормативно-правовий аналіз змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність», що набирають чинності з 10.01.2015 р., а також надання висновків щодо впливу таких змін на діяльність банків в Україні.

Зміни, що внесені до Закону України «Про банки і банківську діяльність», спрямовані на створення ефективних механізмів управління ризиками, дієвого механізму розподілу повноважень між органами управління та контролю банків з урахуванням міжнародної практики корпоративного управління, на забезпечення захисту інтересів вкладників і кредиторів банків шляхом підвищення відповідальності керівників банку за результати його діяльності. Відповідні зміни майже повністю відобразили норми, що містяться в Законі України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 р. № 514-VI, Методичних рекомендаціях щодо організації та функціонування систем ризик-менеджменту

в банках України, затверджених постановою НБУ від 02.08.2004 р. № 361, та Методичних рекомендаціях щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України, затверджених постановою НБУ від 28.03.2004 р. № 98. Проаналізуємо зміни, внесені до Закону України «Про банки і банківську діяльність», які набирають чинності з 10.01.2015 р.

Викладення терміна «банківська група» в новій редакції. З набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII до банківської групи будуть віднесені групи юридичних осіб, що складаються з небанківської фінансової установи, яка є контролером її українських та/або іноземних дочірніх та/або асоційованих компаній, які є фінансовими установами та в яких банківська діяльність є переважною. При цьому слід зазначити, що зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачають виключення роз'яснення, щодо того, яка саме діяльність у банківській групі є переважно банківською, що на практиці може призвести до власного трактування відповідними установами зазначеного поняття та не реєстрації відповідної банківської групи. З набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII відповідальною особою банківської групи, до складу якої входить материнський банк, буде саме цей материнський банк. При цьому відповідальна особа банківської групи з набранням чинності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» має складати консолідовану звітність, враховуючи також звітність страхових компаній, що входять у банківську групу, за формами та у строки, визначені Національним банком України.

Зазначені зміни посилять регулювання НБУ діяльності банківських груп для забезпечення стабільності банківської системи й обмеження ризиків, що виникають унаслідок участі фінансових установ у банківських групах.

Введення нового терміна «конфлікт інтересів», який означає наявні та потенційні суперечності між особистими інтересами і посадовими чи професійними обов'язками особи, що можуть вплинути на добросовісне виконання нею своїх повноважень, об'єктивність і неупередженість прийняття рішень. Крім того Закон від 04.07.2014 р. № 1587-VII визначає зобов'язання:

- членів ради та правління відмовитися від участі у прийнятті рішень, якщо конфлікт інтересів не дає їм змоги повною мірою виконувати свої обов'язки в інтересах банку, його вкладників та учасників;

- ради банку щодо вживання заходів для запобігання виникненню конфліктів інтересів у банку, сприяння їх урегулюванню та повідомлення НБУ про такі конфлікти;

- підрозділу внутрішнього аудиту щодо виявлення та перевірки випадків виникнення конфлікту інтересів у банку.

Слід зазначити, що відповідні норми повністю відобразили норми, що містяться в гл. 3 р. III Методичних рекомендацій щодо вдосконалення корпоративного управління в банках України, затверджених постановою НБУ від 28.03.2004 р. № 98.

Зазначені зміни вимагатимуть від підрозділу внутрішнього аудиту виявляти та перевіряти конфлікти інтересів, від членів ради та правління банку – відмовлятися від прийняття рішень, якщо наявний конфлікт інтересів, попереджувати, врегульовувати такі конфлікти та повідомляти про них НБУ.

Розширення та перерозподіл питань, прийняття рішення за якими належать до виключної компетенції загальних зборів учасників банку. З набранням чинності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» до виключної компетенції загальних зборів учасників банку віднесено також прийняття рішень щодо:

- покриття збитків (до набрання чинності Закону від 04.07.2014 р. № 1587-VII відповідне рішення приймається радою банку);

- затвердження розміру річних дивідендів;

- затвердження положень про загальні збори учасників банку та ревізійну комісію (у разі її створення) та внесення змін до них;

- затвердження принципів (кодексу) корпоративного управління банку;

- зміни організаційно-правової форми банку;

- розміщення акцій, їх дроблення або консолідації, викупу банком розміщених ним акцій, анулювання акцій банку.

Слід зазначити, що до ч. 21 ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність», яка передбачає компетенцію наглядової ради державного банку, не були внесені зміни. Разом із тим із набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII затвердження принципів (кодексу) корпоративного управління банку та положення про ревізійну комісію, яка в державному банку має бути обов'язково створена, покладено на виключну компетенцію вищого органу управління – загальні збори учасників, який не створюється в державному банку. Отже, норми ст. 7 та ст. 38 Закону України «Про банки і банківську діяльність» із набуттям чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII не будуть узгоджені між собою.

Розширення та перерозподіл питань, прийняття рішення за якими належать до виключної компетенції ради банку. З набранням чинності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» до виключної компетенції ради банку віднесено також прийняття рішень щодо: затвердження стратегії розвитку банку відповідно до основних напрямів діяльності; затвердження бюджету банку та бізнес-плану розвитку банку; визначення і затвердження стратегії та політики управління ризиками, процедури управління ними, переліку та граничних розмірів їх; забезпечення функціонування системи внутрішнього контролю банку та контролю за її ефективністю; контролю за ефективністю функціонування системи управління ризиками; затвердження плану відновлення діяльності банку; визначення джерел капіталізації й іншого фінансування банку; визначення кредитної політики банку; визначення організаційної структури банку; затвердження внутрішніх положень, що регламентують діяльність структурних підрозділів банку; затвердження умов договорів, що укладаються з працівниками підрозділу внутрішнього аудиту; забезпечення своєчасного опублікування банком достовірної інформації про його діяльність; скликання загальних зборів учасників банку та повідомлення про їх проведення; прийняття рішення про розміщення/викуп розміщених банком цінних паперів (крім акцій), про продаж акцій, раніше викуплених банком; вирішення питань про участь банку у групах; прийняття рішень про вчинення значних правочинів; прийняття рішення про обрання депозитарної та/або клірингової установи та затвердження умов договору, що укладається з нею; надсилання пропозиції акціонерам про придбання належних їм акцій.

Слід зазначити, що до ч. 21 ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність», яка передбачає компетенцію наглядової ради державного банку, не внесені змі-

ни на посилання до підпунктів ст. 39 Закону (виключна компетенція ради банку), кількість яких значно збільшено Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII. Отже, норми ст. 7 та ст. 39 Закону України «Про банки і банківську діяльність» із набуттям чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII будуть дещо не узгоджені між собою.

Закріплення на законодавчому рівні функцій правління банку. З набранням чинності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» до компетенції правління належатиме, зокрема: забезпечення підготовки для затвердження радою банку проектів бюджету банку, стратегії та бізнес-плану розвитку банку; реалізація стратегії та бізнес-плану розвитку банку; визначення форми та встановлення порядку моніторингу діяльності банку; реалізація стратегії та політики управління ризиками, забезпечення впровадження процедур виявлення, оцінки, контролю та моніторингу ризиків; формування визначеної радою банку організаційної структури банку; розроблення положень, що регламентують діяльність структурних і відокремлених підрозділів банку; забезпечення безпеки інформаційних систем банку; інформування ради банку про показники діяльності банку, виявлені порушення законодавства, внутрішніх положень банку та про будь-яке погіршення фінансового стану банку або про загрозу такого погіршення, про рівень ризиків, що виникають у ході діяльності банку. Отже, перерозподіл повноважень органів управління банку накладає на банки обов'язок протягом шести місяців із дня набрання чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII внести зміни до статутів.

Виключення вимоги про обов'язковість створення ревізійної комісії. Це дозволить банкам переглянути необхідність існування, функції, повноваження та персональний склад ревізійної комісії. Відповідно до ч. 8 ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність» створення ревізійної комісії державним банком є обов'язковим. Вилучення ст. 41 «Ревізійна комісія» з зазначеного Закону ставить під сумнів необхідність і доцільність обов'язкового створення ревізійної комісії державними банками.

Підвищення вимог до членів ради банку, керівників банку й інших посадових осіб, а також передбачення відповідальності за прийняті рішення та здійснені дії відповідними особами. З набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII підвищуються вимоги до:

- членів ради банку, зокрема, встановлюються вимоги щодо: мінімального (5 осіб) кількісного складу членів ради банку, наявності повної вищої освіти у $\frac{1}{4}$ членів ради

банку в галузі економіки або права, у іншій $\frac{3}{4}$ членів ради банку – в галузі менеджменту, наявності хоч у одного члена ради, який має освіту в галузі економіки або права, наявності досвіду роботи в банківській системі на керівних посадах не менше трьох років, незалежності не менш як $\frac{1}{4}$ членів ради банку, виняток становлять кооперативні банки (при цьому Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII роз'яснює який член ради банку вважається залежним); забороняється входження членів ради банку до складу правління банку, а також укладання з членом ради трудового договору;

- керівників банку, зокрема, голові, членам правління банку та головному бухгалтеру банку забороняється займати посади в інших юридичних особах, крім дочірніх підприємств; голові правління заборонено очолювати структурні підрозділи банку, при цьому надано право брати участь у засіданнях ради банку з правом дорадчого голосу;

- керівника підрозділу з управління ризиками, якому заборонено суміщати посади голови кредитного комітету;

- керівника підрозділу внутрішнього аудиту, якому забороняється займати посади в інших банках; при цьому Закон від 04.07.2014 р. № 1587-VII надає право вимагати позачергового скликання засідання ради банку.

Із набранням чинності змін до Закону України «Про банки і банківську діяльність» банківські установи мають звільнити членів ради банку, керівників банку, керівників підрозділу з управління ризиками та підрозділу внутрішнього аудиту, які не відповідають вимогам, висунутим зазначеним Законом до цих осіб.

Оскільки державні банки згідно із ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність» мають особливий порядок обрання наглядової ради та спеціальні вимоги до членів наглядової ради, то відповідні зміни не вплинуть на діяльність наглядової ради державного банку.

Закон від 04.07.2014 р. № 1587-VII визначає відповідальність керівників банку й інших осіб, а саме – встановлює, що голова правління банку несе персональну відповідальність за діяльність банку, а керівники банку у межах своїх повноважень перед банком несуть відповідальність, у тому числі солідарну, за збитки, завдані банку їх діями (бездіяльністю). Зазначення в Законі України «Про банки і банківську діяльність» про відповідальність керівників банку має позитивно вплинути на об'єктивність і неупередженість прийняття рішень цими особами.

Розширення функцій внутрішнього аудиту банку та повноважень керівника відповідного підрозділу. З набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII на під-

розділ внутрішнього аудиту, зокрема, покладені такі функції: перевірка наявності й оцінка ефективності роботи системи управління ризиками, відповідності цих систем видам і обсягам здійснюваних банком операцій; перевірка процесу оцінки достатності капіталу з урахуванням ризиків банку; оцінка інформаційно-технічного забезпечення управління та проведення операцій; перевірка правильності ведення і достовірності бухгалтерського обліку та фінансової звітності; перевірка відповідності кваліфікаційним вимогам і виконання професійних обов'язків працівниками банку; виявлення та перевірка випадків виникнення конфлікту інтересів у банку; перевірка достовірності та вчасності надання інформації органам державної влади й управління, які в межах компетенції здійснюють нагляд за діяльністю банку. Зазначені зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» потребуватимуть внесення змін до внутрішнього нормативного документа Банку, який регламентує діяльність і встановлює повноваження підрозділу внутрішнього аудиту; перегляду підлягатимуть і посадові інструкції.

Розширення повноважень НБУ. З набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII НБУ набуде право: вимагати позачергового скликання загальних зборів учасників банку та засідання ради банку; вимагати заміни будь-кого з керівників банку, якщо він неналежним чином виконує свої функції та/або його професійна придатність та/або ділова репутація не відповідають встановленим Законом України «Про банки і банківську діяльність» вимогам; безоплатно одержувати від органів державної влади й управління, інших юридичних осіб інформацію, необхідну для визначення або підтвердження ділової репутації керівників банку; доступу до системи автоматизації банківських операцій. У той самий час банки будуть зобов'язані: щороку, не пізніше 30 квітня, та на вимогу НБУ надавати НБУ в межах його повноважень щодо здійснення банківського нагляду інформацію про питання, що розглядалися на засіданні ради банку, про прийняті щодо них рішення, а також перелік членів ради банку, присутніх на засіданні; у порядку, визначеному нормативно-правовими актами НБУ, подавати НБУ звіт про роботу підрозділу внутрішнього аудиту й інші документи за результатами внутрішнього аудиту.

Зазначені зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» сприятимуть посиленню нагляду НБУ за здійсненням повноважень керівниками банку та банківською діяльністю в цілому.

Зміни в організації системи управління ризиками. Закон від 04.07.2014 р. № 1587-VII встановлює, що:

- підрозділ з управління ризиками має бути підзвітний раді банку та відокремлений від підрозділу внутрішнього аудиту, підрозділів, що здійснюють операції, та підрозділів, що реєструють операції;

- системно важливий банк, з урахуванням напрямів своєї діяльності та притаманних їй ризиків, зобов'язаний розробити план відновлення діяльності банку;

- з обов'язків банків вилучена необхідність створення тарифного комітету, який щомісячно аналізує співвідношення собівартості послуг і ринкової конкурентоспроможності діючих тарифів, відповідає за політику банку з питань операційних доходів;

- радою банку має бути затверджена стратегія та політика управління ризиками, процедури управління ними, а також перелік ризиків, їх граничні розміри.

Отже, з набранням чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII банки мають переглянути підпорядкованість підрозділу з управління ризиками, необхідність і доцільність діяльності тарифного комітету, затвердити зазначені внутрішні документи банку.

Слід зазначити, що вимога Закону від 04.07.2014 р. № 1587-VII щодо підзвітності підрозділу з управління ризиками раді банку суперечить п. 11.3 глави 11 Методичних рекомендацій щодо організації та функціонування систем ризик-менеджменту в банках України, відповідно до яких рекомендується підпорядкування відповідного підрозділу безпосередньо голові правління (керівнику вищого виконавчого органу банку)¹, тому НБУ необхідно внести зміни й до цього нормативно-правового акта.

Висновки

Зміни, внесені до Закону України «Про банки і банківську діяльність», дозволять:

посилити регулювання НБУ діяльності банківських груп для обмеження ризиків, що виникають унаслідок участі фінансових установ у банківських групах. Відповідний висновок підтверджується включенням до банківських груп також груп юридичних осіб, які здійснюють переважно банківську діяльність і контролером яких є небанківська фінансова установа; зобов'язанням відповідальної особи банківської групи складати консолідовану звітність із урахуванням звітності страхових компаній, що входять до банківської групи;

¹Про схвалення Методичних рекомендацій щодо організації та функціонування систем ризик-менеджменту в банках України: Постанова НБУ від 02.08.2004 р. № 361 (із змінами і доповненнями) / <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0361500-04>.

вимагати від членів ради та правління банку відмови від прийняття рішень, якщо виникає конфлікт інтересів, попереджати, врегульовувати такі конфлікти та повідомляти про них НБУ. Слід зазначити, що хоча зміни до Закону України «Про банки і банківську діяльність» передбачають відповідальність керівників банку за прийняті ними рішення, відповідні норми є занадто загальними, тому відсутність чіткої регламентації в Законі від 04.07.2014 р. № 1587-VII наслідків недотримання членами ради та правління банку вимоги щодо відмови в прийнятті рішення за наявності конфліктів інтересів, зокрема таких, як скасування рішення, прийнятого з наявним конфліктом інтересів, та звільнення члена органу управління банку, який порушив цю вимогу, може призвести до ігнорування відповідної вимоги відповідними керівниками банку;

протягом шести місяців з дня набрання чинності Законом від 04.07.2014 р. № 1587-VII переглянути повноваження органів управління банку та за необхідності внести відповідні зміни до статутів банків, а також забезпечити прийняття рішень, у тому числі затвердження внутрішніх нормативних документів банків, органами управління банків, до виключної компетенції яких відноситься прийняття відповідних рішень. Зазначимо, що до ч. 21 ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність», яка передбачає компетенцію наглядової ради державного банку, не внесені зміни, що, у свою чергу, призвело до деякої неузгодженості ст. 7 та статей 38 та 39 зазначеного Закону;

банкам переглянути необхідність існування (крім державних банків), функції, повноваження та персональний склад ревізійної комісії. Так, відповідно до ч. 8 ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність» створення ревізійної комісії державним банком є обов'язковим. Вилучення ст. 41 «Ревізійна комісія» з зазначеного Закону ставить під сумнів доцільність обов'язкового створення ревізійної комісії державними банками;

звільнити членів ради банку, керівників банку, керівників підрозділу з управління ри-

зиками та підрозділу внутрішнього аудиту, які не відповідатимуть вимогам, визначеним відповідним законом до цих осіб. Оскільки державні банки згідно із ст. 7 Закону України «Про банки і банківську діяльність» мають особливий порядок обрання наглядової ради та спеціальні вимоги до членів наглядової ради, відповідні зміни не вплинуть на діяльність наглядової ради державного банку;

удосконалити систему внутрішнього контролю для забезпечення ефективної банківської діяльності, достовірної фінансової й іншої звітності, дотримання законодавства та стандартів внутрішньобанківських положень. Для досягнення відповідного ефекту банки мають внести зміни до внутрішнього нормативного документа Банку, що регламентує діяльність і встановлює повноваження підрозділу внутрішнього аудиту; перегляду також підлягатимуть посадові інструкції;

посилити роль НБУ у банківському регулюванні та нагляді. Зокрема, НБУ надається право вимагати припинення повноважень члена ради банку, позачергового скликання загальних зборів учасників банку та засідання ради банку, заміни будь-кого з керівників банку, доступу до системи автоматизації банківських операцій. Разом із тим у Законі від 04.07.2014 р. № 1587-VII не визначено, в яких саме випадках НБУ має право вимагати позачергового скликання загальних зборів учасників банку та засідання ради банку, що може призвести до зловживання з боку НБУ наданим йому законом відповідним правом;

удосконалити організацію та функціонування систем управління ризиками банку для подальшого забезпечення здійснення банками операцій у межах допустимих параметрів ризиків та у такий спосіб, що забезпечити захист інтересів вкладників, кредиторів і власників банків. З цією метою банки мають переглянути підпорядкованість підрозділу з управління ризиками, доцільність діяльності тарифного комітету, затвердити радою банку стратегію та політику управління ризиками, процедури управління ними.

Стаття надійшла до редакції 16.11.2014 р.

In the article the legal analysis of changes to the Law of Ukraine «On Banks and Banking», which shall be effective from January 10, 2015, and the conclusions regarding the impact of such changes on the activities of banks in Ukraine.

В статье анализируются изменения к Закону Украины «О банках и банковской деятельности», которые вступают в силу с 10.01.2015 г.



УДК 342.9 : 349.6

Аліна Пашун,

здобувачка кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету біоресурсів
і природокористування України,
м. Київ

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПУБЛІЧНОГО КОНТРОЛЮ У СФЕРІ НАДРОКОРИСТУВАННЯ

У статті розглядаються особливості правового регулювання здійснення публічного контролю у сфері надкористування, вносяться пропозиції щодо вдосконалення такої діяльності.

Ключові слова: публічний контроль, правове регулювання, надкористування, вдосконалення нормативно-правового регулювання.

На кожному етапі розвитку суспільних відносин формуються органи публічної влади, що одночасно зосереджують попередній досвід, який залежно від динаміки розвитку відносин суспільства може доповнюватися новими, притаманними саме цій системі регулювання управлінськими відносинами.

З того часу, коли Україна як незалежна держава ступила на шлях самостійного розвитку, у ній відбуваються докорінні зміни у функціонуванні інститутів публічного контролю.

Метою цієї статті є висвітлення правових особливостей регулювання контрольної діяльності органами публічної влади у сфері надкористування та внесення пропозицій удосконалення діяльності у цій сфері.

Система публічного контролю у сфері надкористування представлена численною групою різних органів державної влади, місцевого самоврядування та громадських організацій. Чинне законодавство за способами здійснення публічного контролю у сфері надкористування поділяє такий контроль на *державний, самоврядний і громадський*.

Формально система публічного контролю визначена у розділі VIII Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», у ст. 34 якого зазначено, що завдання контролю у галузі охорони навколишнього природного середовища полягають у забезпеченні додержання вимог законодавства про охорону навколишнього природного середовища всіма державними органами, підприємствами, установами й організаціями, незалежно від форм власності та підпорядкування, а також громадянами.

Не применшуючи роль самоврядного та громадського контролю, провідну роль у сфері надкористування відіграє державний контроль, який дає змогу отримати достовірну й

об'єктивну інформацію про фактичну ситуацію на підконтрольному об'єкті, про стан виконання законів і державних дисциплін, про перебіг виконання відповідних рішень і рекомендацій, уживати оперативних заходів щодо запобігання, виявлення та припинення дій, що суперечать установленим державою нормам [1, с. 173].

Зважаючи на проблемність питань, які існують у сфері державного контролю, у сфері надкористування, розглянемо саме цей вид управлінської діяльності. При цьому, що аналізуються нами, органи публічної влади, у переважній більшості розглядаються через їх повноваження; вважаємо за доцільне детально не аналізувати дії цих органів при здійсненні ними управлінських повноважень у сфері надкористування.

Поділяючи органи державного управління на органи загальної та спеціальної компетенції, слід зазначити, що основне місце у системі органів державного управління загальної компетенції у сфері публічного контролю у сфері надкористування посідає Верховна Рада України – єдиний орган законодавчої влади. Саме Верховна Рада України прийняла Закон «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності» від 05.04.2007 р. Основна мета цього Закону полягає у систематизації порядку здійснення державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності та встановленні загального порядку проведення перевірок суб'єктів господарювання. Слід зазначити, що орган державного нагляду (контролю) у сфері надкористування не може здійснювати державний нагляд (контроль) у сфері господарської діяльності, якщо закон прямо не вповноважує такий орган на здійснення державного нагляду (контролю) у певній сфері господарської діяльності та не визначає повноваження такого органу під час здійснення державного нагляду (контролю).

У системі органів державної влади загальної компетенції, що здійснюють державний контроль у сфері надрокористування, слід виділити Кабінет Міністрів України та Президента України, які наділені певними повноваженнями щодо здійснення контрольної діяльності у сфері надрокористування. Складовою системою органів державної влади загальної компетенції у сфері здійснення контролю у сфері надрокористування є місцеві державні адміністрації – місцеві органи виконавчої влади, компетенція яких поширюється на відповідні адміністративно-територіальні одиниці (за загальним правилом – райони й області).

Нормами статей 60–61 Кодексу про надра визначені основні завдання державного контролю та нагляду за веденням робіт з геологічного вивчення надр, їх використання й охорони та органи, які здійснюють такий контроль.

Провідне місце у системі органів спеціальної компетенції у сфері надрокористування належить міністерствам – центральним органам виконавчої влади, які забезпечують формування та реалізують державну політику. Серед центральних органів виконавчої влади у сфері надрокористування слід виділити Міністерство екології та природних ресурсів України і Міністерство енергетики та вугільної промисловості України.

Серед центральних органів виконавчої влади спеціальної компетенції, які наділені правом здійснювати державний контроль у сфері надрокористування за окремими напрямками, одне із провідних місць посідає Державна служба геології та надр України. Саме на неї покладений державний контроль за геологічним вивченням надр (державний геологічний контроль) і раціональним та ефективним використанням надр України.

Заслужують на увагу й державні інспекції державного геологічного контролю, що належать до сфери управління Державної служби геології та надр України, без діяльності яких неможливо повною мірою розглядати державний екологічний контроль у сфері надрокористування. Зокрема, до таких належать: Державна організація «Донецька територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр»; Державна організація «Південна територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр»; Державна організація «Центральна територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр»; Державна організація «Західна територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр»; Державна організація «Північно-східна територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр»; Державна ор-

ганізація «Чорноморська територіальна інспекція державного геологічного контролю за веденням робіт по геологічному вивченню та використанню надр».

У межах своєї компетенції державний контроль за використанням і охороною надр здійснює Державна екологічна інспекція України безпосередньо та через свої територіальні органи. Діюча на сьогодні структура органів спеціальної компетенції у сфері надрокористування є найбільш оптимальною для вирішення визначених державою завдань. Тому, як зазначає О. Грицан, перерозподіл контрольних повноважень у сфері використання й охорони надр між існуючими органами державної влади спеціальної компетенції недоцільний [2, с. 6].

Державний контроль у сфері надрокористування можна охарактеризувати як складову частину управління, що забезпечує виконання законів України, інших нормативно-правових актів, додержання дисципліни та правопорядку, який полягає у контрольній діяльності уповноважених державних органів щодо підконтрольних їм органів, наданні їм обов'язкових вказівок, припиненні чи скасуванні актів управління, пов'язаних із використанням та охороною надр, застосування заходів державного примусу щодо підконтрольних органів, їх посадових осіб та громадян.

Діяльність уповноважених державних органів у сфері надрокористування здійснюється в межах організаційно-правової форми, тобто, здійснюючи свою контрольну діяльність у сфері надрокористування, Державна служба геології та надр України, Державна служба гірничого нагляду та промислової безпеки України, Державна екологічна інспекція України повинні діяти відповідно до норм чинного законодавства. Так, у своїй діяльності посадові особи уповноважених органів, перш за все, повинні керуватися нормами Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності».

Важливу роль у сфері надрокористування відіграє превентивна форма державного контролю, що здійснюється у процесі контрольної-наглядової діяльності, коли уповноважені органи виконавчої влади реалізують заходи щодо попередження порушень вимог законодавства у сфері охорони надр у формі внесення приписів до суб'єктів надрокористування про усунення порушень законодавства.

До превентивних заходів ми відносимо моніторинг довкілля. Відповідно до ст. 22 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» порядок здійснення державного моніторингу навколишнього природного середовища визначається Кабінетом Міністрів України. Так, з метою забезпечення збору, обробки, збереження й аналізу інформації про стан навколишнього природного середовища, прогнозування його змін та розроблення науково обґрунтованих рекомендацій для прийняття ефективних управлінських рішень в Україні

створюється система державного моніторингу навколишнього природного середовища. Спостереження за станом навколишнього природного середовища, рівнем його забруднення здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері охорони навколишнього природного середовища, іншими спеціально уповноваженими державними органами, а також підприємствами, установами й організаціями, діяльність яких призводить або може призвести до погіршення стану навколишнього природного середовища. Зазначені підприємства, установи й організації зобов'язані безоплатно передавати відповідним державним органам аналітичні матеріали своїх спостережень.

До превентивних заходів також слід віднести: державний облік родовищ, запасів і проявів корисних копалин; державний кадастр родовищ; державний баланс запасів корисних копалин; державну експертизу й оцінку запасів корисних копалин; державний облік ділянок надр, наданих у користування для цілей, не пов'язаних з видобуванням корисних копалин, що здійснюється Державною службою геології та надр України.

Крім того, здійснюючи контроль у сфері надрокористування, слід врахувати законодавчо визначені процедури процесуальної діяльності, яка реалізується в процесуально-правовій формі. Йдеться про те, що при здійсненні контролю уповноважені особи відповідних державних органів мають складати акти перевірки, протоколи про вчинення адміністративних правопорушень, постанови про накладення адміністративних стягнень тощо.

Аналіз нормативно-правового регулювання публічного контролю у сфері надрокористування свідчить, що на сьогодні одним із нормативних актів є Інструкція щодо розмежування повноважень з контролю за здійсненням заходів, пов'язаних з охороною і раціональним використанням надр, затверджена наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища та ядерної безпеки України, Державного комітету України по нагляду за охороною праці, Державного комітету України по геології і використанню надр, Державного комітету України по земельних ресурсах від 30.11.1995 р. № 136/18/22/4. Проте, незважаючи на «застарілість», на цю інструкцію, як на зразок розмежування повноважень з контролю за здійсненням заходів, пов'язаних з охороною та раціональним використанням надр, і взаємодії відповідних

Стаття надійшла до редакції 18.11.2014 р.

The article deals with questions of the administrative and legal regulation in the field of subsoil use: the theoretical aspects are analysed concerning determination of basic elements of the mechanism of administrative and legal regulation in this field.

В статье рассматриваются особенности правового регулирования осуществления публичного контроля в сфере недропользования, вносятся предложения по совершенствованию такой деятельности.



органів, ще й досі посилаються в навчальних посібниках [3, с. 428]. На нашу думку, ця Інструкція, яка й на сьогодні є чинною, викликає сумнів (оскільки вказані органи виконавчої влади мають інші назви, а компетенція вказаних органів у сфері надрокористування сьогодні є іншою). Наприклад, п. 2.4 Інструкції про повноваження Державного комітету України по земельних ресурсах та його органів віднесено повноваження щодо здійснення державного контролю за використанням і охороною земель, у тому числі при вивченні та використанні надр. Проте чинне Положення про Державне агентство земельних ресурсів України, затвержене Указом Президента України від 08.04.2011 р. № 445/2011, жодних повноважень Держземагентства України, пов'язаних із надрами, не містить.

Висновки

Зважаючи на проблемність питань, пов'язаних із публічним контролем у сфері надрокористування, вносимо пропозицію про необхідність затвердження Інструкції щодо розмежування повноважень з контролю за здійсненням заходів і взаємодії Державної служби геології та надр України, Державної служби гірничого нагляду та промислової безпеки України та Державної екологічної інспекції України, пов'язаних з охороною і раціональним використанням надр. Безпосереднє виконання повноважень цієї Інструкції покладається на керівників відповідних органів виконавчої влади. На користь такої пропозиції вказує й ч. 2 ст. 4 Закону України «Про основні засади державного нагляду (контролю) у сфері господарської діяльності», в якому зазначено, що державний нагляд (контроль) може здійснюватися комплексно кількома органами державного нагляду (контролю), якщо їх повноваження на здійснення чи участь у комплексних заходах передбачені законом. Такі заходи провадяться за спільним рішенням керівників відповідних органів державного нагляду (контролю).

Список використаних джерел

1. *Великий* енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2007. – 992 с.
2. *Грицан О. А.* Правові засади екологічного контролю за використанням та охороною надр: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 20 с.
3. *Правові форми екологічного контролю* / М. В. Краснова, Е. В. Позняк, Т. П. Коваленко та ін.; За ред. М. В. Красної. – К., 2012. – 760 с.

УДК 342.922 : 346.7

Наталія Майданевич,

здобувачка кафедри адміністративного та фінансового права
Національного університету біоресурсів
і природокористування України,
м. Київ

ПРАВОВИЙ СТАТУС СУБ'ЄКТІВ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН У СФЕРІ ЕЛЕКТРОЕНЕРГЕТИКИ

У статті аналізується правовий статус суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері електроенергетики, виокремлюються їх функціональні недоліки, визначається різниця між поняттями «суб'єкт адміністративно-правових відносин у сфері електроенергетики» та «суб'єкт відносин у сфері електроенергетики».

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, правовий статус, суб'єкти адміністративно-правових відносин, електроенергетика.

Сьогодні Україна перебуває у складному економічному становищі енергодефіциту, енергозалежності від зовнішніх постачальників. Останні події геополітичного масштабу, що відбуваються на міжнародному рівні, ставлять під загрозу енергетичну безпеку не лише України, а й усього цивілізованого світу. Залежність від енергоресурсів держав-постачальників, передусім РФ, справляє шалений політико-економічний вплив на нашу державу, а енергоносії виступають чинником політичного тиску.

Низький рівень правового забезпечення діяльності органів державного управління у сфері електроенергетики, дублювання окремих функцій і повноважень тощо знижують ефективність їх діяльності. Крім того, спостерігається відсутність засад відкритості, прозорості, підконтрольності та соціальної відповідальності (останнє стосується, насамперед, приватних компаній) у діяльності як державних органів, причетних до управління електроенергетичною галуззю, так і приватних компаній, що працюють у цій галузі. Перевірки діяльності окремих об'єктів галузі свідчать про значні порушення податкового законодавства, нецільового використання коштів, штучне завищення витрат, виведення значних грошових сум «у тінь» тощо [1, с. 95–103].

Належний рівень правової регламентації засад діяльності органів державної влади, їх злагоженість, ініціативність і прозорість, спрямовані на подолання кризових явищ у сучасному суспільстві й економічній сфері, дозволять запровадити дієві механізми енергетичної безпеки нашої країни, зменшать рівень її енергетичної залежності від зовнішніх факторів. Для цього необхідно, перш за все, визначити правовий статус суб'єктів ад-

міністративно-правових відносин у сфері електроенергетики, встановити їх спільні та відмінні ознаки, унеможливити дублювання повноважень.

Аналіз сучасних наукових джерел свідчить про відсутність досліджень, присвячених питанням адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики. Слід зазначити, що більшість наукових досліджень у сфері електроенергетики мала переважно технічний або економічний характер. Окремі спроби правового регулювання відносин у сфері електроенергетики здійснювали такі вчені, як В. Авер'янов, О. Бандурка, В. Барський, Ю. Битяк, В. Білоус, І. Грицяк, Л. Грицаєнко, В. Колпаков, А. Комзюк, В. Курило, О. Кузьменко, Т. Коломоєць, В. Шкарупа та інші. Проте дослідженню адміністративно-правового статусу суб'єктів відносин у сфері електроенергетики належної уваги з боку науковців не приділялося.

Метою цієї статті є аналіз правового статусу суб'єктів адміністративно-правових відносин у сфері електроенергетики.

Перш за все для уникнення двозначності в тлумаченні окремих термінів слід провести чітке розмежування між поняттями «суб'єкт адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики» та «суб'єкт суспільних відносин у сфері електроенергетики». На нашу думку, ці поняття абсолютно різні, хоч і є учасниками одних і тих самих відносин.

У вітчизняній правовій науці домінували різні підходи до визначення системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання. Так, Г. Атаманчук та Ю. Тихомирнов вважали, що єдиним суб'єктом адміністративно-правового регулювання була й є лише

держава в цілому як політико-керівна система [2, с. 34–37]. С. Чистов зазначає, що суб'єктом державного регулювання економіки є держава в особі державних органів [3, с. 19]. На думку Д. Бахраха, державні органи, підприємства, установи «атоми» адміністративно-правової ієрархії – посади належать до «типових для управлінської піраміди структурних одиниць», як і держава [4, с. 54]. Заслуговує на увагу точка зору В. Гриньової та М. Новікової, відповідно до якої «основним суб'єктом адміністративно-правового регулювання виступає людина (громадянин), яка конкретизується в органах і посадах державної влади» [5, с. 16].

Державну владу у вигляді сукупно діючих органів державної влади Ю. Козлов розглядав як суб'єкт соціального регулювання, а один із видів таких органів – органи адміністративно-правового регулювання – як спеціальний суб'єкт соціального регулювання в його державно-правовому розумінні, що безпосередньо управляє ланкою [6, с. 66–67]. На думку Л. Юзькова, до системи суб'єктів адміністративно-правового регулювання належать взаємопов'язані органи адміністративної юрисдикції [7, с. 61–62]. Крім органів виконавчої влади, С. Ківалов та Л. Біла до суб'єктів адміністративно-правового регулювання відносять органи місцевого самоврядування (з питань делегованих державою повноважень), адміністрації державних підприємств, установ, організацій та їх посадових осіб [8, с. 31–32].

Викладене свідчить, що суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики слід охарактеризувати як органи державної влади, або місцевого самоврядування, наділені нормотворчими, контрольно-наглядними та розпорядчо-управлінськими повноваженнями у сфері електроенергетики, які здатні впливати на даний вид суспільних відносин як на об'єкт адміністративно-правового регулювання з метою забезпечення найбільш оптимального її розвитку.

Аналіз організаційно-правової складової суб'єктів (органів із розпорядчо-управлінськими повноваженнями) у сфері електроенергетики свідчить, що:

- здійснення законодавчого регулювання роботи галузі електроенергетики покладено на Верховну Раду України, а саме – на Комітет з питань паливно-енергетичного комплексу, ядерної політики та ядерної безпеки;

- основним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що безпосередньо покликаний забезпечувати формування та реалізацію державної політики в електроенергетичній галузі, є Міністерство енергетики та вугільної промисловості України (Міненерговугілля). Діяльність міністерства, у свою чергу, спрямовує та координує Кабінет Міністрів України як орган, що покликаний здійснювати державну політику держави.

Поняття «суб'єкти відносин у сфері електроенергетики» містить дещо інше змістове наповнення. До них слід віднести компанії недержавної форми власності, комунальні організації та кінцевих споживачів. Як учасники відносин у сфері виробництва, постачання та споживання електроенергетики вони не володіють виконавчо-розпорядчими та контрольно-наглядними функціями, що притаманні органам державної влади, та переважно не здатні впливати на процес упорядкування цих відносин. Це, у свою чергу, позначається на якості даного виду продукції, а також на її монополізованості окремими виробниками.

Аналіз визначення обох понять свідчить, що законодавство передбачає лише закріплення поняття «суб'єкти електроенергетики», що, на нашу думку, є набагато ширшим за значенням. Так, Закон України «Про електроенергетику» від 16.10.1997 р. № 575/97-ВР визначає суб'єкт електроенергетики як суб'єкт господарської діяльності незалежно від відомчої належності та форм власності, що займається виробництвом, передачею, розподілом, постачанням електричної енергії та теплової енергії при централізованому тепlopостачанні, а також суб'єкт господарської діяльності, що здійснює централізоване диспетчерське (оперативно-технологічне) управління. Іншими словами, це визначення ґрунтується на розумінні суб'єктів електроенергетики виключно в господарському (економічному), а не адміністративно-правовому значенні.

Система органів адміністративно-правового регулювання галузі, що розглядається, на сьогодні є досить розгалуженою та представлена такими ланками:

органи державної влади, що здійснюють адміністративне регулювання у сфері електроенергетики: вищі органи державної влади, які здійснюють реалізацію визначених Верховною Радою України загальних засад державної політики в галузі електроенергетики – Кабінет Міністрів України; центральні органи виконавчої влади, які здійснюють реалізацію державної політики в економічній сфері, у тому числі в електроенергетичній галузі – Мінекономіки України; спеціалізовані органи галузевої компетенції, які здійснюють регулювання електроенергетичної галузі – Міністерства Енергетики України, Державна інспекція ядерного регулювання України, НКРЕКП, Державна інспекція з експлуатації електричних станцій та мереж; спеціалізовані органи функціональної компетенції – Держенергонагляд; органи предметної компетенції – адміністрації відповідних державних підприємств, які здійснюють господарську діяльність у галузі електроенергетики (ДП НАЕК «Енергоатом», ДП НЕК «Укренерго», ДСП «Чорнобильська АЕС», ДП «Енергоринок», ДП «Укр-енергоконсалтинг», НАК «Енергетична ком-

панія України», ДАК «Укргідроенерго», обласні акціонерні енергопостачальні компанії (обленерго). Оперативно-технологічне управління ОЕС здійснює ДП НЕК «Укренерго». Операції купівлі-продажу електроенергії здійснюються через оптовий ринок електроенергії і т. д.;

органи, діяльність яких пов'язана з регулюванням у сфері електроенергетики;

органи державної влади, окремі аспекти діяльності яких опосередковано пов'язані з регулюванням у сфері електроенергетики: Міненергетики України, Мінекології;

органи державної влади, одним із напрямів діяльності яких є здійснення функцій, пов'язаних із взаємодією з органами управління електроенергетики: Антимонопольний комітет України, Фонд державного майна України, Міністерство фінансів України, Державна фіскальна служба, Служба безпеки України тощо.

Отже, вищим органом у системі суб'єктів адміністративного регулювання у зазначеній сфері є Кабінет Міністрів України, який фактично очолює систему цих суб'єктів. Таке місце Кабінету Міністрів належить, зокрема, завдяки включенню до його компетенції положення про те, що він «спрямовує і координує роботу міністерств, інших органів виконавчої влади» (п. 9 ст. 116 Конституції України). Аналіз ст. 116 Конституції України дозволяє виділити напрями діяльності Уряду України, в межах яких знаходять прояв певні елементи управління у сфері охорони прав на об'єкти промислової власності. Так, Кабінет Міністрів України забезпечує проведення політики у сфері науки, розробляє та здійснює загальнодержавні програми науково-технічного розвитку України, здійснює управління об'єктами державної власності, заходи щодо забезпечення національної безпеки України тощо. Основною формою реалізації компетенції Кабінету Міністрів є прийняття правових актів – постанов і розпоряджень, обов'язкових до виконання на території України.

Повноваження, що притаманні Міністерству енергетики та вугільної промисловості України, безумовно мають свідчити про те, що всі вони спрямовані на забезпечення належного рівня реалізації державної політики в електроенергетичному, ядерно-промисловому, вугільно-промисловому, торфодобувному та нафтогазовому комплексах, отже, і на ефективне регулювання цих відносин. Проте непрозорість відносин у ПЕК, у тому числі в електроенергетичній галузі, невиконання державою взятих на себе зобов'язань, бюрократизм і корупція перешкоджають впливу інвестицій і так необхідній сьогодні модернізації галузі відповідно до європейських вимог, норм і стандартів.

Регулювання енергетичного ринку покладено на Національну комісію, що здійснює

регулювання у сфері енергетики та комунальних послуг, основними завданнями якої є: ліцензування та регулювання діяльності суб'єктів природних монополій; забезпечення проведення цінової та тарифної політики, захист прав споживачів, впровадження правил користування електричною енергією. НКРЕКП повинна мати статус незалежного регулятора, проте в Україні вона реально не є незалежною. Більше того, Указом Президента від 23.11.2011 р. № 1057 Національна комісія регулювання електроенергетики була ліквідована, а керівництво передане Президенту. І лише у зв'язку з погіршенням становища енергетичної безпеки в Україні 10.09.2014 р. затверджено Положення про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Відповідно до цього положення Комісія є підзвітною Президенту України.

Оскільки в Україні на генеруючу потужність атомних електростанцій припадає 24,5 %, не можна недооцінювати роль атомних електростанцій щодо забезпечення електроенергетики. В критичні зимові періоди на АЕС припадає понад 40 % електроенергії, яка виробляється в Україні [[http://uk.wikipedia.org/wiki – ядерна енергетика України](http://uk.wikipedia.org/wiki-ядерна_енергетика_України)]. Реалізацію державної політики у сфері використання ядерної енергії, додержання вимог ядерної та радіаційної безпеки здійснює Державна інспекція ядерного регулювання України, яка є головною у системі центральних органів виконавчої влади з формування та реалізації державної політики у сфері безпеки використання ядерної енергії. Основними завданнями її є: формування та реалізація державної політики у сфері безпеки використання ядерної енергії; здійснення у межах своїх повноважень державного регулювання безпеки використання ядерної енергії; здійснення повноважень компетентного органу з фізичного захисту ядерного матеріалу й ядерних установок відповідно до Конвенції про фізичний захист ядерного матеріалу та ядерних установок, з питань безпечного перевезення радіоактивних матеріалів відповідно до правил ядерної та радіаційної безпеки при перевезенні радіоактивних матеріалів, з питань аварійного оповіщення й інформування згідно з Конвенцією про оперативне оповіщення про ядерні аварії.

Автори аналітичної доповіді Центру Разумкова звертають увагу на недостатню ефективність управління ядерною енергетикою, основними ознаками чого є: відсутність у підходах до розв'язання енергетичних проблем системності, стратегічності, прагматичності, незадовільна результативність заходів із розвитку та безпечного функціонування ядерно-енергетичного комплексу; зосередження функцій управління в центральних органах виконавчої влади, усунення від цього процесу Верховної Ради України, місце-

вих органів влади й органів місцевого самоврядування, громадськості, що знижує обґрунтованість рішень, рівень їх суспільної підтримки; дублювання функцій, що обмежує як прозорість, так і ефективність формування та реалізації державної політики у сфері ядерної енергетики; недостатня прозорість прийняття та реалізації рішень у сфері ядерної енергетики, що зумовлює недостатню інвестиційну привабливість цієї галузі, обмежує джерела зовнішньої донорської допомоги [9, с. 15].

У формі постанов Кабінету Міністрів видаються акти, які мають, як правило, нормативний характер або важливе загальне значення. Так, Уряд України видав значну кількість постанов, які є правовою формою його управлінської діяльності, пов'язаної з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності та спрямованої на забезпечення організаційно-правового режиму правомірного використання об'єктів інтелектуальної власності, зокрема прав на промислові зразки. Зазначені нормативні акти можуть бути зведені до певних груп, де підставою групування виступатиме конкретна мета їх видання.

Суб'єкти адміністративно-правового регулювання є ключовим елементом механізму відносин у сфері електроенергетики, що, крім виконання законодавчо визначених завдань, мають виступати рушійною силою процесу реорганізації та модифікації відносин у зазначеній сфері, а саме – впровадження новітніх технологій, які дозволяють зменшити енергоспоживання як у промисловості, так і на загальнопобутовому рівні; імплементація зарубіжного досвіду правового регулювання відносин у сфері виробництва, транспортування та споживання електроенергетики.

Зважаючи на глобальний загальноекономічний рівень і важливість завдань, що вирішуються у тому числі шляхом адміністративно-правового регулювання відносин у сфері виробництва, транспортування та використання електроенергетики, стає зрозумілою концентрація уваги вищих державних органів нашої держави, а також міжнародної спільноти, на питаннях охорони електроенергетичних відносин і підвищення енергоефективності економіки. Наслідком цього стало створення системи центральних органів виконавчої влади у сфері формування та забезпечення реалізації державної політики в електроенергетичному, ядерно-промисловому, вугільно-промисловому, торфодобувному та нафтогазовому комплексах, яка на сьогодні складається з численної за кількістю системи державних і недержавних, у тому числі громадських, інституцій, покликаних так чи інакше здійснювати управлінський вплив та правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері забезпечення електроенергетики. Очолює цю систему інституцій Міністерство енергетики та ву-

гільної промисловості України, що діє відповідно до Указу Президента України «Про Положення про Міністерство енергетики та вугільної промисловості України» від 06.04.2011 р. і є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України.

Проте, незважаючи на фактичне існування широкої, розгалуженої системи зазначених органів (організацій), результативність їх діяльності не можна визнати задовільною. Такий стан справ пояснюється багатьма факторами, зокрема: відсутністю належної координації у діяльності суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики (у межах своїх повноважень певні контрольні функції у галузі електроенергетики виконують органи державної податкової служби, державної митної служби, органи державного фінансового контролю та деякі інші державні органи); низьким рівнем адміністративно-правового регулювання даних відносин, технічного забезпечення органів, які регулюють відносини у сфері виробництва, передачі та споживання електроенергії; нерозвинутістю системи надання послуг у сфері електроенергетики, що пов'язано із загальним станом інфраструктури цієї діяльності, передусім у регіонах.

Разом із тим незважаючи на окреслені недоліки, система суб'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики має виконувати своє основне завдання – створення найбільш сприятливих умов для формування та реалізації державної політики у паливно-енергетичному комплексі. Зазначене завдання, у свою чергу, розкладається на певні складові елементи, завдання, які вже виступають конкретними напрямками діяльності для того або іншого суб'єкта адміністративно-правового регулювання у сфері, що розглядається, визначають його повноваження, впливають на особливості побудови організаційної структури.

У світлі загальнонаціональних завдань поступового зниження енергозалежності України, що постали не лише перед органами державної влади, а й перед громадянським суспільством у цілому, починають з'являтися громадські організації, діяльність яких спрямована на забезпечення енергетичної незалежності України. Серед них на особливу увагу заслуговує Комітет енергетичної незалежності України [10].

Слід зазначити, що в українській енергетиці (як і в інших галузях економіки та політики) практично відсутній дієвий громадський контроль за діяльністю відповідних державних органів і структур. Досі не запроваджені засади відкритості, прозорості, підконтрольності та соціальної відповідальності безпосередньо в діяльність як державних органів, причетних до управління електроенерге-

тичною галуззю, так і приватних компаній, що працюють у галузі електроенергетики [1, с. 98].

Висновки

Результати проведеного дослідження суб'єктів адміністративно-правового регулювання відносин у сфері виробництва, передачі та постачання електричної енергії в Україні свідчать, що:

суб'єктами адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики є *органи державної влади, наділені нормотворчими, контрольно-наглядовими та розпорядчо-управлінськими повноваженнями у сфері забезпечення реалізації державної політики в електроенергетичному, ядерно-промисловому, вугільно-промисловому, торфодобувному та нафтогазовому комплексах*, здатні впливати на даний вид суспільних відносин як на об'єкт адміністративно-правового регулювання з метою забезпечення найбільш оптимального їх розвитку;

у вітчизняному законодавстві України фактично відсутній дієвий механізм громадського контролю за діяльністю відповідних державних органів і структур у сфері регулювання електроенергетики;

особливим суб'єктом електроенергетичних відносин в Україні є кінцевий споживач, фізична або юридична особа, адже весь спектр правового регулювання спрямований на забезпечення основних їх потреб;

основним суб'єктом, адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики є Міністерство енергетики та вугільної промисловості України, у структурі якого спеціально створені для цього підрозділи;

видання правових актів про надання, припинення та переоформлення ліцензій щодо діяльності виробництва електроенергії (в обсягах, що перевищують рівень, який установлюється ліцензійними умовами), передачі електроенергії магістральними та міждержавними електричними мережами, передачі електроенергії місцевими (локальними) електричними мережами, постачання електроенергії за регульованим тарифом, постачання електроенергії за нерегульованим тарифом, опто-

Стаття надійшла до редакції 28.10.2014 р.

The article presents the analysis of the legal status of the entities of the administrative and legal relations in the electric power industry, distinguished are their functional deficiencies. There has also been introduced a difference in subject matter between the term «the entity of administrative legal relations in the electric power industry» from the more general term «business relations in the electric power industry».

В статтє анализируются правовой статус субъектов административно-правовых отношений в сфере электроэнергетики, выделяются их функциональные недостатки, определяется разница между понятиями «субъект административно-правовых отношений в сфере электроэнергетики» и «субъект отношений в сфере электроэнергетики».

ве постачання електроенергії має здійснюватися на рівні не Національної комісії, яка здійснює державне регулювання у сфері енергетики та комунальних послуг, а Міністерства енергетики та вугільної промисловості. Це дозволить уникнути узурпації повноважень у рамках одного відомства;

значним функціональним недоліком адміністративно-правового регулювання у сфері електроенергетики є дублювання окремих функцій у Міністерстві енергетики та вугільної промисловості та Національній комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики та комунальних послуг, які мають різне підпорядкування, зокрема щодо контрольно-наглядових функцій (на практиці це призводить до плутанини). Зокрема, слід здійснити заходи щодо оптимізації умов провадження ліцензованих видів діяльності.

Список використаних джерел

1. Дарютич Г. Корпоративні інтереси фінансово-промислових груп та корупційні чинники продукування злочинності у сфері паливно-енергетичного комплексу // Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого. – 2010. – № 3. – С. 95–103.
2. Атаманчук Г. В. Сущность советского государственного управления. – М., 1980. – 256 с.
3. Державне регулювання економіки. – К., 2000. – 316 с.
4. Бахрах Д. Н. Основные понятия теории социального управления. – Пермь, 1978. – 102 с.
5. Гришова В. М., Новікова М. М. Державне регулювання економіки. – Х., 2004. – 756 с.
6. Козлов Ю. М., Фролов Е. С. Научная организация управления и право. – М., 1986. – 248 с.
7. Юзьков Л. П. Государственное управление в политической системе развитого социализма. – К., 1983. – 155 с.
8. Ківалов С. В., Біла Л. Р. Адміністративне право України. – О., 2002. – 312 с.
9. Ядерна енергетика України: проблеми безпеки і розвитку (аналітична доповідь Центру Разумкова) // Національна безпека і оборона. – 2005. – № 6. – С. 3–30.
10. Комітет енергетичної незалежності України: Маніфест Комітету енергетичної незалежності України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.komitet-energy.org.



УДК 343.9 : 328

Ольга Медвецька,*аспірантка кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка*

ПРОБЛЕМИ ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ АКТІВ МІЖНАРОДНОГО Й ЄВРОПЕЙСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КОРУПЦІЙНІ ЗЛОЧИНИ

У статті аналізуються вплив міжнародних та європейських антикорупційних нормативних актів на українське законодавство, зміни у національному законодавстві, зумовлені імплементацією положень цих актів.

Ключові слова: корупція, корупційний злочин, імплементація, конвенція.

Спільною ознакою міжнародних «антикорупційних» конвенцій є те, що вони залишають право розширення та конкретизації корупційних злочинів і заходів боротьби з ними для держав-учасниць. Більшість норм міжнародних договорів, спрямованих на подолання корупції, не є самовиконуваними, тобто вони не можуть бути реалізовані одразу після ратифікації акта, а потребують імплементації. М. Бакай під поняттям «імплементація положень міжнародного договору у кримінальне законодавство України» розуміє внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу (далі – КК) України з метою приведення його у відповідність із положеннями міжнародних договорів [1]. Тому норми ратифікованих конвенцій починають діяти у конкретних державах за умови їх імплементації у національне законодавство.

Зважаючи на наявність специфічних ознак різних правових систем, при імплементації будь-яких міжнародних норм, у тому числі антикорупційних, слід враховувати умови формування конкретної галузі права в певній державі. Сліпе наслідування може призвести до негативних наслідків (порушення сформованої системи законодавства, ускладнення правозастосування), а також до недостатньої дієвості запозичених норм на тлі попередньо сформованих і усталених положень законодавства.

На думку В. Кубальського, у вітчизняному законодавстві необхідним є відображення концептуальних ідей міжнародних антикорупційних документів, а також створення умов для ефективної співпраці держав у антикорупційній сфері [2, с. 365]. Іншими словами, національне кримінальне законодавство має ввібрати в себе найважливіші засади антикорупційних конвенцій і втілити їх у життя через формування власних законодавчих норм.

Висвітленню шляхів подолання кримінально-караної корупції, зокрема пошуку законодавчого вирішення цих проблем, присвячені праці таких учених, як Л. Брич, В. Дрьомін, О. Дудо-

ров, В. Гаращук, Р. Максимович, О. Наджафов, О. Прохоренко, Є. Скулиш, Є. Стрельцов, І. Томчук, В. Тютюгін та інших. Проте проблемні питання імплементації в українське законодавство норм міжнародних антикорупційних конвенцій досліджуються значно менше. Розробленням цього аспекту антикорупційної політики держави займаються, зокрема, П. Андрушко, М. Бакай, С. Гізімчук, О. Губанов, В. Кубальський, М. Мельник, М. Хавронюк.

Метою цієї статті є визначення проблемних питань, що виникли у процесі імплементації міжнародних «антикорупційних» конвенцій у національне кримінальне законодавство України.

Вплив міжнародних антикорупційних актів на українське законодавство розпочався із підписання Україною Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією від 27.01.1999 р. Приєднання України до Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією в листопаді цього ж року, а також підписання у 2003 р. Додаткового протоколу до зазначеної Конвенції та Конвенції ООН проти корупції зумовило необхідність подальших змін в антикорупційному законодавстві України з метою приведення його у відповідність із міжнародними стандартами. Україна ратифікувала зазначені акти 18.10.2010 р. (крім Цивільної конвенції про боротьбу з корупцією, яка ратифікована 16.03.2005 р.).

Оскільки основним напрямом розвитку українського законодавства є приведення його у відповідність із європейськими стандартами, то в січні 2011 р. Президент України своїм Указом затвердив «План заходів щодо виконання обов'язків і зобов'язань України, що випливають із її членства у Раді Європи», яким передбачено розробити та затвердити державну програму щодо запобігання та протидії корупції на період до 2015 р. У результаті була прийнята Національна антикорупційна стратегія на 2011–2015 рр.

(затверджена Указом Президента України від 21.10.2011 р. № 1001/2011).

Відповідно до «Плану заходів щодо виконання обов'язків і зобов'язань України, що випливають із її членства у Раді Європи», Верховна Рада України прийняла Закон «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 р.

Згідно із положеннями Кримінальної конвенції Ради Європи про боротьбу з корупцією будь-яка держава може залишити за собою право не визнавати повністю або частково у своєму національному законодавстві кримінальними злочинами дії, згадані у деяких статтях Конвенції. Це статті щодо хабарництва членів національних представницьких органів (ст. 4), хабарництва членів іноземних представницьких органів, давання хабара у приватному секторі, одержання хабара у приватному секторі (статті 6–8), хабарництва членів міжнародних парламентських асамблей (ст. 10), хабарництва іноземних державних посадових осіб (ст. 5), а також зловживання впливом (ст. 12). Хоча криміналізація зазначених діянь не є обов'язковою для держав-учасниць, Україна визначила кримінально караним зловживання впливом, відповідно до Закону від 07.04.2011 р. № 3207-VI. Це стосується також інших діянь, які криміналізовані в українському законодавстві, хоча вони і відносяться до рекомендаційних положень конвенцій.

У Конвенції ООН проти корупції рекомендаційними є положення, що містять такі формулювання: «кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином...»; «за умови дотримання своєї конституції й основоположних принципів своєї правової системи кожна Держава-учасниця розглядає можливість вжиття таких законодавчих та інших заходів, які можуть бути необхідними для визнання злочином...». Як приклад не імперативних (рекомендаційних) положень щодо корупційних діянь, які, втім, були криміналізовані в Україні, можна навести такі діяння: зловживання службовим становищем, незаконне збагачення, підкуп у приватному секторі тощо.

З метою аналізу впливу міжнародних конвенцій на національне антикорупційне законодавство необхідно визначити, які норми КК України встановлюють корупційні злочини. Так, розділ XVII КК України визначає злочини у сфері службової діяльності. Проте не всі злочини цього розділу є корупційними, як і статті не лише цього розділу визначають корупційні злочини. Верховна Рада України прийняла Закон «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10.2014 р., визначено вичерпний перелік корупційних злочинів. Так, відповідно до нього корупційними злочинами вважаються злочини, передбачені ч. 2 ст. 191, ч. 2 ст. 262, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 312, ч. 2 ст. 313, ч. 2 ст. 320, ч. 1 ст. 357, ч. 2 ст. 410, у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем,

а також злочини, передбачені статтями 354, 364, 364¹, 365², 368–370 КК України.

Положення ч. 2 ст. 191 (привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем) КК не відповідає ст. 17 (розкрадання, неправомірне привласнення або інше нецільове використання майна державною посадовою особою) Конвенції ООН проти корупції у частині суб'єкта злочину. Положення ст. 17 Конвенції ООН передбачає, що суб'єктом вчинення цього злочину може бути лише державна посадова особа, у віданні якої перебуває майно, а український законодавець наділяє властивостями суб'єкта цього злочину всіх службових осіб (відповідно до тлумачення поняття «службові особи» за приміткою до ст. 364 КК), які в силу своєї посади наділені правомочністю управління чи розпорядження майном через інших осіб, тобто мають певні владні повноваження щодо впливу на осіб, яким це майно ввірено чи перебуває у їх віданні.

У міжнародних «антикорупційних» конвенціях відсутні прямі вказівки чи рекомендації щодо визнання корупційними злочинами окремих діянь, які український законодавець визнає такими. Прикладом таких злочинів є викрадення, привласнення, вимагання вогнепальної зброї, бойових припасів, вибухових речовин чи радіоактивних матеріалів або заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 262 КК); викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів чи заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 308 КК); викрадення, привласнення, вимагання прекурсорів або заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 312 КК); викрадення, привласнення, вимагання обладнання, призначеного для виготовлення наркотичних засобів, психотропних речовин або їх аналогів, чи заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем та інші незаконні дії з таким обладнанням (ч. 2 ст. 313 КК); порушення встановлених правил обігу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів або прекурсорів, якщо вони спричинили нестачу наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів у великих розмірах, або призвели до викрадення, привласнення, вимагання наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів чи прекурсорів або заволодіння ними шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (ч. 2 ст. 320 КК); викрадення, привласнення, вимагання документів, штампів, печаток, заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем або їх пошкодження (ч. 1 ст. 357 КК); викрадення, привласнення, вимагання військовослужбовцем зброї, бойових припасів, вибухових або інших бойових речовин, засобів пересування, військової та спеціальної техніки чи іншого військового майна, а також заволодіння ними шляхом зловживання службовим становищем (ч. 2 ст. 410 КК).

Положення ст. 354 (підкуп працівника підприємства, установи чи організації) КК України не відповідають рекомендаціям ст. 21 (підкуп у приватному секторі) Конвенції ООН проти корупції стосовно визначення суб'єкта злочину. Конвенція передбачає, що його суб'єктом може бути особа, яка керує роботою організації приватного сектора або працює на будь-якій посаді у такій організації. Норма ж Закону визначає суб'єктом працівника підприємства, установи чи організації, який не є службовою особою, або особою, яка працює на користь підприємства, установи чи організації.

Що стосується імплементації в українське законодавство положення щодо зловживання службовим становищем, то справедливим є зауваження М. Хавронюка стосовно доцільності заміни у ч. 1 ст. 364 КК України слів «використання службовою особою влади чи службового становища всупереч інтересам служби» словами «вчинення під час виконання своїх функцій будь-якої дії чи утримання від вчинення дій, що є порушенням законодавства». Ці слова охопили б собою також випадки перевищення влади та службових повноважень. Це було б виправданним з огляду на невдачу зміну змісту ст. 365 КК, у результаті якої умисне вчинення дій, які явно виходять за межі наданих повноважень (крім дій, передбачених ч. 2 ст. 365 КК), будь-якою іншою публічною службовою особою, крім працівників правоохоронних органів, може тягати за собою лише адміністративну, дисциплінарну та цивільно-правову відповідальність [3].

Ідея Конвенції ООН проти корупції та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією щодо диференціації кримінальної відповідальності за службові правопорушення у публічній і приватній управлінських сферах реалізована у національному кримінальному законодавстві через такі статті: 364¹ (зловживання повноваженнями службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми) та 368³ (підкуп службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми) КК. Вони передбачають відмежування кримінальної відповідальності для службових осіб юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми. Норми конвенцій не містять положень щодо зловживання повноваженнями службовою особою у приватній сфері. Вони передбачають у приватній сфері такі злочини, як підкуп у приватному секторі (ст. 21 Конвенції ООН проти корупції); такий склад злочину встановлюється також Кримінальною конвенцією про боротьбу з корупцією – дача хабара й отримання хабара у приватному секторі (статті 7, 8). Стаття 368³ КК відображає названі міжнародні норми у національному законодавстві, проте не повністю відповідає їх імперативним вимогам. Суб'єктами злочину, передбаченого ст. 368³ КК, визнаються виключно службові особи юридичної особи приватного права. Це не відповідає імперативним нормам

Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією про те, що суб'єктами комерційного підкупу є особи, які не лише займають керівні посади у приватних підприємствах, а й «працюють на них у будь-якій якості» (статті 7, 8). Це стосується і суб'єктів підкупу (статті 368, 369 КК відповідно до яких суб'єктами можуть бути лише службові особи). Зазначене суперечить ст. 15 Конвенції ООН проти корупції та статтям 2 і 3 Кримінальної конвенції проти корупції, в яких йдеться про те, що суб'єктами цих злочинів можуть бути й інші державні посадові особи.

У деяких статтях КК України (статті 365², 368⁴) закріплені норми, відповідно до яких суб'єктом корупційних злочинів є особи, які надають публічні послуги. Це зумовлено прагненням законодавця не сліпо наслідувати положення «антикорупційних» конвенцій, а приводити національне законодавство у відповідність із міжнародними стандартами, враховуючи особливості українського суспільства. Так, у зв'язку з цим, зваживши на перелік суб'єктів вчинення корупційних діянь, визначений ст. 2 Конвенції ООН проти корупції, у національному антикорупційному законодавстві з'явився відносно новий суб'єкт – особи, які надають публічні послуги. Таке нововведення є позитивним, адже таким чином була закріплена можливість притягнення до відповідальності всіх осіб, уповноважених на виконання функцій держави або органів місцевого самоврядування, у випадку вчинення ними корупційних правопорушень.

Відомо, що перевищення повноважень (тобто умисне вчинення дій, які явно виходять за межі наданих повноважень, незалежно від наслідків) і зловживання повноваженнями (тобто використання влади чи службового становища всупереч інтересам служби), попри низку схожих ознак, утворюють різні склади злочинів. Тому незрозумілою є позиція законодавця стосовно встановлення відповідальності лише за зловживання повноваженнями особами, які надають публічні послуги (ст. 365² КК), а перевищення повноважень цим суб'єктом лишається поза увагою [3].

Є чимало правових норм, які були вдосконалені та приведені у відповідність із міжнародними конвенціями, що ратифіковані Україною. Так, український законодавець врахував позицію ООН і Ради Європи щодо необхідності криміналізації не лише активного підкупу, а й пасивного. У зв'язку з цим на підставі Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо відповідальності за корупційні правопорушення» від 11.06.2009 р. злочин визнано не лише давання хабара, а й пропозиція хабара, а 13.05.2014 р. кримінально караною визнано й обіцянку неправомірної вигоди.

В аспекті впровадження практик іноземних держав заслуговує на увагу пропозиція В. Кубальського, який обґрунтовує доцільність запозичення досвіду Швейцарії щодо зрівняння санкцій хабарників і хабародавців. На підтримку цього він наводить думку О. Костенко про

те, що в сучасних підходах у протидії корупції має місце недооцінка такого фактора корупції, як корупційна активність громадян-хабародавців [4]. Причиною цього є низький рівень правової культури громадян, без підвищення якого жодні законодавчі реформи антикорупційної політики не будуть дієвими.

Слід зазначити, що поняття «хабар» не охоплює міжнародне тлумачення предмета підкупу. Тому прийнято рішення розширити у вітчизняному законодавстві предмет підкупу, замінивши поняття «хабар» на «неправомірну вигоду», включивши тим самим до нього не лише грошові кошти або інше майно, а й переваги, пільги, послуги, нематеріальні активи, будь-які інші вигоди нематеріального чи негрошового характеру, які обіцяють, пропонують, надають або одержують без законних на те підстав.

Ще одним прикладом позитивних змін кримінального законодавства є приведення у відповідність із нормами міжнародних «антикорупційних» конвенцій таких статей КК, як 368 (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою), 368³ (підкуп службовою особою юридичної особи приватного права незалежно від організаційно-правової форми), 368⁴ (підкуп особи, яка надає публічні послуги), 369 (пропозиція, обіцянка або надання неправомірної вигоди службовій особі), 369² (зловживання впливом). До зазначених статей внесені зміни, відповідно до яких диспозиції вказаних злочинів доповнені положеннями щодо такого елемента, як «обіцянка надати/прийняти неправомірну вигоду». Тепер ці злочини вважаються закінченими з моменту, коли той, хто пропонує неправомірну вигоду, та той, кому її пропонують, доходять певної домовленості щодо умов і шляхів реалізації цієї домовленості (а не з моменту одержання неправомірної вигоди, як було передбачено попередніми редакціями статей).

Існуюча нині редакція ст. 368² КК (незаконне збагачення) не відповідає положенню ст. 20 Конвенції ООН проти корупції, що викликає сумніви з приводу віднесення цього злочину до корупційних. Неоднозначність суджень зумовлює відсутність у статті положення, згідно з яким неправомірною вигодою отримується при використанні службового становища. У разі приведення цієї статті у відповідність із положенням Конвенції ООН проти корупції щодо незаконного збагачення, проблемний момент буде подолано. Іншими словами, необхідно змінити диспозицію статті так, щоб умисне незаконне збагачення визнавалося таким у випадку, коли державна посадова особа не може раціонально обґрунтувати значне збільшення активів, що перевищує її законні доходи. М. Хавронюк зазначає, що ст. 368² КК України суперечить ст. 20 Конвенції ООН проти корупції стосовно суб'єкта злочину – конвенція встановлює суб'єктом незаконного збагачення виключно державних посадових осіб, а положення КК наділяють такою можливістю також посадових осіб іноземних

держав і міжнародних організацій. Також законодавець не зважив на таку ознаку цього злочину, як можливість раціонального обґрунтування збільшення активів особи. Втім, ця норма не є імперативною [5, с. 265].

У Законі України «Про Національне антикорупційне бюро України» від 14.10.2014 р. вказана стаття змінена у частині конкретизації суб'єкта злочину, заміни слів «неправомірною вигодою» словом «майно», а також зміни у примітці до статті – стосовно осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, та стосовно значного перевищення доходів особи, отриманих із законних джерел. На нашу думку, такі зміни не є достатньо дієвими, вони не приводять положення національного законодавства у відповідність із Конвенцією ООН проти корупції.

У Законі про засади державної антикорупційної політики в Україні (Антикорупційну стратегію) на 2014–2017 роки від 14.10.2014 р. зазначається, що пристосування ст. 368² КК до вказаної Конвенції може бути ефективним механізмом позбавлення злочинців незаконно набутого майна (адже законодавець пропонує запровадити, крім кримінальної відповідальності, ще і цивільно-правову; в такому разі майно, законність походження якого особа не може довести в установленому законом порядку, буде стягуватись у дохід держави).

На сьогодні такий злочин, як провокація підкупу (ст. 370 КК) не передбачений у кримінальних законодавствах зарубіжних держав (окрім деяких пострадянських держав). Провокація злочину за кримінальними кодексами Польщі, Норвегії, Швейцарії, ФРН розглядається як обставина, що виключає злочинність діяння, а за законодавством Албанії, Сан-Марино – обставиною, що пом'якшує покарання [6, с. 516–517]. Міжнародні «антикорупційні» конвенції також не вимагають криміналізації такого діяння. Існування цього злочину у КК України і, тим більше, віднесення його до переліку корупційних (відповідно до Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України») викликає чимало сумнівів. Існують протилежні позиції стосовно доцільності існування цього складу злочину взагалі. Прихильники криміналізації провокації підкупу аргументують свою точку зору: небезпека цього діяння зумовлюється тим, що провокація хабара може використовуватися як потужний засіб впливу на неугодних осіб, конкурентів по бізнесу тощо [7, с. 47]. Противники цієї позиції вважають, що пропозиція неправомірної вигоди з метою викриття хабарника не є схильнянням до злочину, оскільки насправді хабарник не може вчинити злочин, бо його дії є контрольованими. Поведінка і того, хто пропонує хабар, і того, хто схильний його прийняти, не порушує законної діяльності органів держави чи апарату підприємств, установ, організацій. Відсутня і сумнісність посягання, адже принаймні одна особа вчиняє не злочин, а суспільно корисну дію [8, с. 159].

Що ж стосується віднесення провокації підкупу до переліку корупційних злочинів, то з таким рішенням законодавця погодитися важко. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» корупційним вважається правопорушення, що містить ознаки корупції. Виходячи із поняття корупції, що визначене цією ж статтею, однією із ознак будь-якої форми корупції є мета схилити особу (визначену ст. 3 Закону) до протиправного використання наданих їй службових повноважень і пов'язаних із цим можливостей. Стаття 370 КК чітко вказує, що метою провокації підкупу є викриття того, хто пропонував, обіцяв, надав неправомірну вигоду або прийняв пропозицію, обіцянку чи одержав таку вигоду. Отже, злочин, передбачений ст. 370 КК, не містить ознак корупції, тому він не може вважатися корупційним злочином. Як приклад невідповідності вимогам ст. 19 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією М. Бакай наводить ч. 1 ст. 368, частини 1, 2 ст. 369, статті 368³, 368⁴ КК України, аргументуючи це відсутністю у них положень, що дозволяли б забезпечити екстрадицію суб'єктів, які вчинили злочини, передбачені наведеними нормами КК. Це зумовлено надто м'якими мірами покарання, що передбачені за вчинення названих злочинів. Адже екстрадиція можлива лише у випадку вчинення злочину, за яке максимальною межею покарання є позбавлення волі щонайменше на один рік. Необхідно посилити санкції за вчинення злочинів, передбачених вказаними статтями КК, щоб за них було передбачене покарання у виді позбавлення волі на строк більше трьох років [1].

М. Бакай також зазначає, що законодавцем не враховані (зокрема у статтях 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК) положення міжнародних антикорупційних конвенцій, які передбачають відповідальність за різноманітні прояви хабарництва та зловживання впливом із використанням можливості вчинення відповідних проявів корупційної поведінки через посередника [1].

Конвенція ООН проти корупції проголошує необхідність створення, підтримки та зміцнення таких систем, які сприяють прозорості, запобігають виникненню конфлікту інтересів. Одним із ефективних інструментів запобігання виникненню конфлікту інтересів є обмеження щодо одержання дарунків, а також обмеження щодо сумісництва та суміщення з іншими видами діяльності, встановленими статтями 23, 25 Закону «Про запобігання корупції».

Положення розділу VII Закону України «Про запобігання корупції» встановлюють фінансовий контроль щодо суб'єктів, визначених ст. 3. Це є відображенням норми Конвенції ООН проти корупції, яка передбачає запровадження обов'язку державних посадових осіб надавати відповідним органам декларації про позаслужбову діяльність, заняття, інвестиції, активи та про суттєві дарунки або прибутки, у зв'язку з якими може виникнути конфлікт інтересів стосовно їх функцій як державних посадових осіб.

Багато дискусій точиться довкола доцільності введення в українське законодавство такого суб'єкта злочину, як юридична особа. Верховна Рада України прийняла Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України» від 23.05.2013 р., доповнивши Закон України «Про засади запобігання і протидії корупції» ст. 17¹ щодо застосування до юридичних осіб заходів кримінально-правового характеру, а також КК України розділом XIV «Заходи кримінально-правового характеру щодо юридичних осіб». Тим самим Україна наблизилася до приведення вітчизняного законодавства у відповідність із міжнародними законодавчими стандартами, а саме ст. 26 Конвенції ООН проти корупції, ст. 18 Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією. Як зазначає П. Андрушко, таким чином Україна виконає взяті на себе зобов'язання щодо встановлення відповідальності юридичних осіб за вчинення від їх імені та/або в їх інтересах окремих видів злочинів і проблема відповідальності юридичних осіб буде вирішена системно та комплексно, а не частково – встановлення відповідальності юридичних осіб лише за одну групу злочинів [9, с. 109]. Існує думка, що таке нововведення є непотрібним «перевиконанням» вимог Конвенції ООН проти корупції та Кримінальної конвенції про боротьбу з корупцією, адже в них відсутня вимога встановлення кримінальної відповідальності щодо юридичних осіб за відповідні діяння. Вони передбачають застосування відповідальності в рамках принципів національного права держави, яка ці положення імплементує. Науковці, які не поділяють оптимістичної точки зору щодо впровадження такого суб'єкта корупційних злочинів, як юридична особа, аргументують це саме тим, що в такому випадку порушуються встановлені на законодавчому рівні принципи особистої відповідальності та принцип винної відповідальності за вчинений злочин. На їх думку, це виражається у тому, що всупереч зазначеним принципам у такому разі юридична особа нестиме відповідальність за вчинення діяння не нею, а фізичною особою, отже, буде неможливою наявність вини юридичної особи при вчиненні злочинного діяння [10].

Частина 2 ст. 30 Конвенції ООН проти корупції містить положення, яке встановлює необхідність закріплення збалансованості між будь-якими імунітетами або привілеями, наданими державним посадовим особам у зв'язку з виконанням ними своїх функцій, і можливістю здійснювати ефективне розслідування та кримінальне переслідування, виносити судові рішення у зв'язку з вчиненням злочинів, визначених цією Конвенцією. Законодавство України містить імунітети від кримінального переслідування для осіб, уповноважених виконувати найвідповідальніші функції держави (це, зокрема, Президент України, народні депутати, судді, дипломатичні представники, консули), що, у свою чер-

гу, унеможливило виконання наведеної вимоги Конвенції.

Висновки

Сучасний етап формування антикорупційного законодавства України перебуває у незавершеному стані. Існує ряд змін, що фрагментарно привели національне кримінальне законодавство у відповідність із міжнародними «антикорупційними» конвенціями. Разом із тим у законодавстві лишається чимало норм, які не відповідають міжнародним нормам: невідповідність «антикорупційним» конвенціям кола суб'єктів корупційних злочинів, передбачених ч. 2 ст. 191, статтями 354, 364, 368, 368², 368³, 369 КК; відсутнє положення щодо встановлення відповідальності за перевищення повноважень особами, які надають публічні послуги (лише за зловживання повноваженнями – ст. 365² КК); неправомірна вигода визначається без урахування можливості раціонального обґрунтування збільшення активів особи; відсутня збалансованість між імунітетами та привілеями, наданими державним посадовим особам у зв'язку з виконанням ними своїх функцій, і можливістю здійснювати ефективне розслідування та кримінальне переслідування, виносити судові рішення у зв'язку з вчиненням злочинів; не враховані (зокрема у статтях 368, 368³, 368⁴, 369, 369² КК) можливість вчинення відповідних проявів корупційної поведінки через посередника; віднесення провокації підкупу до переліку корупційних злочинів.

Виявлені прогалини національних нормативно-правових актів вимагають подальших кроків у напрямку імплементації міжнародних та європейських актів про корупційні злочини.

Список використаних джерел

1. Бакай М. І. Імплементація положень «антикорупційних» конвенцій у вітчизняне кримінальне законодавство: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 182 с.

Стаття надійшла до редакції 14.11.2014 р.

The research paper shows the results of analysing the influence of international and European regulations on the Ukrainian legislation. The analysis includes non-compliance of Ukrainian legislation with international standards, as well as the establishment of positive changes in national legislation, due to the implementation of the provisions of international and European regulations.

В статье анализируются влияние международных и европейских антикоррупционных нормативных актов на украинское законодательство, изменения в национальном законодательстве, обусловленные имплементацией положений этих актов.

2. *Проблемні питання імплементації положень міжнародних антикорупційних конвенцій в законодавство України про кримінальну відповідальність // Правова держава. – 2010. – Вип. 21. – С. 364–370.*

3. *Науковий висновок Миколи Хавронюка щодо способу застосування Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо імплементації до національного законодавства положень статті 19 Конвенції ООН проти корупції» від 21.02.2014 р. № 746-VII. Режим доступу: <http://www.pravo.org.ua/2011-07-05-15-26-55/2011-07-22-11-16-35/1639-naukovi-vysnovok-shchodo-zastosuvannia-zakonu.html>.*

4. *Костенко О. М. Наука проти корупції (концепція «активної юстиції» у протидії корупції). – Режим доступу: <http://narodna.pravda.com.ua/ukr/politics/49ba105b84b43/>.*

5. *Хавронюк М. І. Науково-практичний коментар до Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції». – К., 2011. – 424 с.*

6. *Хавронюк М. І. Кримінальне законодавство України та інших держав континентальної Європи: порівняльний аналіз, проблеми гармонізації. – К., 2006. – 1048 с.*

7. *Мельник М. Провокація хабара як «підводний камінь» підприємництва // Підприємцтво, господарство і право. – 2000. – № 3 – С. 47–53.*

8. *Навроцький В. Провокація хабара як можливий спосіб боротьби з корупцією // Вісник Академії правових наук України. – 1998. – № 4. – С. 157–162.*

9. *Андрушко П. П. Щодо відповідальності юридичних осіб за корупційні правопорушення у вигляді застосування до них заходів кримінально-правового характеру // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2013. – № 3. – С. 104–116.*

10. *Висновок Попович В. П., Кідіної Н. В., Колпакова В. Г. на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб)». – Режим доступу: http://anticorruption.com.ua/ukr/page_26/.*



УДК 343.1

Василь Топчій,

д-р юрид. наук, доцент,
професор кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Національного університету державної податкової служби України

МІСЦЕ І РОЛЬ ШТАБУ У ВИЯВЛЕННІ ТА РОЗСЛІДУВАННІ ТЯЖКИХ І ОСОБЛИВО ТЯЖКИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ЖИТТЯ ТА ЗДОРОВ'Я ОСОБИ

У статті аналізуються місце і роль штабу у виявленні та розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи, досліджуються основні завдання штабу.

Ключові слова: штаб, слідчий, оперативний працівник, планування, виявлення та розкриття злочину, органи внутрішніх справ.

У провадженнях про особливо тяжкі злочини проти життя і здоров'я особи завжди доводиться виконувати значний обсяг оперативно-розшукової та слідчої роботи, проводити спеціальні широкомасштабні операції із залученням значних сил і засобів органів внутрішніх справ.

Пошукові заходи здійснюються за порушеннями кримінальними провадженнями переважно оперативні працівники, однак слідчий зобов'язаний координувати їх зусилля та бути ініціатором організації спільної роботи. Під час проведення таких операцій, як правило, створюються тимчасові структурні підрозділи, а саме: штаб, слідчі групи, оперативно-розшукові та пошукові групи різного спрямування, інші формування. Їх кількість залежить від того, якою інформацією володіють правоохоронні органи про події злочинів, обставини їх вчинення й особу передбачуваного злочинця. У цих умовах удосконалення діяльності з виявлення та розслідування тяжких та особливо тяжких злочинів проти життя і здоров'я особи залежить від обрання оптимальних форм спільної діяльності підрозділів, що задіяні у відповідних процесях.

Перш за все потребують наукового аналізу місце і роль тимчасових структурних підрозділів у виявленні та розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи, зокрема – роль штабу у такій діяльності.

У юридичній літературі аспекти взаємодії слідчих і оперативних працівників у розкритті та розслідуванні злочинів були пред-

метом наукових досліджень Ю. Аленіна, В. Бахіна, В. Берназа, Р. Белкіна, В. Василичука, В. Галагана, В. Глушкова, В. Гончаренка, В. Горбачевського, Ю. Грошевого, А. Дубинського, В. Захарова, В. Зеленецького, А. Іщенко, Н. Карпова, А. Кислого, І. Козаченка, В. Коновалової, О. Користіна, В. Кузьмічова, В. Лисенко, Є. Лук'янчикова, В. Маляренка, О. Михайленка, М. Михеєнка, Д. Никифорчука, В. Нора, Ю. Орлова, В. Ортинського, М. Погорецького, Б. Розовського, Б. Романюка, М. Салтєвського, Г. Середи, Є. Скулиша, С. Смокова, С. Стахівського, М. Стрельбицького, О. Тарарова, В. Тіщенко, В. Тертишника, Л. Удалової, В. Хахановського, П. Цимбала, К. Чаплинського, С. Чернявського, В. Шепітька, О. Шило, М. Шумила, О. Юхна та інших. Разом із тим в існуючих наукових працях проблематика місця і ролі штабу у виявленні та розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи досліджена недостатньо, чим обумовлена необхідність комплексного аналізу окресленого кола питань.

Серед кримінальних порушень особливу небезпеку становлять ті, єдиним чи основним безпосереднім об'єктом яких є життя або здоров'я людини. Адже життя та здоров'я є одними з найвищих природних благ людини. Зокрема, у разі втрати життя всі інші блага, права та свободи втрачають для людини сенс.

Одним із тимчасових структурних підрозділів, що задіяні у ході виявлення та розслідування тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи, є штаб. Штаби створюються для централізованого

керування виділеними силами та засобами, а також здійснення координації роботи районних і міських відділів внутрішніх справ, на території яких вчинено особливо тяжкі злочини проти життя та здоров'я особи.

Штаб як одна з основних ланок у системі управління й орган міжгалузевого управління завжди перебуває у центрі організаційної діяльності як такої, оскільки саме на нього покладені збір, систематизація та комплексний аналіз інформації, необхідної для прийняття начальником управлінського рішення, забезпечення безперервного слідкування за оперативною обстановкою, а також розроблення невідкладних заходів реагування на її зміну [1, с. 522].

Керує роботою штабу та координує дії територіальних підрозділів, які здійснюють пошук злочинця в рамках заведеного дублікату ОРС, один із заступників Міністра внутрішніх справ або начальника управління МВС України в області. Члени штабу, як правило, керують роботою з основних напрямів пошуку, пов'язаного з оперативним спостереженням за місцями ймовірної появи злочинця, організацією постів, засідок і проведенням інших оперативно-розшукових заходів (далі – ОРЗ).

У свою чергу, контроль за діяльністю слідчої групи покладається на заступника прокурора області або міста розслідування, який здійснює нагляд за організацією розкриття та розслідування злочинів слідчими органів внутрішніх справ; він координує роботу штабу і слідчої групи, а також здійснює прокурорський нагляд за дотриманням законності в оперативно-розшуковій і слідчій роботі, стежить за обґрунтованістю затримань та арештів підозрюваних (обвинувачуваних) у провадженні. Штаб відповідає за правильне розміщення та використання сил і засобів, здійснює постійний зв'язок з усіма групами, обмінюється з ними інформацією через їх керівників. У процесі роботи проводить оперативне маневрування силами та засобами.

І. Ковтун виділяє такі напрями діяльності, до яких залучається штаб [1, с. 521–527]:

- організація виїзду на місце пригоди слідчо-оперативної групи, оперативних працівників, слідчих, експертів-криміналістів, розшукових собак тощо;
- організація переслідування злочинців по «гарячих» слідах;
- контроль і перевірка актуальності спеціальних оперативних планів «Перехват», «Хвиля», «Охорона й оборона адміністративного будинку ОВС», «Сирена», «Грім», «Темп», «Заручник»;
- перевірка за ШПС осіб, які зазначені у заявах і повідомленнях про кримінальні правопорушення, з метою надання інформації

при виїзді слідчо-оперативних груп або переслідування злочинців;

- безпосередня участь в інформаційно-аналітичному забезпеченні розслідування кримінальних правопорушень при скоєнні серійних і резонансних кримінальних правопорушень.

При розслідуванні особливо тяжких і резонансних кримінальних правопорушень, при надзвичайних умовах штабні підрозділи виконують аналітичні функції: розгортання діяльності Оперативного штабу та робочих груп ГУ МВС, створення оперативних штабів у територіальних ОВС; організація цілодобового збору, узагальнення й опрацювання інформації про результати проведеної роботи та інформування керівництва МВС України, ГУ МВС; щоденне проведення оперативних нарад при керівниках Оперативного штабу за участю керівників окремих структурних підрозділів Центрального апарату МВС України та ГУ МВС; розроблення та запровадження схем контролю за виконанням завдань, визначених організаційно-розпорядчими документами МВС-ГУ МВС; проведення заходів із виявлення й отримання значущої інформації [1, с. 527].

Основними завданнями штабу є:

- планування роботи з розшуку злочинця; виділення сил для проведення ОРЗ;
- накопичення, аналіз інформації, яка надходить, і вироблення на її основі конкретних напрямів розшуку злочинця, а також рекомендацій з використання відомостей стосовно осіб, які становлять оперативний інтерес;
- розроблення планів пошукових заходів, складання орієнтувань, пам'яток, типових завдань, схем тощо;
- організація взаємодії між різними службами, підрозділами та групами, які беруть участь у розкритті злочину, забезпечення комплексного використання сил і засобів;
- контроль за виконанням розпоряджень і вказівок штабу, а також використанням діяних сил, проведення оперативних нарад і заслуховування на них керівників підрозділів (груп) про пророблену роботу;
- підготовка з відома керівника слідчої групи звернень до громадськості, а також повідомлень для преси, радіо, телебачення;
- ведення чергового журналу з обліку сигналів, які надходять у штаб органів внутрішніх справ у зв'язку з розкриттям будь-яких серійних убивств;
- підготовка узагальнених відомостей, звітів, довідок, інформування відповідних керівників про результати роботи.

Особливу увагу штаб має приділяти аналітичній роботі. Визначення діяльності штабів ОВС, спрямованої на обґрунтування оп-

тимальних управлінських рішень, за допомогою своєчасного виявлення проблем, суперечностей, невідповідностей і тенденцій розвитку явищ, що детермінують запобігання та розслідування кримінальних правопорушень ОВС, дозволяє вести мову про наявність у роботі штабу значних обсягів аналітичної роботи. І. Ковтун звертає увагу на те, що нехтування законами соціального управління призведе до того, що виконавець, який через незабезпеченість власної діяльності не має можливості виконати поставлене завдання засобами «зворотного зв'язку», доводитиме це штабному підрозділу, який, у свою чергу, має або «прозвітувати» керівникові про негативний результат, або долучитися до виконання цього завдання (надати практичну допомогу) з метою поліпшення такого результату. Іншими словами, І. Ковтун вважає, що розуміння працівниками штабних підрозділів законів управління та, відповідно, «передбачення» рівня виконавчої дисципліни у конкретній службі (підрозділі) ОВС відіграє вирішальну роль у процесі оптимізації інформаційно-аналітичної діяльності штабів [1, с. 522].

Як правило, інформаційно-аналітичну діяльність здійснює один із старших оперуповноважених карного розшуку з підрозділу по боротьбі із злочинами проти особи (або виділяється група працівників). До цієї роботи доцільно залучити також експерта-криміналіста. На початковому етапі роботи здійснюється аналіз оперативної обстановки, що склалася в межах території одного адміністративного району або різних адміністративних районів, за певний період часу з метою виявлення тяжких та особливо тяжких злочинів жінок, підлітків або дітей, а також виявлення фактів їх безвісного зникнення, приблизно пов'язаних з розслідуваною серією вбивств, за якими слідчі (розшукові) дії у кримінальному провадженні не були з певних причин об'єднані в одне провадження. На основі вивчення наявних матеріалів уточнюються населені пункти або їх окремі райони, в яких можуть провадитися негласні слідчі (розшукові) дії та слідчі (розшукові) дії з метою пошуку передбачуваного злочинця. На нашу думку, особи, які постійно здійснюють збір та аналіз усієї оперативної інформації, крім того, повинні попередньо оцінювати наявні відомості з огляду на їх значимість для розкриття злочину й інформувати про це керівника слідчої групи. Вони зобов'язані також вивчати вже зібрані з місць первинні матеріали щодо осіб, яких можна запідозрити у вчиненні вбивств, і з'ясовувати повноту перевірки їх алібі.

Доцільно у складі штабної групи мати працівника, на якого слід покласти обов'язки

щодо ведення допоміжних довідкових карток, а також автоматизованої бази даних, що містять відомості про осіб, які заслуговують на оперативний інтерес і перевірку як запідозрені. Це дасть змогу будь-якому заінтересованому працівникові правоохоронних органів швидко одержати необхідні відомості, у тому числі дізнатися, чи проходила та або інша особа перевірку, де перебувають матеріали перевірки на неї [2, с. 21].

Для ведення картотеки розробляється спеціальна картка – «на особу, яка перевіряється на причетність до вчинених злочинів». Вона повинна містити реквізити, що дають змогу зафіксувати категорію осіб, яких перевіряють, з урахуванням висунутих версій (душевновхворий, статевий психопат, засуджений, незасуджений тощо), а також належність зазначених осіб до певної професії (шофер, будівельник, військовий), прикмети їх зовнішності або одягу, група крові й інші ознаки.

Довідковий масив має формуватися з карток, що заповнюються на кожну особу після її відпрацювання на причетність до злочину. Їх, як правило, розглядають за категоріями осіб за абеткою. Картки на осіб, які проживають в інших містах області, розподіляються в самостійні розділи за абеткою.

Для прикладу можна навести зміст картки, що заповнюється на осіб із числа водіїв автотранспорту. Картка може містити такі реквізити: категорія, прізвище, ім'я, по батькові, рік народження, місце проживання, сімейний стан, судимість, місце роботи (адреса), режим і характер роботи, водійський стаж; марка, державний знак, колір автомашини, характерний вид протекторів шин; група крові, прикмети зовнішності, сліди пальців рук, підшопов взуття; чи вимагає він оперативного відпрацювання, кому воно доручене, результати перевірки [3, с. 215–216].

В останньому реквізиті картки на запідозрену особу обов'язково слід відображати алібі особи, яку перевіряють, із вказівкою її місць перебування в момент вчинення злочинів, а також відомості про спосіб життя, зовнішній вигляд, одяг, інформацію про злочин, отриману від неї, а також ким або чим підтверджується правдоподібність її показань.

Алібі, зокрема, має містити такі основні елементи: місце; час здійснення злочину (дата і час); місце, де у цей момент знаходилася людина, що заявила про своє алібі [4, с. 215–216].

У картці доцільно також передбачити розділ із примітками, в якому можна зазначити обставини, на які слід звернути особливу увагу при перевірці.

Бажано на всіх виявлених осіб, які становлять оперативний інтерес, мати фотокартку. Ведення такого обліку дає змогу регулярно видавати всім працівникам, які беруть участь у розкритті злочинів, відомості про

перевіраних осіб, пред'являти їх фотокартки на впізнання потерпілим, які залишилися в живих, знову виявленим свідкам або очевидцям злочину.

У штабі необхідно здійснювати цілодобове чергування. Для обліку всієї інформації, що надходить за добу телефоном або іншими каналами зв'язку та стосується розкриття тяжких і особливо тяжких злочинів, необхідно вести журнал. У ньому слід фіксувати будь-які сигнали, що надходять від громадян або працівників правоохоронних органів стосовно осіб або окремих фактів, які становлять оперативний інтерес.

Про роботу з розшуку серійних убивць, як правило, інформується населення. Особливо тяжкі злочини проти життя та здоров'я особи, передусім стосовно малолітніх і підлітків, зачіпаються інтереси багатьох людей, і вони охоче надають допомогу у встановленні злочинців. Як правило, після проведення бесід із громадянами та звернення до них через засоби масової інформації з проханням про надання сприяння у встановленні вбивці до органів внутрішніх справ надходять різні сигнали, у тому числі офіційні заяви, різні записки, анонімні листи, телефонні дзвінки тощо [5, с. 303].

Збільшується і потік інформації, що надходить від оперативних джерел. У зв'язку з цим, доцільно, щоб при штабі функціонували дві так звані сигнальні групи з перевірки відомостей, які надійшли до органів внутрішніх справ і стосуються злочинів, що розкриваються. Одна з них повинна здійснювати перевірку сигналів, які надійшли через офіційні канали, інша – ОРЗ щодо перевірки осіб, які перебувають на обліку в органах внутрішніх справ, а також осіб, стосовно яких отримані оперативні повідомлення про можливість їх причетності до вчинених злочинів розглянутої категорії. До участі в проведенні таких заходів потрібно залучати найбільш підготовлених працівників, які мають значний досвід в оперативно-розшуковій роботі [6, с. 94]. Робота з оперативного реагування на сигнали, які надходять від громадян, має бути ретельно продумана й організована штабом.

Крім розв'язання організаційно-аналітичних завдань, штаб виконує й контрольні функції. Із цією метою розробляються спеціальні графіки заслуховування керівників УМВС і міськрайорганів внутрішніх справ про проведenu ними роботу на місцях з розшуку злочинця, що здійснюється в рамках заведених дублікатів ОРС. Заслуховування звітів керівників про проведenu роботу й її результати є підвидом такої форми контролю, як «ознайомлення з виконанням управлінських рішень» [7, с. 913].

Мета контролю за виконанням управлінських рішень полягає в одержанні повідомлень про режим функціонування системи управління, про ефективність зусиль, які здійснюються виконавцями, і дозволяє намітити заходи, що є змістом наступної стадії цього етапу – коригування управлінського рішення та регулювання системи управління [7, с. 913].

Саме у процесі доповіді керівника штабу має можливість ознайомлюватися із станом речей по розшуку злочинця, вимагаючи, за необхідності, більш детальної інформації щодо певного напрямку діяльності або вжитих заходів, за допомогою чого і виконується функція контролю. Ознайомлення з діяльністю працівників підконтрольних органів відбувається також під час проведення різних нарад, інструктажів, зібрань тощо, цінність яких багато в чому визначається рівнем критики та самокритики [7, с. 913].

На особливу увагу заслуговує перевірка організації роботи в оперативно-пошукових групах, передусім тих, які здійснюють фізичне прикриття місць, в яких найбільш імовірно може з'явитися злочинець. Як свідчить оперативно-слідча практика, розслідування абсолютної більшості тяжких та особливо тяжких злочинів затримується внаслідок організації та проведення заходів у рамках так званого фізичного пошуку злочинця, що здійснюють оперативні групи різного призначення. Такий пошук може проводитися у поїздах, на водних і повітряних суднах, на території регіону з використанням наявних сил і засобів [8, с. 30]. Ослаблення цієї роботи може призвести до серйозних небажаних наслідків.

Висновки

Аналіз місця і ролі штабу у виявленні та розслідуванні тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи дозволив визначити основні завдання штабу, до яких входять: планування роботи з розшуку злочинця; виділення сил для проведення ОРЗ; накопичення, аналіз інформації, яка надходить, і вироблення на її основі конкретних напрямів розшуку злочинця, а також рекомендацій з використання відомостей стосовно осіб, які становлять оперативний інтерес; розроблення планів пошукових заходів, складання орієнтувань, пам'яток, типових завдань, схем тощо; організація взаємодії між різними службами, підрозділами та групами, які беруть участь у розкритті злочину, забезпечення комплексного використання сил і засобів; контроль за виконанням розпоряджень і вказівок штабу, а також використанням задіяних сил, проведення оперативних нарад і заслуховування на них керівників підроз-

ділів (груп) про виконану роботу; підготовка з відома керівника слідчої групи звернень до громадськості, а також повідомлень для преси, радіо, телебачення; ведення чергового журналу з обліку сигналів, які надходять у штаб органів внутрішніх справ у зв'язку з розкриттям будь-яких серійних убивств; підготовка узагальнених відомостей, звітів, довідок та інформування відповідних керівників про результати роботи.

Проведене дослідження засвідчило, що основним напрямом його розвитку слід вважати аналіз основних напрямів оптимізації взаємодії органів досудового розслідування й оперативних підрозділів у виявленні та розкритті тяжких і особливо тяжких злочинів проти життя та здоров'я особи.

Список використаних джерел

1. *Ковтун І. В.* Інформаційно-аналітична діяльність штабів органів внутрішніх справ у сфері розслідування кримінальних правопорушень //

Стаття надійшла до редакції 15.12.2014 р.

The article analyzes the place and role of staff in the detection and investigation of serious and very serious crimes against human life and health, examines the main tasks of staff.

В статтє аналізуються место и роль штаба в выявлении и расследовании тяжких и особо тяжких преступлений против жизни и здоровья человека, исследуются основные задачи штаба.

Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2012. – № 3. – С. 520–528.

2. *Волчецкая Т. С.* Криминалистическая ситуалогия. – Калининград, 1997. – 248 с.

3. *Юринець Ю. Л.* Використання можливостей Інтерполу для пошуку культурних цінностей // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2013. – № 2. – С. 211–218.

4. *Гутник К. В.* Тактика викриття та подолання неправдивих показань // Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. – 2006. – № 2. – С. 168–172.

5. *Громовий А. О.* Актуальні проблеми вдосконалення діяльності при порушенні кримінальної справи // Право і суспільство. – 2012. – № 2. – С. 302–308.

6. *Образцов В. А., Танасевич В. Г.* О криминалистической характеристике преступлений // Вопросы борьбы с преступностью. – 1976. – № 25. – С. 94–104.

7. *Чернецький О. Л.* Види та форми внутрішнього контролю в органах внутрішніх справ // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 910–914.

8. *Кислий А. М.* Види та форми внутрішнього контролю в органах внутрішніх справ // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2013. – № 2. – С. 27–35.



УДК 347.13

Світлана Савицька,*канд. юрид. наук,
доцент кафедри правосуддя права
Київської державної академії водного транспорту
ім. Петра Конашевича-Сагайдачного*

ОСОБЛИВОСТІ ЗАТРИМАННЯ АДВОКАТА ТА ЗАСТОСУВАННЯ ДО НЬОГО ЗАПОБІЖНОГО ЗАХОДУ

У статті розглядаються особливості затримання адвоката та застосування до нього запобіжного заходу в рамках чинного кримінального процесуального законодавства, аналізуються правові й організаційні проблеми застосування цих заходів процесуального примусу.

Ключові слова: адвокат, прокурор, затримання, запобіжний захід, гарантії, судовий контроль, прокурорський нагляд.

Конституція України проголошує, що для реалізації права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги діє адвокатура, діяльність якої може бути ефективною лише за умови її належного забезпечення з боку держави.

Згідно з Основними положеннями про роль адвокатів, прийнятими VIII Конгресом ООН із запобігання злочинам у серпні 1990 р., держава має гарантувати адвокатам можливість здійснювати їх професійні обов'язки без залякування, перешкод і недоречного втручання, додержання конфіденційності консультацій і комунікацій між адвокатом та клієнтом. Коли безпека адвокатів перебуває під загрозою у зв'язку з виконанням ними професійних обов'язків, вони мають бути адекватно захищені владою. Проте на практиці ще й досі мають місце випадки необгрунтованого затримання адвокатів і застосування до них запобіжних заходів. Так, у зв'язку з прийняттям у 2012 р. Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, а також Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) питання затримання адвоката та застосування до нього запобіжних заходів набуває особливої актуальності. У цих нормативно-правових актах передбачені додаткові гарантії дотримання прав адвоката під час застосування стосовно нього цих заходів процесуального примусу.

Затриманню адвоката та застосуванню до нього запобіжних заходів приділяється значна увага в юридичній літературі, оскільки ця сфера діяльності протікає в умовах підвище-

ної конфліктності та протистояння. Правоохоронні органи нерідко перевищують установлені законом припустимі межі застосування цих заходів забезпечення кримінального провадження, що породжує численні помилки та порушення, часом має ознаки службового зловживання особами, наділеними владними повноваженнями. Внаслідок цього органи розслідування нерідко порушують установлену законом процедуру їх застосування.

Вагомий внесок у розроблення проблематики застосування затримання та запобіжних заходів стосовно адвоката зробили такі науковці, як Т. Варфоломеева, В. Гончаренко, І. Гловацький, Ю. Грошевий, А. Дубинський, С. Логінова, Є. Лук'янчиков, В. Малярченко, М. Михеєнко, В. Нор, А. Погорецький, Л. Удалова, С. Стахівський, М. Шумило, В. Хабібулін, О. Яновська та інші. Однак дослідження цього питання провадилися ще під час дії КПК України 1960 р. та Закону України «Про адвокатуру» від 19.12.1992 р., які втратили чинність. Сьогодні кримінальне процесуальне законодавство зазнало значних, як на нашу думку, прогресивних змін у частині правової регламентації діяльності адвоката у кримінальному провадженні, що певною мірою відповідає європейським стандартам кримінального судочинства. Разом із тим окремі питання не отримали глибокого теоретичного розроблення і потребують подальшого вивчення, а деякі з них – якнайшвидшого законодавчого вирішення та закріплення у кримінальному процесуальному законодавстві.

Мета цієї статті полягає у дослідженні теоретичних положень, що розкривають механізм забезпечення прав адвоката під час його затримання та застосування до нього запобіжного заходу, подальшому вдосконаленні кримінального процесуального законодавства України та практики його застосування.

Пункт 12 ч. 1 ст. 23 Закону передбачає, що орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. Щоб з'ясувати, які органи та посадові особи зобов'язані здійснити таке повідомлення в разі затримання адвоката, необхідно перш за все дослідити загальний порядок затримання особи.

Відповідно до змісту глави 18 КПК України, існує два порядки затримання особи: затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду; затримання без ухвали слідчого судді, суду.

Згідно з вимогами статей 187–190 КПК України слідчий суддя, суд приймає рішення про затримання особи з метою її приводу. Прокурор, слідчий за погодженням з прокурором має право звернутись із клопотанням про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою його приводу для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою. Таке клопотання може бути подане: одночасно з поданням клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або зміни іншого запобіжного заходу на тримання під вартою; після подання клопотання про застосування запобіжного заходу і до прибуття підозрюваного, обвинуваченого до суду на підставі судового виклику; після неприбуття підозрюваного, обвинуваченого за судовим викликом для участі в розгляді клопотання про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою та відсутності у слідчого судді, суду на початок судового засідання відомостей про поважні причини, що перешкоджають його своєчасному прибуттю.

Клопотання про дозвіл на затримання підозрюваного, обвинуваченого з метою приводу має розглядатися слідчим суддею, судом негайно після його одержання. Розгляд клопотання здійснюється в закритому судовому засіданні за участю прокурора. Одним із рішень, яке може прийняти слідчий суддя, суд у результаті розгляду такого клопотання, є ухвала про дозвіл на затримання з метою приводу.

Про дії уповноважених службових осіб після затримання підозрюваного, обвинува-

ченого на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання йдеться у ст. 191 КПК України, в якій зазначено, що уповноважена службова особа (особа, якій законом надане право здійснювати затримання), яка затримала особу на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання, негайно повідомляє про це слідчого, прокурора, зазначеного в ухвалі (ч. 6).

Тепер уявімо, що на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання уповноважена службова особа затримала адвоката, який вчинив кримінальне правопорушення. Відповідно до змісту п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону саме ця службова особа зобов'язана негайно повідомити про затримання відповідну раду адвокатів регіону.

Затримання без ухвали слідчого судді, суду відбувається в порядку, передбаченому ст. 208 КПК України. Згідно з ч. 1 цієї статті, уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках: якщо цю особу застали під час вчинення злочину або замаху на його вчинення; якщо безпосередньо після вчинення злочину очевидець, у тому числі потерпілий, або сукупність очевидних ознак на тілі, одязі чи місці події вказують на те, що саме ця особа щойно вчинила злочин.

При ознайомленні із змістом ч. 1 ст. 208 КПК України виникає запитання: яка уповноважена службова особа вправі без ухвали суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину? В юридичній літературі констатується, що уповноважена службова особа, яку законодавець наділяє правом здійснювати затримання, – це працівники органів внутрішніх справ, органів безпеки, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства, органів пенітенціарної служби України, органів Державної прикордонної служби України, органів Державної служби України та інших правоохоронних органів [1, с. 4].

У КПК України зазначено (ч. 4 ст. 208), що уповноважена службова особа, яка здійснила затримання особи, повинна негайно повідомити інших осіб про його затримання та місце перебування відповідно до положень ст. 213 цього Кодексу. Відповідно до змісту ст. 213 КПК України уповноважена службова особа, яка здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це: близьких родичів, членів сім'ї чи інших осіб за вибором затриманої особи; батьків або усиновителів, опікунів, піклувальників, орган опіки та піклування – у разі затримання неповнолітньої особи; відповідний розвідувальний орган – у разі затримання співробітника кад-

рового складу розвідувального органу України при виконанні ним службових обов'язків; орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги. Разом із тим у ст. 213 КПК України не йдеться про те, що уповноважена службова особа, яка здійснила затримання адвоката, зобов'язана негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. Це було б зрозуміло, якби глава 37 КПК України, що визначає особливості кримінального провадження стосовно окремої категорії осіб, у тому числі адвоката, визначала такі дії уповноваженої службової особи. Крім того, у п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України вказано, що відповідні органи адвокатського самоврядування повідомляються лише про застосування запобіжного заходу, ухвалення вироків щодо адвокатів.

Таким чином, існує невідповідність між змістом п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону та п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України. З метою її усунення пропонуємо доповнити п. 1 ч. 1 ст. 483 Кодексу положенням, згідно з яким уповноважена службова особа, яка затримала адвоката, зобов'язана негайно повідомити про таке затримання відповідну раду адвокатів регіону. Крім того, аналогічним положенням також пропонуємо доповнити ст. 213 КПК України. Щоб з'ясувати, які саме органи та посадові особи зобов'язані здійснити таке повідомлення, необхідно дослідити загальний порядок застосування до підозрюваного, обвинуваченого запобіжного заходу.

Види запобіжних заходів визначені у ч. 1 ст. 176 КПК України, а саме: особисте зобов'язання; особиста порука; застава; домашній арешт; тримання під вартою. Відповідно до ч. 1 ст. 177 КПК метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на них процесуальних обов'язків, а також запобігання спробам: переховуватися від органів досудового розслідування та суду; знищити, сховати або спотворити будь-яку з речей чи документів, що мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливати на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджати кримінальному провадженню іншим чином; вчинити інше кримінальне правопорушення чи продовжувати кримінальне правопорушення, в якому підозрюється, обвинувачується.

Застосування запобіжних заходів із будь-якою іншою метою, наприклад, щоб домогтися від підозрюваної особи певних свідчень щодо її причетності до кримінального правопорушення чи викриття у його вчиненні ін-

ших осіб або як кари за правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, не допускається [2, с. 381].

Згідно з ч. 2 ст. 177 КПК України, підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 цієї статті.

При вирішенні питання про обрання запобіжного заходу, крім наявності ризиків, зазначених у ст. 177 КПК, слідчий, суд на підставі наданих сторонами кримінального провадження матеріалів зобов'язаний оцінити в сукупності всі обставини, у тому числі (ст. 178): вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі в разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; вік і стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність у нього родини та утриманців; наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; репутацію підозрюваного, обвинуваченого; майновий стан підозрюваного, обвинуваченого; наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого; дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, а також вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини.

У частині 4 ст. 176 КПК України встановлено, що запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим з прокурором, або за клопотанням прокурора; під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора. Таким чином, якщо, наприклад, під час досудового розслідування слідчий суддя виніс ухвалу про застосування стосовно адвоката запобіжного заходу, то саме він, відповідно до п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону, зобов'язаний негайно повідомити про прийняте рішення регіональну раду адвокатів.

На нашу думку, не слід обмежуватися лише таким повідомленням. Вважаємо, що суд-

дя, який застосував запобіжний захід до адвоката, має направити раді адвокатів регіону копію відповідної ухвали. Відповідно до ч. 1 ст. 196 КПК України, у такій ухвалі зазначаються відомості про: кримінальне правопорушення (його суть і правову кваліфікацію із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність), у якому підозрюється, обвинувачується особа; обставини, які свідчать про існування ризиків, передбачених ст. 177 цього Кодексу; обставини, які свідчать про недостатність застосування більш м'яких запобіжних заходів для запобігання ризикам, передбаченим ст. 177 цього Кодексу; докази, які обґрунтують ці обставини; запобіжний захід, що застосовується. При ознайомленні з отриманою копією ухвали слідчого судді, суду про застосування запобіжного заходу до адвоката в голови та членів ради адвокатів регіону складеться цілісне уявлення про обставини прийняття такого процесуального рішення. Отже, пропонуємо доповнити п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону та ст. 483 КПК України положенням про те, що слідчий суддя, суд зобов'язаний направити до відповідного органу адвокатського самоврядування копію ухвали про застосування щодо адвоката запобіжного заходу.

Із змісту п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону виникає запитання: навіщо орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону? Щоб відповісти на нього, спочатку потрібно з'ясувати, які існують організаційні форми адвокатського самоврядування. Відповідно до ст. 46 Закону однією з таких форм є рада адвокатів регіону (Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя). Згідно з ч. 1 ст. 48 Закону ця рада виконує функції адвокатського самоврядування в регіоні в період між конференціями адвокатів. Як зазначено у п. 7 ч. 4 цієї статті, рада адвокатів регіону повинна сприяти забезпеченню гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів. Отже, ця рада має сприяти і захисту прав адвоката, який затриманий за підозрою у вчиненні злочину, до якого застосовано запобіжний захід.

На жаль, у ст. 48 Закону, а також у Порядку дії голови, заступника голови, секретаря, членів ради адвокатів м. Києва щодо сприяння забезпеченню гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних і соціальних прав адвокатів не визначено, якими мають бути дії голови ради адвокатів регіону, якщо від владних учасників кримінального провадження надійшло повідомлення про затримання адвоката, застосування до нього запобіжного заходу у вигляді взяття під варту.

На нашу думку, цю прогалину необхідно усунути. Вважаємо, що голові ради адвокатів регіону слід надати право на конфіденційне побачення з заарештованим адвокатом. Після такого побачення голова зобов'язаний негайно зібрати раду адвокатів для вирішення питання про вжиття подальших дій з метою захисту цього адвоката.

Слід зазначити, що заслуговує на увагу така обставина: у п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону не вказано, що застосування стосовно адвоката запобіжних заходів здійснюється судом за клопотанням Генерального прокурора України, його заступника, прокурора Автономної Республіки Крим, областей, міст Києва та Севастополя. Таким чином, відповідно до ч. 4 ст. 176 КПК України достатньо клопотання слідчого, погодженого з районним (міським) прокурором, щоб слідчий суддя застосував до адвоката будь-який запобіжний захід, у тому числі тримання під вартою.

Ми вважаємо, що правове регулювання цього питання має бути іншим, оскільки існує парадоксальна ситуація. Так, щоб провести огляд чи обшук, наприклад автомобіля адвоката, рішення про звернення до слідчого судді з відповідним клопотанням має приймати прокурор не нижче обласного рівня. Такий висновок випливає із змісту п. 3 ч. 1, ч. 2 ст. 23 Закону, ч. 2 ст. 233 КПК України. Якщо ж ідеться про тримання адвоката під вартою, застосування до нього інших запобіжних заходів, достатньо клопотання слідчого, погодженого з прокурором районного рівня, щоб слідчий суддя прийняв таке рішення.

Враховуючи викладене, пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 23 Закону п. 3¹ у такій редакції: «Слідчий суддя ухвалює рішення про застосування до адвоката запобіжних заходів за клопотанням Генерального прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя».

У цьому контексті заслуговує на увагу те, що у п. 12 ч. 1 ст. 23 Закону йдеться про обов'язок органу, який застосував до адвоката запобіжний захід, негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону. У той самий час у п. 1 ч. 1 ст. 483 КПК України зазначено, що про застосування запобіжного заходу до адвоката повідомляються відповідні органи адвокатського самоврядування. Тому може скластися враження, що існує термінологічна невідповідність між цими нормами. Однак воно є помилковим. Пояснюється це тим, що відповідно до ст. 46 Закону адвокатське самоврядування здійснюється через діяльність: конференцій адвокатів регіону; рад адвокатів регіону; кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури; Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури;

ревізійних комісії адвокатів регіонів; Вищої ревізійної комісії адвокатури; ради адвокатів України; з'їзду адвокатів України. Отже, одним із органів адвокатського самоврядування є рада адвокатів регіону, яку потрібно повідомляти про застосування до адвоката запобіжного заходу.

Окремо розглянемо зміст такого повідомлення. Загальне поняття повідомлення наведено у ст. 111 КПК України. Повідомлення у кримінальному провадженні є процесуальною дією, за допомогою якої слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд повідомляє певного учасника кримінального провадження про дату, час і місце проведення відповідної процесуальної дії або про прийняте процесуальне рішення чи здійснену процесуальну дію. Повідомлення учасників кримінального провадження з приводу вчинення процесуальних дій здійснюється в разі, якщо участь цих осіб у таких діях не є обов'язковою. Повідомлення у кримінальному провадженні здійснюється у випадках, передбачених КПК України, у порядку, передбаченому главою 11 цього Кодексу, за винятком положень щодо змісту повідомлення та наслідків неприбуття особи.

Зміст повідомлення визначено у ст. 112 КПК України. У ньому має бути зазначено: прізвище та посада слідчого, прокурора, слідчого судді, найменування суду, який здійснює повідомлення; адреса установи, що здійснює повідомлення, номер телефону чи інших засобів зв'язку; ім'я (найменування) особи, яка повідомляється, її адреса; найменування (номер) кримінального провадження, у

рамках якого здійснюється повідомлення; процесуальний статус, у якому перебуває особа, яка повідомляється; дата, час і місце проведення процесуальної дії, про яку повідомляється особа; інформація про процесуальну дію (дії), яка буде проведена, або про здійснену процесуальну дію чи прийняте процесуальне рішення, про які повідомляється; вказівка щодо обов'язкової участі в процесуальній дії її проведення без участі особи, яка повідомляється, в разі її неприбуття.

Аналіз статей 111, 112 КПК України дозволяє дійти **висновку**, що вони не можуть бути застосовані для повідомлення регіональної ради адвокатів про застосування щодо адвоката запобіжного заходу. Пояснюється це тим, що такий орган не є учасником кримінального провадження. Тому вважаємо, що главу 37 КПК України доцільно доповнити положенням про вимоги до змісту такого повідомлення. На нашу думку, у ньому слід зазначити такі дані: найменування та адреса суду, що здійснює повідомлення, номер телефону чи інших засобів зв'язку; орган адвокатського самоврядування, що повідомляється; дата постановлення ухвали про застосування запобіжного заходу; підпис судді, який здійснює повідомлення.

Список використаних джерел

1. Фаринник В. І. Затримання особи на досудовому розслідуванні // Юридичний вісник України. – 2012. – № 4.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Наук.-практ. коментар. – Х., 2013. – 1104 с.

Стаття надійшла до редакції 25.11.2014 р.

In the article are described features of advocate's detention and application to him of suppression measure within the framework of current criminal judicial legislation. The legal and organizational problems of application of these measures of judicial compulsion are analyzed.

В статті розглядаються особливості задержання адвоката і застосування до нього заходів пресечення в рамках діючого кримінального процесуального законодавства, аналізуються правові і організаційні проблеми застосування цих заходів процесуального припущення.



УДК 343.164

Євгеній Смирнов,*адвокат, здобувач кафедри кримінального процесу
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*

СТАТУС ЗАХИСНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ДОКАЗУВАННЯ У КРИМІНАЛЬНОМУ СУДОЧИНСТВІ

У статті досліджуються статус захисника як суб'єкта доказування, положення Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, які наділяють захисника правом збирати докази, ініціювати процес збирання доказів іншими суб'єктами кримінально-процесуальних відносин.

Ключові слова: кримінальний процес, захисник, адвокат, докази, суб'єкти доказування, процес доказування, статус захисника.

Ефективність виконання функції захисту прав і свобод підозрюваного (обвинуваченого) безпосередньо залежить від можливості захисника (адвоката) бути активним суб'єктом процесу доказування, самостійно збирати та подавати докази, що свідчать про невинуватість підзахисного або тих, що здатні пом'якшити його відповідальність. Однак лише нормативне визнання у ст. 22 КПК України змагальності сторін і свободи у поданні ними суду своїх доказів, як однієї із засад кримінального провадження без існування чіткої системи гарантій, не здатне саме собою забезпечити дієвість норми на практиці. У зв'язку з цим набуває актуальності питання дослідження статусу захисника як суб'єкта доказування у кримінальному судочинстві України. Особливо це питання актуалізується в умовах застосування на практиці положень КПК України, прийнятого 13.04.2012 р. реєстраційний номер 4651-VI.

Слід зазначити, що в теорії кримінального процесу вже були спроби дослідити статус захисника або адвоката як суб'єкта доказування такими вченими та практиками, як А. Давлетов, К. Каліновський, В. Камишин, І. Краскова, В. Кудрявцев, Є. Мартинчик, С. Стахівський, В. Тертишник, О. Яновська, Г. Горський, Л. Кокорев, П. Елкінд [1–10] та іншими. Однак всі вони були здійсненні за часів функціонування КПК України, прийнятого ще у 1960 р., або ж стосувалися процесуальної регламентації його статусу в інших державах.

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні процесуального статусу захисника як одного з самостійних суб'єктів доказування у кримінальному судочинстві.

Цілком слушно окремі вчені зазначають: якщо є професійне обвинувачення, то повинен бути і професійний захист [9, с. 163]. Зазначене підтверджується положенням ст. 45 КПК України, в якій зазначено, що захисником може бути адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію). Крім того, у ч. 2 зазначеної норми встановлено додаткове обмеження щодо залучення адвоката як захисника: захисником не може бути адвокат, відомості про якого не внесені до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого у Єдиному реєстрі адвокатів України є відомості про зупинення чи припинення права на зайняття адвокатською діяльністю.

Загально визнаним у теорії кримінального процесу є твердження про те, що у доказуванні беруть участь особи, які відносяться до суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності¹. Однак таке визначення, на думку С. Стахівського, не дає уявлення про їх роль у проведенні швидкого та повного розслідування, про їх права й обов'язки у процесі доказування [7, с. 38]. Слід зазначити, що за

¹Слід зазначити, що норми чинного КПК України не містять такого терміна, як «суб'єкти кримінально-процесуальної діяльності»; в них застосовується термін «учасники кримінального провадження» (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК). Вказані терміни не є тотожними, оскільки суб'єктами кримінально-процесуальних відносин може бути визнане ширше коло осіб.

КПК України 1960 р. могла існувати дискусія щодо переліку суб'єктів доказування та доцільності віднесення до них захисника [8, с. 55]. Хоча окремі вчені вже на той час обґрунтовано відносили захисника до суб'єктів доказування, наприклад, поділяючи їх взагалі на три групи: особи, на яких покладено обов'язок всебічного, повного й об'єктивного дослідження обставин справи; учасники процесу, які особисто зацікавлені у вирішенні справи та їх представники; адвокати, які виступають у кримінальному процесі захисниками підозрюваного (обвинуваченого) [7, с. 40–41; 10, с. 222–223]. У новому КПК України таке право захисника закріплено у статтях 22 та 93. Проте вказана обставина не виключає можливості неоднозначного тлумачення положень КПК України на практиці, передусім у випадках, коли йдеться про рівність прав слідчого, прокурора та захисника на збирання доказів.

Положеннями статей 45–54 КПК України встановлює процесуальний статус захисника як суб'єкта сторони захисту у кримінальному процесі. У зв'язку з цим під час залучення до кримінального провадження захисник зобов'язаний здійснювати збирання доказів усіма дозволеними процесуальним законом засобами. Захисник є самостійним у своїй процесуальній діяльності, реалізує свої права відповідно до положень КПК України, дії принципу (засади) змагальності сторін і презумпції невинуватості. Крім того, згідно з КПК України *заборонено доступ* до речей і документів, які мають відношення до листування або інші форми обміну інформацією між захисником та його клієнтом чи будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги; також заборонено доступ до об'єктів, які додані до такого листування або інших форм обміну інформацією (ст. 161).

Важливе значення має право захисника *не надавати прокурору доступ* до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення під час їх відкриття в порядку, передбаченому абзацом 2 ч. 6 ст. 290 КПК України. У той самий час кримінально-процесуальний закон наділяє захисника правом клопотати перед слідчим або прокурором про ознайомлення з матеріалами досудового розслідування до його завершення, в порядку, передбаченому ст. 221 КПК.

Як зазначає О. Яновська, ефективність діяльності будь-якого суб'єкта кримінально-процесуальних відносин, у тому числі його активність як сторони у кримінальному процесі, безпосередньо залежить від ефективності його включеності в процес доказуван-

ня. При цьому вона звертає увагу на те, що участь сторони захисту у доказуванні з огляду на презумпцію невинуватості розглядається в теорії кримінального процесу як *право, а не обов'язок*, доведення невинуватості або меншої винуватості підозрюваного (обвинуваченого) [9, с. 162]. Однак вважаємо за необхідне констатувати, що пасивна поведінка захисника у змагальному кримінальному процесі, перш за все під час збирання доказів та їх перевірки на допустимість, достатність, достовірність і належність, може вплинути на якість захисту та формулювання судом остаточного рішення у провадженні.

Відповідно до положень ч. 2 ст. 22 КПК України сторони кримінального провадження мають рівні права на збирання та подання до суду речей, документів та інших доказів. Проте така законодавча рівноправність сторін уточнюється ч. 3 ст. 93 КПК України, де зазначено, що сторона захисту, по-перше, може лише ініціювати проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій шляхом подання клопотання в порядку передбаченому ст. 220 КПК України, до слідчого або прокурора; по-друге, має право на витребування й отримання речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок тощо.

Оскільки процес доказування за своїм змістом полягає у збиранні, перевірці й оцінці доказів із метою встановлення обставин, що мають значення для кримінального провадження (ч. 2 ст. 91 КПК України), то очевидно, що сторона захисту не має рівних прав із стороною обвинувачення на етапі досудового розслідування по збиранню доказів (адже у більшості випадків вона має право не на їх пряме збирання, а лише на ініціювання проведення відповідних слідчих чи процесуальних дій), крім випадків *проведення експертизи* (ч. 1 ст. 242 КПК України) й *отримання тимчасового доступу до речей і документів* (ч. 1 ст. 160 КПК України). Іншими словами, лише в двох із загальної кількості процесуальних і слідчих дій, спрямованих на збирання доказів, сторона захисту має рівні права із стороною захисту на початок їх проведення.

Зрозуміло, що однією з гарантій законності дій слідчого та прокурора під час розгляду таких клопотань є право сторони захисту оскаржити в порядку, передбаченому ст. 303 КПК України, рішення слідчого, прокурора про відмову в задоволенні клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій – особою, якій відмовлено у задоволенні клопотання, її представником, законним представником чи захисником. Однак, по-перше, *докази можуть збиратися* не лише слідчими, а

й процесуальними діями, а право оскарження останніх у випадку їх не проведення слідчим чи прокурором на підставі п. 7 ч. 1 ст. 303 КПК у сторони захисту не передбачено. По-друге, *докази мають властивість втрачатися з часом, псуватися, що, як наслідок, у подальшому знівелює можливість їх використання у процесі доказування без своєчасної та належної процесуальної фіксації.*

Прогресивними, на нашу думку, є положення КПК України, які дозволяють сторони захисту самостійно залучати експертів на договірних засадах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової (ч. 2 ст. 243). Крім того, експерт може бути залучений слідчим суддею за клопотанням сторони захисту у випадках:

- коли вона не може залучити експерта самостійно *через відсутність коштів* чи з інших об'єктивних причин;

- коли для вирішення питань, що *мають істотне значення* для кримінального провадження, необхідне залучення експерта, але сторона обвинувачення не залучила його або на вирішення залученого стороною обвинувачення експерта були поставлені запитання, що не дозволяють зробити повний і належний висновок з питань, для з'ясування яких необхідне проведення експертизи, або існують достатні підстави вважати, що залучений стороною обвинувачення експерт унаслідок відсутності у нього необхідних знань, упередженості чи з інших причин надасть або надав неповний чи неправильний висновок. Така законодавча новела не повинна призвести до конкуренції висновків експертів з боку сторони обвинувачення чи захисту, оскільки відповідно до загальних правил жодний доказ не має наперед встановленої сили (ч. 2 ст. 94 КПК України).

Таким чином, результати системного аналізу положень КПК України свідчать, що сторона захисту здійснює збирання доказів шляхом:

- *витребування й отримання* від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб *речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій, актів перевірок;*

- ініціювання проведення *слідчих (розшукових) дій;*

- ініціювання проведення *негласних слідчих (розшукових) дій;*

- ініціювання проведення *судових і судово-медичних експертиз* у випадку їх не проведення стороною обвинувачення;

- ініціювання проведення *інших процесуальних дій*, а також шляхом здійснення інших дій, що здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів;

- ініціювання *оскарження рішень, дій або бездіяльності* слідчого (прокурора) в межах положень ст. 303 КПК України, які за своїм змістом свідчать про відмову сторони обвинувачення збирати докази за клопотанням сторони захисту.

Також слід пам'ятати, що до захисника як самостійного суб'єкта доказування висуваються ті самі вимоги щодо дотримання процесуальної форми, що і до слідчого чи прокурора. У зв'язку з цим В. Кудрявцев розглядає одне із складних питань у теорії кримінального процесу, а саме – право захисника на проведення паралельного розслідування як засобу збирання доказів [5, с. 68–69]. На нашу думку, вказаний вид діяльності захисника не може отримати в Україні належну процесуальну форму, оскільки у зарубіжних країнах, де таке право надається стороні захисту (наприклад, США), практично відсутня стадія досудового розслідування (відразу починається судовий розгляд справи). За існуючої стадійної побудови кримінального процесу України (без відмови від досудового розслідування) запровадження інституту паралельного розслідування або користування послугами детектива стороною захисту на практиці призведе до того, що за однією і тією ж подією сторони намагатимуться надати суду абсолютно протилежні результати розслідування, підтверджені документально. У зв'язку з цим така активна пошукова діяльність захисника на даному етапі може бути зведена лише до витребування вже існуючих документів, відібрання пояснень, отримання довідок, проведення експертиз щодо оцінки вже існуючих доказів, а не створення нових доказів за результатами діяльності захисника.

Висновки

Проведений аналіз дозволяє констатувати, що у чинному КПК України право сторони захисту на збирання доказів отримує все більше нормативне закріплення. Крім того, законодавець запровадив низку процесуальних гарантій і механізмів, завданням яких є унеможливлення або зведення до мінімуму випадків, де сторона обвинувачення ухилятиметься від свого процесуального обов'язку збирати докази за клопотанням (ініціативою) сторони захисту (наприклад, у статтях 22, 93, 161, 220, 242 та ін. КПК).

Безумовно, правозастосовна практика КПК України 2012 р. лише починає формуватися за одноманітним принципом, позбавляючись ознак територіального (своєрідного) тлумачення норм, що, як наслідок, повинно призвести до фактичного визнання слідчими та прокурорами захисника як рівноправного суб'єкта збирання доказів.

Враховуючи нагальну актуальність і невичерпність обраної теми, подальші наукові дослідження зазначеної проблематики доцільно провести за такими напрямками, як статус захисника як суб'єкт сторони захисту; право захисника на оскарження рішень, дій і бездіяльності слідчого або прокурора; процесуальні засоби фіксації, що дозволено застосовувати стороні захисту під час збирання доказів тощо.

Список використаних джерел

1. Давлетов А. Д. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. – 2003. – № 7. – С. 50–51.
2. Калиновский К. Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. – СПб., 2000. – Вып. 3. – С. 92–96.
3. Камышин В. А. Защитник как субъект собирання доказательств: желаемое и действительное // Вестник Одес. ун-та. – 2005. – № 3. – С. 61–64.

4. Краскова И. С. Защитник как субъект доказывания на досудебных стадиях уголовного процесса // Российский следователь. – 2008. – № 1. – С. 18–20.

5. Кудрявцев В. Л. Процессуальные и криминалистические основы деятельности адвоката-защитника в российском уголовном судопроизводстве. – М., 2006. – 176 с.

6. Мартынич Е. Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. – 2003. – № 6. – С. 21–29.

7. Стахівський С. М. Теорія і практика кримінально-процесуального доказування. – К., 2005. – 272 с.

8. Тертишник В. М., Слинько С. В. Теорія доказів у кримінальному процесі України. – Х., 1998. – 256 с.

9. Яновська О. Г. Концептуальні засади функціонування і розвитку змагального кримінального судочинства. – К., 2011. – 303 с.

10. Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Элькин П. С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. – Воронеж, 1978. – 303 с.

Стаття надійшла до редакції 15.11.2014 р.

In the present article the author explores the status of the defender as a subject of proof. Analyzed norms of the CPC of Ukraine, entitling rights of defenders to collect evidence, to initiate the process of gathering evidence by other subjects of criminal procedure relations.

В статті досліджуються статус захисника як суб'єкта доказування, положення УПК України, надаючі захисника правом собирання доказування, ініціювати процес збирання доказування іншими суб'єктами кримінально-процесуальних відносин.



УДК 342.721 : 340.142

Каріна Завгородня,*ад'юнкт кафедри кримінального процесу
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ,
старший лейтенант міліції*

ЗАСТОСУВАННЯ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ

У статті розглядаються питання застосування практики Європейського суду з прав людини стороною захисту під час досудового розслідування, висвітлюються проблемні аспекти застосування практики Страсбурзького суду таким суб'єктом сторони захисту, як захисник.

Ключові слова: застосування, практика Європейського суду з прав людини, рішення слідчого та прокурора, досудове розслідування, сторона захисту, захисник, адвокат, підозра, запобіжний захід.

Особливий статус практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд, Страсбурзький суд) для національного кримінального судочинства закріплений у ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-VI (далі – Закон № 3477-VI), а також статтях 8 і 9 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Відповідно до вказаних положень практика ЄСПЛ стала додатковим інструментом ефективного захисту прав і свобод особи під час кримінального провадження [1]. Проблема застосування практики ЄСПЛ стороною захисту під час досудового розслідування для обґрунтування власної правової позиції пов'язана з тим, що захисники (практикуючі адвокати) як суб'єкти з боку сторони захисту через різні причини виявилися недостатньо готові до використання та впровадження у свою діяльність правових позицій ЄСПЛ. Вивчення матеріалів слідчо-судової практики засвідчило, що в більшості випадків посилання на практику ЄСПЛ (починаючи з 20.11.2012 р.) здійснюється захисниками *абстрактно* (без вказівок на конкретне рішення цього органу) або *типово* (на одні й ті самі рішення Суду без чіткого усвідомлення їх змісту).

Своєчасність і необхідність дослідження зумовлені тим, що обґрунтувати свої дії та рішення практикою ЄСПЛ можуть не всі суб'єкти кримінального судочинства. Так, слідчі, звертаючись із клопотанням про ініціювання обрання особі запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою (фактично із клопотанням про обмеження особі її права на

свободу), не можуть обґрунтувати зазначене процесуальне рішення практикою Суду, оскільки такі дії матимуть характер квазізастосування положень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. (далі – ЄКПЛ). Саме тому обрану тему дослідження доцільно розглядати на прикладі сторони захисту, а саме – таких її суб'єктів, як захисники, оскільки саме вони повною мірою можуть реалізувати захист особи підозрюваного, а також ефективно оскаржувати рішення, дії або бездіяльність слідчих і прокурорів.

Проблеми застосування практики ЄСПЛ стороною захисту під час досудового розслідування вже були предметом наукових дискусій у працях таких учених і практиків, як Г. Алейніков, Н. Борзих, І. Вань, А. Вишневський, О. Капліна, Б. Маланчук, В. Сліпченко, В. Уваров, О. Яновська [2–9]. Проте вказані дослідження лише фрагментарно торкаються проблемних питань застосування практики ЄСПЛ під час досудового розслідування, оскільки не розкривають процесуальні особливості застосування саме стороною захисту, зокрема й захисниками, практики Суду під час оскарження дій слідчого та прокурора, а також під час збирання та перевірки доказів.

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні наявних особливостей і нагальних проблем при застосуванні стороною захисту практики Страсбурзького суду.

Аналіз наукової літератури свідчить, що, на думку деяких учених, практика ЄСПЛ не є обов'язковою для слідчих, прокурорів, слід-

чих суддів, а також інших учасників кримінального провадження. Так, Ю. Попов чітко розмежує обов'язковість юрисдикції Суду та практики Суду, вважаючи останню не обов'язковою для національного суду [10]. На думку К. Андріанова, рішення Суду, у тому числі у справах, де держава виступає відповідачем, однозначно не є обов'язковими для національних правозастосовчих органів – безпосередньо в силу норм Конвенції як норм міжнародного права [11, с. 18].

На нашу думку, наукові позиції зазначених учених є доволі дискусійними, оскільки обов'язковість застосування практики ЄСПЛ нормативно закріплена у КПК України, а також у Законі № 3477-VI. Крім того, системний аналіз судової практики свідчить, що застосування практики ЄСПЛ особливо ефективне і навіть необхідне у випадку неврегульованості окремих питань кримінального судочинства національним законодавством. Саме тому, пропонуємо розглянути конкретні випадки, коли застосування стороною захисту, у тому числі адвокатами, практики ЄСПЛ має бути обов'язковим і особливо ефективним.

При перевірці наявності обґрунтованої підозри. Наприклад, ч. 2 ст. 177 КПК України встановлює, що підставою застосування запобіжного заходу є існування обґрунтованої підозри. При цьому у самому КПК України визначення поняття «обґрунтована підозра» не закріплене, як власне воно не закріплене і в ст. 5 ЄКПЛ. Проте саме в рішеннях ЄСПЛ міститься визначення поняття «обґрунтована підозра», або, як ще його називає сам Суд, «розумна підозра».

На нашу думку, дослідження вказаного стандарту кримінального судочинства заслуговує на особливу увагу. Незважаючи на те, що повідомлення про підозру не може бути оскаржене, відповідно до ч. 1 ст. 303 КПК України саме наявність обґрунтованої підозри є основною підставою для обрання підозрюваному конкретного виду запобіжного заходу.

На підтвердження вказаної позиції доцільно навести рішення ЄСПЛ у справі «Фокс, Кемпбел та Хартлі проти Сполученого Королівства», в якому Суд зазначив, що існування «обґрунтованої підозри» свідчить про наявність фактів і доказової інформації, які, разом із іншими обставинами справи, зможуть переконати суб'єкта, уповноваженого приймати процесуальні рішення, у тому, що саме ця особа вчинила правопорушення [12]. При цьому захисникові слід пам'ятати про те, що вимога розумної підозри містить у собі два аспекти: по-перше, розумна підозра має існувати за правопорушення, передбачене відповідною статтею закону про кримінальну відповідальність; по-друге, мають бути доведені обставини, які викликають підозру щодо причетності конкретної особи до розслідуваного злочину [13]. Саме тому, розглядаючи питання «розумної підозри» в зазначеному контек-

сті, доцільно звернути увагу на правову позицію ЄСПЛ у справі «Влох проти Польщі», відповідно до якої підозра не може вважатися розумною, якщо дії чи обставини, що ставляться в провину підозрюваному, не передбачені однією із статей Кримінального кодексу (далі – КК), яка б визначала поведінку особи як злочинну [14].

Із метою зміни кваліфікації діяння особи на менш тяжкий злочин або обґрунтування відсутності складу злочину в діяннях особи. Продовжуючи аналізувати практику ЄСПЛ, доцільно розглянути рішення Суду у справі «Стіл та інші проти Сполученого Королівства». У цій справі заявники були заарештовані, оскільки їх дії кваліфікувалися органами розслідування як порушення громадського порядку. Однак ЄСПЛ, з'ясувавши, як національні суди тлумачили поняття «порушення порядку», зробив висновок про те, що у поведінці заявників не було нічого злочинного, відповідно – дії заявників не утворювали складу злочину [15].

Зазначені факти вказують на те, що національні суди зобов'язані оцінювати фактичні обставини справи і надавати їм відповідну юридичну кваліфікацію самостійно, незалежно від того, яка кваліфікація була надана під час досудового розслідування. При цьому захисники повинні акцентувати увагу слідчих і слідчих суддів на зазначених обставинах та наполягати на перевірці кваліфікації діяння особи. Наприклад, якщо особи повідомлено про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 307 КК України, то захисник повинен зосередити увагу на дослідженні достатності доказів про те, що саме збут наркотичних засобів становив мету діяння.

Під час спростування достатності та допустимості доказів для обґрунтування дій і рішень слідчого, які потребують погодження слідчого судді. Що стосується вимоги достатності та допустимості доказів, які покладені в обґрунтування підозри, то слід пам'ятати, що розумна підозра вимагає існування в матеріалах кримінального провадження конкретних доказів на її підтвердження [13]. Так, розглядаючи справу «Фокс, Кемпбел та Хартлі проти Сполученого Королівства», Суд встановив, що затримання заявників та їх подальше тримання під вартою ґрунтувалися лише на щирому переконанні органів розслідування у тому, що вони є терористами. Однак представники уряду так і не змогли навести Суду фактично існуючі відомості в матеріалах кримінального провадження на підтвердження такої підозри [12]. В іншому своєму рішенні по справі «Харченко проти України», яке стало для України «пілотним», ЄСПЛ визнав системною проблемою відсутність обґрунтування у рішеннях про тримання під вартою. Страсбурзький суд встановив, що рішення національного суду містили стандартний набір

підстав тримання заявника під вартою без розгляду їх правдоподібності в контексті даного кримінального провадження [16].

На підтвердження вказаної позиції вважаємо за доцільне навести приклади з національної судової практики, наприклад, ухвалу слідчого судді Обухівського районного суду Київської області від 14.01.2014 р. по справі № 372/253/14-к. Під час розгляду клопотання слідчого про застосування відносно підозрюваного запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту слідчий суддя не перевіряв доведеності існування ризиків, передбачених ст. 177 КПК України, абстрактно вказавши на те, що поданими матеріалами підтверджується, що підозрюваний може переховуватися від органів досудового розслідування та суду, а також незаконно впливати на свідків у цьому кримінальному провадженні [17].

Також, вважаємо за доцільне навести інший приклад із національної судової практики, а саме – ухвалу слідчого судді Обухівського районного суду Київської області від 15.11.2013 р. по справі № 372/5468/13-к. У даному випадку слідчий суддя під час розгляду клопотання слідчого про застосування відносно підозрюваного запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою не тільки перевіряв матеріали кримінального провадження, які підтверджували існування обґрунтованої підозри, а й дослідив обставини, що підтверджують існування ризиків, передбачених ст. 177 КПК України [18].

Наведені приклади національної судової практики, а також правові позиції ЄСПЛ свідчать про наявність проблем із правозастосуванням у слідчих, прокурорів і слідчих суддів, а також про недостатньо ефективну діяльність захисника, оскільки несвоєчасне акцентування захисником уваги вказаних осіб на прогнозованих (можливих) порушеннях прав підозрюваного може призвести до їх реального існування (наприклад, несвоєчасне оскарження рішень, дій чи бездіяльності слідчого або прокурора можуть привести до обрання невідповідного виду запобіжного заходу, порушення вимоги «розумності строків» тощо).

На особливу увагу заслуговують проблемні аспекти застосування захисниками практики ЄСПЛ під час збирання та перевірки доказів на стадії досудового розслідування. Із прийняттям нового КПК України було встановлено процесуальну рівність сторони захисту й обвинувачення у збиранні та поданні доказів, закріплено право сторони захисту на проведення експертизи та надання її результатів як доказів (ст. 22, п. 8 ч. 3 ст. 42, частини 4, 5 ст. 46, ч. 3 ст. 93 КПК України). Крім того, в даному випадку необхідно враховувати правову позицію Конституційного Суду України, викладену ним у рішенні від 20.11.2011 р. № 12-рп/2011. На думку Конституційного Суду визнаватися допустимими і використовуватися як докази в кримінальному провадженні

можуть лише фактичні дані, одержані відповідно до вимог кримінального процесуального законодавства. Іншими словами, для суду не має значення збирання доказів, основним є дотримання під час цього критерію допустимості [19].

Для отримання доступу до матеріалів кримінального провадження до закінчення досудового розслідування. На будь-якому етапі кримінального провадження сторони захисту має бути забезпечене право мати доступ до матеріалів провадження (можливо не в повному обсязі, але в такому, який забезпечував би сторону захисту інформацією, необхідною для ефективного здійснення його функції у кримінальному процесі). В даному випадку вважаємо за доцільне дослідити правову позицію Суду у справі «Ламі проти Бельгії», де було встановлено, що заявник скаржився на те, що ні він, ні його захисник не мали доступу до матеріалів слідства, коли постановою про арешт санкціонувалася судом першої інстанції, а також коли він звертався до апеляційного суду. Суд, розглядаючи цю справу, вказав, що доступ до матеріалів провадження надав би стороні захисту можливість посилатися перед судом на заяви та показання інших осіб, затриманих разом із заявником, а також ефективно відстоювати у суді необґрунтованість затримання та тримання під вартою [20]. Аналогічну правову позицію Суд висловив у своєму рішенні по справі «Фіт проти Сполученого Королівства», наголосивши на тому, що органи досудового слідства зобов'язані повідомляти стороні захисту всі відомі їм виправдальні й обвинувальні докази, які стосуються провадження [21]. Однак слід пам'ятати, що право сторони захисту бути ознайомленим із усіма доказами не є абсолютним і може порушуватися задля забезпечення інтересів досудового розслідування, державної безпеки, захисту свідків тощо. Саме така правова позиція ЄСПЛ знайшла своє відображення у рішенні по справі «Роу та Дейвіс проти Сполученого Королівства» [22].

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що у контексті реалізації принципу змагальності сторін під час кримінального провадження важливого значення набуває протестна діяльність захисника та «адвокатське розслідування». Саме під час здійснення зазначених видів діяльності ключову роль відіграє практика ЄСПЛ, оскільки правові позиції, висловлені Судом, можуть бути покладені в обґрунтування клопотань і скарг захисника, а також застосовуватися ним у доказовій діяльності під час збирання та перевірки доказів. Застосування практики ЄСПЛ з метою обґрунтування дій і рішень захисників забезпечить здійснення ефективного й успішного захисту інтересів осіб у кримінальному процесі, сприятиме ефек-

тивній практичній реалізації положень КПК України, а також формуванню однакової слідчо-судової практики щодо застосування запобіжних заходів.

Запропоноване нами дослідження є лише початковим кроком на шляху проведення ґрунтовних теоретичних напрацювань за такими напрямками, як нормативні підстави застосування практики ЄСПЛ під час кримінального судочинства України; застосування практики ЄСПЛ з метою недопущення безпідставного обмеження стороною обвинувачення свободи й особистої недоторканності особи під час судового розслідування; особливості застосування практики ЄСПЛ у кримінальному судочинстві України.

Список використаних джерел

1. *Юридичне* Бюро Єгоров, Пугінській, Афанасьєв і партнери // Юрид. газета [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.eprav.ua/ukr/publications/view/quotayuridichna-gazetaquot-publku-komentar-sergya-grebenyuka>.
2. *Алейніков Г. Л.* Використання рішень Європейського Суду при обранні запобіжного заходу у вигляді взяття під варту // Реформування законодавства з питань протидії злочинності в контексті євроінтеграційних прагнень України: матеріали всеукр. наук.-практ. конф. – Запоріжжя, 2006. – С. 31–35.
3. *Борзих Н. В.* Діяльність захисника щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного та обвинуваченого в кримінальному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://advokat-dnepropetrovsk.com/avtoferaty-advokatura/139-2012-12-11-20-10-03>.
4. *Методичні* рекомендації для адвокатів щодо здійснення захисту, гарантованого державою [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ulaf.org.ua/wp-content/uploads/2013/12/BPD_metodichka1.pdf.
5. *Капліна О. В.* Правозастосовне тлумачення норм кримінально-процесуального права. – Х., 2008. – 296 с.
6. *Маланчук Б.* Особливості статті 3 ЄКПЛ крізь призму основних принципів тлумачення Конвенції // Право України. – 2011. – № 7 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.informapressa.com/article-1098.html>.
7. *Сліпченко В. І.* Вплив практики Європейського суду з прав людини на формування положень нового КПК України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.dduvs.dp.ua/assets/files/news3/KPK/3.docx>.
8. *Уваров В. Г.* Проблеми підстав затримання та взяття підозрюваного під варту в контексті європейських стандартів // Науковий вісник Міжнародного гуманітарного ун-ту. – 2011. – № 2.
9. *Яновська О.* Протестна діяльність адвоката в кримінальному провадженні (окремі питання правозастосування) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://xn--80aafh5ax4a2e.dn.ua/files/2014/naau_ugolovnom_proizvodstv.pdf.
10. *Попов Ю.* Рішення Європейського суду з прав людини як переконливий прецедент: досвід Англії та України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://popov-yuyu.narod.ru/28_ECHR_case-law.htm.
11. *Андріанов К. В.* Роль контрольного механізму Конвенції про захист прав і основних свобод людини в процесі реалізації її норм: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 18 с.
12. *Case of Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom – Russian Translation* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100733>.
13. *Бущенко А.* Тактика захисту права на свободу в межах кримінального процесу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://library.khpg.org/files/docs/1326276397.pdf>.
14. *Case of Włoch v. Poland* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58893>.
15. *Case of Steel and others v. The United Kingdom* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58240>.
16. *Офіційний веб-портал* Судова влада України: Справа «Харченко проти України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://cna.court.gov.ua/sud2590/2536/233223/12321/>.
17. *Ухвала* Обухівського районного суду Київської області від 14.01.2014 р. по справі № 372/253/14-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36607528>.
18. *Ухвала* Обухівського районного суду Київської області від 15.11.2013 р. по справі № 372/5468/13-к [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/35250169>.
19. *Рішення* Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України № 12-рп/2011 від 20.11.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11>.
20. *Case of Lamy. v. Belgium* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57514>.
21. *Case of Fitt v. The United Kingdom* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58833>.
22. *Case of Rowe and Davis v. The United Kingdom* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58496>.

Стаття надійшла до редакції 15.11.2014 р.

The article deals with the application of the European Court of Human Rights by the defense during the pre-trial investigation, highlights the problematic aspects of the practice of the Strasbourg Court in such a representative of the defense, as a defender.

В статтє рассматриваются вопросы применения практики Европейского суда по правам человека стороной защиты в ходе досудебного расследования, освещаются проблемные аспекты применения практики Страсбургского суда таким представителем стороны защиты, как защитник.



УДК 341.1/8; 342.5

Олександр Береза,канд. юрид. наук,
м. Київ

МОРСЬКА БЕЗПЕКА УКРАЇНИ: організаційно-правові засади (частина I)

У статті розглядаються організаційно-правові засади морської безпеки України, окреслені основні аспекти проблеми, пропонуються підходи щодо підвищення морської безпеки України, вдосконалення її правового забезпечення.

Ключові слова: морська безпека України, доктрина морської безпеки, стратегія морської безпеки, національна безпека.

Сучасне світове співтовариство досягло нового рівня у своєму розвитку, де Світовий океан з його ресурсами набув визначального значення. Морські простори завжди слугували шляхами, що об'єднували нації світу, створювали передумови для міжнародного спілкування. Сприятливі умови для роботи та відпочинку завжди привертали увагу людини до морського і річкового узбережжя, які стали місцем постійного проживання для мільйонів людей. Порти, суднобудування, судноремонт, пасажирські та вантажні перевезення є вагомими складовими економічного потенціалу прибережних регіонів, утворюють важливі елементи інфраструктури держави в цілому. Але особливого значення в останні десятиліття набули енергетичні ресурси та відновлювальна енергетика відкритого моря, рибальство, продовольча галузь на основі морських біотехнологій, фармацевтична продукція із застосуванням морських компонентів.

Світовий океан розкриває перед людиною нові можливості у реалізації свобод, визначає нову філософію її духовного життя та споживання матеріальних благ. На важливість Океану для сучасного суспільства вказують положення численних правових матеріалів, доктрин, концепцій, стратегій, директив держав світу. Посилення значення Світового океану зумовлює необхідність нових підходів до безпеки людини, вдосконалення системи та стандартів міжнародної морської безпеки відповідно до нових світових реалій.

Різноманітним питанням морської безпеки присвятили свої праці вітчизняні учені, серед яких Г. Анцелевич, Л. Вагущенко, Г. Вільський, С. Горчаков, І. Дмитриченко, С. Дьомін, В. Кондрашихин, Л. Козирь, В. Кошевой, А. Мальцев, Л. Позолотін, В. Прусс,

А. Степаненко, В. Топалов, В. Торський, О. Щипцов. Наукові дослідження українських науковців з протидії насильству на морі, захисту морського довкілля, регулювання використання живих ресурсів Океану, навігаційної безпеки, безпечного транспортування вантажів водними шляхами, технічного й інформаційного забезпечення судноплавства, підготовки персоналу є важливими складовими у попередженні загроз людському життю на морі та подальшому ствердженні правового принципу свободи відкритого моря. Позиції багатьох вітчизняних учених збігаються на думці щодо необхідності нового міжнародного правопорядку у галузі морської безпеки, його адекватності сьогоденню [1; 2; 3].

Мета цієї статті полягає у з'ясуванні особливостей організаційно-правового забезпечення морської безпеки України, його відповідності глобальним безпековим тенденціям і напрямів подальшого вдосконалення.

Морська безпека як явище набула особливого значення внаслідок суттєвих змін у світовій морській галузі в останні роки й істотного впливу галузі майже на всі сфери людського життя. У віддалених від морського узбережжя регіонах людина все більше відчуває на собі вплив Океану. Не має значення, чи такий вплив відчувається у нових продуктах харчування в результаті їх переміщення, чи це зміни економічного характеру через застосування морського транспортування, в результаті якого населення отримує належну заробітну плату та користується благами цивілізації [4].

Посилення значення Океану для людського життя відбувається в умовах глобально-

го потепління, яке негативно впливає на клімат і життя людей, загострює питання безпеки. Вдосконалення організаційно-правового забезпечення морської безпеки України є одним із чинників підвищення її рівня і втілення нових стандартів безпеки у національному просторі. Слід зазначити, що держави Європейського Союзу і Сполучені Штати Америки мають різні підходи до низки стандартів морської безпеки [5], що вказує на невирішеність безпекових завдань.

Морська безпека – це складний об'єкт з особливою системою правових відносин, предметом яких є безпека людини у процесі використання вод Світового океану та його ресурсів. Відомо, що у системі суспільних відносин людина є найвищою цінністю, потреба безпеки якої є основною передумовою соціального руху. Тому першочерговим завданням сучасної держави є створення належної системи безпеки навколо людської діяльності як на своїх теренах, так і поза їх межамі. Розвинуті країни, перш за все ті, що набули статусу морських держав, приділяють особливу увагу питанням безпеки у морській галузі. Зокрема, питання безпеки людини у морській політиці таких держав, як Норвегія, Фінляндія, Данія, Нідерланди, Великобританія та Європейський Союз, є традиційно пріоритетними. Зближення Української держави з Європейським Союзом зумовлює необхідність перегляду положень морської безпеки, їх удосконалення, з'ясування питань організаційного та правового забезпечення, фінансування тощо.

Слід зазначити, що 24.06.2014 р. Рада ЄС прийняла «Стратегію морської безпеки Європейського Союзу»¹, що започаткувала новий етап у розвитку морської безпеки. У Стратегії проголошено, що її основою є фундаментальні цінності ЄС: права людини, її свободи та демократія. Стратегія морської безпеки ЄС спирається на чотири принципові засади: міжгалузевий підхід; функціональна інтеграція; дотримання норм права та його принципів; багатосторонній підхід у морських справах. Структурно Стратегія складається із семи розділів, які охоплюють найважливіші положення й умови розвитку морської безпеки ЄС. З усього поля Стратегії можна виокремити визначальні положення, важливі для розвитку морської безпеки України.

¹European Union Maritime Security Strategy as adopted by the Council (General Affairs) on 24 June 2014 [Електронний ресурс]: European Commission >Maritime Affaires. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/maritimeaffairs/policy/maritime-security/index_en.htm. – Назва з екрану. – Дата звернення 13.11.2014.

Об'єктом морської безпеки ЄС визначила морську галузь у її глобальному вимірі, а основним завданням морської безпеки є об'єднання зусиль на міжнародному, європейському та національному рівнях з метою попередження та захисту від потенційних загроз і ризиків для морської галузі. Саме глобальний характер морської безпеки визначає особливість завдання щодо її організації та формування правового забезпечення, запровадження необхідних структур і встановлення необхідних зв'язків. Об'єднання зусиль владних структур ЄС із структурами держав – членів ЄС дозволяє швидко реагувати на виклики у морській галузі, зберегти ресурси та суттєво підвищити рівень безпеки на глобальному рівні. Ще одним важливим аспектом Стратегії морської безпеки є її міжгалузєва основа. Зміст міжгалузєвого підходу полягає у поєднанні різних безпекових функцій держави: безпека мореплавства, захист морського середовища, контроль за рибальством, митний контроль, прикордонний контроль, правове забезпечення та правовий захист.

Глобальний і міжгалузєвий підходи до морської безпеки мають розглядатися як підґрунтя для вдосконалення організаційно-правового забезпечення морської безпеки Української держави в сучасних умовах посилення значення Океану. Базис правового забезпечення морської безпеки формується на засадах відповідного міжнародного, європейського та національного законодавства. Це Конвенція ООН з морського права 1982 р. (UNCLOS), інші основоположні конвенції та інструменти, зокрема інститут Міжнародного трибуналу з морського права (ITLOS), Міжнародна морська організація (ІМО), регіональні організації. Слід зазначити, що Стратегія морської безпеки ЄС є логічним результатом спільних зусиль держав – членів ЄС у процесі становлення ціннісних, технологічних та організаційно-правових засад морської безпеки. Українська держава має власний історичний шлях розвитку морської безпеки та має бути долучена до реалізації положень Стратегії ЄС з морської безпеки (як того вимагають окремі положення розглянутої Стратегії).

Проблематика організаційно-правових засад морської безпеки України у контексті сучасних вимог базується на основних правових категоріях: безпека людини, морська безпека, держава, територія, Світовий океан, які окреслюють простір об'єктності морської безпеки України, її положення у світовому правовому просторі. Об'єктність морської безпеки України у нашому дослідженні розглядається як система відносин на основі принципів морської безпеки та нормативно-

правового забезпечення, функцій відповідних державних і міжнародних організацій.

Правова парадигма морської безпеки України має розглядатись як неперервний процес утворення частини національного правового простору, основою якого є безпека людини у процесі її діяльності з використання вод та ресурсів Світового океану. Формування такого простору, його розвиток має бути завданням відповідних державних органів та організацій. Окреме місце у визначеній проблематиці посідає міжнародно-договірна база щодо морської безпеки, її становлення, розвиток і положення у правовому просторі.

Українська держава має давню історію участі у морських правовідносинах, становленні принципів морського права, у тому числі міжнародно-договірної практики. Від IX ст. Київське князівство, а згодом і Київська Русь, були учасниками морських правовідносин, що знайшло відображення у низці міжнародних угод, укладених з Візантією й іншими суб'єктами міжнародних відносин того часу. Історія тривалих взаємовідносин у морській сфері надає підстави для твердження, що в українському суспільстві сформувалася правосвідомість, яка знайшла втілення у звичаях, суспільній мотивації та розумінні значення морської галузі для розвитку громади й держави. Зокрема, незважаючи на об'єктивні несприятливі обставини, Українська держава продовжує розвивати морську галузь, є активним учасником міжнародних організацій, стороною багатьох міжнародних угод з морських відносин, підтримує активні наукові пошуки та здійснює підготовку морських фахівців.

Систему нормативно-правового забезпечення у визначеній галузі суспільних відносин складають Конституція України, кодекси України, закони України, укази Президента України, акти Уряду України, нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади. У Конституції України зазначено: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю» (ст. 3). Безпека людини як найвища соціальна цінність є ціннісною правовою основою всієї системи безпеки держави, її морської безпеки та формування системи нормативно-правових актів держави у морській галузі. Затверджена Указом Президента України «Стратегія національної безпеки України» від 12.02.2007 р. № 105/2007 визначила принципи, мету та завдання у розбудові системи національної безпеки України. Друга редакція «Стратегії національної безпеки України» затверджена Указом Президента України від 08.06.2012 р. за № 389/2012, де у ч. 9 розділу 1 стверджується, що ухвалена у

2007 р. стратегія національної безпеки України не стала керівним документом для практичної діяльності. Незважаючи на викладені у Стратегії можливі підстави для такого висновку, основною причиною її «поразки» можна вважати брак практичного забезпечення безпеки людини та механізмів її гарантування у суспільстві. Безпека у морській галузі забезпечується і поза юрисдикцією Української держави, здебільшого у полі міжнародно-договірної практики. Безпека людини як основоположна цінність у правовому забезпеченні морської безпеки, як основа функціонування безпеки як системи має бути гарантована незалежно від місця перебування особи у глобальній морській галузі.

У процесі ствердження основ морської безпеки України окреме положення належить інституту міжнародного договору. Міжнародний договір є механізмом формування засад регіональної та глобальної морської безпеки, запровадження необхідних колективних заходів за участю Української держави із забезпечення морської безпеки у різних регіонах світу. У контексті глобального та міжгалузевого підходів до морської безпеки набуває актуальності питання чинності міжнародних договорів для України відповідно до ст. 7 Закону України «Про правонаступництво України». Порушене питання є важливим з практичної точки зору, оскільки спрямоване на формування договірно-правової бази, яка має бути складовою процесу правового забезпечення морської безпеки України. Засади формування нормативно-правової бази держави у галузі торговельного мореплавства згідно із ст. 3 Кодексу торговельного мореплавства (далі – КТМ) України покладено на центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері транспорту, розробляє та затверджує нормативні документи з питань торговельного мореплавства, інструкції, правила перевезень вантажів, пасажирів, пошти та багажу, правила перевезень у прямому змішаному та прямому водному сполученні, які є обов'язковими для всіх юридичних і фізичних осіб. З метою реалізації державної політики у галузі безпеки торговельного судноплавства в Україні створено Державну інспекцію з безпеки на морському та річковому транспорті (Укрморречінспекцію).

Невід'ємним аспектом державної політики у сфері торговельного мореплавства є політика держави із захисту морського середовища. У контексті поглиблення впливу Океану на суспільні відносини захист морського середовища набуває нового значення для сучасного світу. Розвиток фармацевтичної галузі, хімії, енергетичної галузі, продовольства та інших сфер неможливо уявити без ви-

користання ресурсів моря, що вимагає посиленої уваги з боку держави до збереження морського довкілля. Такий підхід має відображатися у концептуальних підходах і втілюватися в основах морської політики держави та її організаційно-правових засадах. В Українській державі довкіллям опікується Міністерство екології, найголовніша функція якого – захист і відновлення водних ресурсів. У розділі 1 «Стратегії державної екологічної політики України на період до 2020 року» від 21.12.2010 р. наголошується, що посилення евтрофікація внутрішніх водойм є причиною погіршення стану Чорного і Азовського морів. З метою зменшення забруднення внутрішніх морських вод і територіально-моря Стратегією державної екологічної політики України передбачено запровадження інтегрованого управління водними ресурсами за басейновим принципом, що відповідає міжнародним підходам щодо поліпшення стану Чорного й Азовського морів. Відновлення екосистем Чорного й Азовського морів стало невідкладним завданням для України і держав, передусім, чорноморського басейну, яке може бути вирішене на засадах колективних зусиль. Україна є стороною низки міжнародних угод з екології, що віддзеркалює положення Української держави щодо збереження екосистем Чорного й Азовського морів.

Агресія Росії по відношенню до України викликала нові ризики та загрози у галузі безпеки торговельного мореплавства, захисту морського довкілля. Практика протидії Української держави цим загрозам зумовила нову потребу перегляду стратегії організаційно-правового забезпечення морської безпеки України. Формування оновленої стратегії морської безпеки України на основі договірно-правового підходу, участь Української держави у реалізації Стратегії морської безпеки ЄС має на меті запровадження міжна-

родних стандартів морської безпеки у національному просторі.

Висновки

Усталений розвиток організаційно-правового забезпечення морської безпеки України можливий за умов практичної реалізації фундаментальних засад щодо безпеки людини, гарантування її прав і свобод, захисту демократичного устрою суспільства.

Сучасні світові тенденції розвитку морської безпеки є основним чинником прискорення структурного впорядкування та систематизації організаційно-правового забезпечення морської безпеки України.

Реалізацію функцій держави у сфері морської безпеки України може бути покладено на спеціальний підрозділ Берегової охорони Військово-Морських Сил України.

Список використаних джерел

1. Анцелевич Г. А. История развития международного морского права. – К., 2008. – 348 с.
2. Анцелевич Г. А. Мировой океан (международно-правовые аспекты). – К., 2008. – 318 с.
3. Панфілова Ю. М. Міжнародно-правовий механізм протидії проявам актів насильства у водах Світового океану. – О., 2012. – 215 с.
4. *Shipping management. Cases and Concepts.* Editors G. Raghuram, VN Asopa, Deepti Bhatnagar, M R Dixit, K V Ramani, V Venkato Rao, Sidnarth Sinha, Mac Millan India Limited, 1998. – 487 p.
5. *Maritime Safety Law and Policies of the European Union and the United States of America: Antagonism or Synergy?* Dr. Iliana Christodoulou-Varotsi [Електронний ресурс]: Verlag Berlin Heidelberg. – Режим доступу: <http://books/google.co.ua/books?id=JBgysaiXGkC&printsec>.

(Продовження статті у № 1).

Стаття надійшла до редакції 28.11.2014 р.

In the article attention paid to organizational-law base of maritime safety of the Ukraine. Have outlined main aspects of subject. Suggested approaches to improvement of maritime safety of the Ukraine and its organizational-law support.

В статье рассматриваются организационно-правовые основы морской безопасности Украины, обозначены основные аспекты проблемы, предлагаются подходы по повышению морской безопасности Украины, совершенствованию ее правового обеспечения.

