5 2015 (233)

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО І ПРАВО

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

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

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО

Наталія Давидова
Цивільно-правові відносини між студентом
та університетом у США 3

Катерина Добкіна, Євгенія Клюєва
Місце попереднього договору
в системі цивільно-правових правовідносин 8

Вікторія Криворучко
Правова природа договорів енергопостачання 12

ТРУДОВЕ ПРАВО

Сергій Вавженчук
Правовий статус працівника як суб'єкта охоронних
трудових правовідносин 16

ІСТОРІЯ ТА ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Юлія Медведенко
Актуальні питання співвідношення захисту персональних
даних за часів Запорізької Січі та в період сучасної України 20

Юлія Рижук
Теоретико-правова характеристика ефективності
та конкуренції як економіко-правових категорій 23

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО. АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО

Олег Мандзюк
Роль аналітичної діяльності й аналітичних центрів у формуванні
та реалізації кібербезпекової політики 27

Анатолій Супруненко, Тихон Шишка
Інформаційна безпека податкових та інших правоохоронних
органів в умовах формування українського законодавства 32

Ольга Хохленко, Вера Хохленко
Правове забезпечення вищої освіти 36

Олексій Сердюченко
Вдосконалення правового регулювання системи
гарантування банківських вкладів фізичних осіб в Україні 39

Наталія Гонтаренко
Приватизаційне провадження у сфері використання
та розпорядження нерухомим майном 43

Юлія Козаченко
Адміністративно-правове регулювання забезпечення
прав пацієнта в Україні: шляхи вдосконалення 48

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

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Віталій Олюха
Напрями господарсько-правового забезпечення оптимізації капітального будівництва 53

Марія Остап'юк
Застосування норм Закону України «Про санкції» у сфері державних закупівель лікарських засобів 58

Євген Школьний
Проблеми визначення правового статусу держави при здійсненні нею зовнішньоекономічної діяльності 63

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО. АГРАРНЕ ПРАВО

Олена Літошенко
Спеціальний вид юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства 67

Тіна Ситнік
Управління відносинами щодо земель населених пунктів, зайнятих зеленими насадженнями: окремі аспекти 71

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНОЛОГІЯ

Олександр Петрович Мілевський
Засади судового провадження в кримінальному процесі України 75

Олександр Олександрович Мілевський
Засоби подолання протидії розслідуванню злочинів, учинених у Чорнобильській зоні відчуження 78

Павло Дем'як
Особливості класифікації носіїв кримінальної субкультури 82

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 № 4 від 22.04.2015 р.)

Підписано до друку 22.05.2015. Формат 70×108 $^{1}/_{16}$. Папір офсетний. Друк офсетний. Ум. друк. арк. 7,35. Обл.-вид. арк. 9,9. Умовн. фарбовідбитків 8,22. Тираж 270. Замовлення № 15-146. Надруковано з готових форм у ТОВ «Друкарня Бізнесполіграф», 02094, м. Київ, вул. Віскозна, 8.

© **Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія»,** 2015.

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01133, м. Київ-133, а/с 23.
Тел./факс (044) 513-33-16.

УДК 347.44

Наталія Давидова,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватноправових дисциплін
Університету сучасних знань

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ ВІДНОСИНИ МІЖ СТУДЕНТОМ ТА УНІВЕРСИТЕТОМ У США

У статті аналізуються чотири теорії цивільно-правових відносин між університетом і студентом: договірна, трастова, фідуціарна та конституційна.

Ключові слова: договір, порушення договору, студент, відрахування студента, університет, студентський довідник, принцип «судової поваги».

Відповідно до багатьох міжнародних рейтингів інституцій вищої освіти у США працює більше половини із 100 найкращих університетів світу. Процес глобалізації та потреба у запозиченні позитивного іноземного досвіду створює інтерес у дослідженні правового регулювання відносин у сфері американської вищої освіти. Сучасною тенденцією реформування вищої освіти в Україні є зменшення питомої ваги публічного правового регулювання та, відповідно, збільшення приватної правової складової.

Метою цієї статті є дослідження судової практики та правової доктрини цивільно-правових відносин між студентом та університетом в американській вищій освіті.

Питаннями теорії освітнього права, зокрема договірними студентсько-університетськими відносинами, займалися такі американські юристи, як К. Александр, А. Голдман, У. Каплін, Б. Лі, Г. Майкл, Е. Соломон та ін.

Існує чотири основні теорії взаємовідносин студента й університету: договірна, теорія трасту, теорія довірчих відносин, конституційна теорія [1, с. 412–414]. Згідно з *теорією трасту* освітня інституція є довіреною особою, що управляє благодійним або освітнім трастом, а студент – вигодонабувачем. Ця неясна до кінця теорія була популярна до середини минулого століття і закріплена в таких судових справах: *People ex rel. Turkoff v. Northwest University* (33 Ill App. 224. 77 N.E. 2d 345, cert. Denied, 335 U.S. 829 (1947)), *Anthony v. Syracuse University* (224 App. Div. 487 (N.Y. App. Div. 1928)). Недоліком цієї теорії є те, що довірена особа не має юридичного права змінювати вигодонабувача, коли студента відраховують за ініціативою адміністрації.

Теорія довірчих відносин запропонована А. Голдманом і описується як довірче співіснування двох сторін, за яким одна сторона виявляє віру в лояльність і порядність іншої сторони [2, с. 668]. Сутність цієї теорії зводиться до того, що університет як довірена особа несе тягар доведення того, що дисциплінарне стягнення було накладено: з причини, що відповідає функції університету із забезпечення атмосфери, сприятливої для вільного обміну думками та здобуття нових знань; за справедливою процедурою. Університет як довірена особа повинен надати студенту можливість і засоби для поновлення своїх порушених прав [2, с. 674–675].

Вихідною умовою *конституційної теорії* є та, що студент при вступі до університету не втрачає конституційних прав: положення першої, четвертої, п'ятої та чотирнадцятої поправки є основою правовідносин між студентом та університетом.

Переважаючою з чотирьох наведених теорій взаємовідносин між університетом і студентом в юридичній науковій спільноті є *договірна теорія* [3, с. 255]. Правова конструкція «договір» широко використовується у сфері вищої освіти у США. Договірні правовідносини виникають між університетом і студентом, між університетом і викладачем, між університетом та органами влади, між університетом та третіми особами (постачальниками, замовниками наукових досліджень, підрядниками). Стала судова практика свідчить про те, що відносини між ними є договірними за своєю правовою природою [4]. За договором університет зобов'язується нада-

© Н. Давидова, 2015

ти освітні послуги, визначені в програмі навчання, а студент – сплатити вартість навчання та виконувати навчальний план. Умови договірних відносин, як правило, не викладаються в окремому документі, а містяться в студентському довіднику, університетському навчальному плані, лекційних програмах до кожного курсу, заявці на вступ до університету та в інших документах, що визначають університетську політику.

Як приклад, де студентський довідник було визнано формою договору, за яким університет несе обов'язок перед студентом, можна навести *Fellheimer v. Middlebury College* [5]. Федеральний суд визнав студентський довідник у приватній освітній інституції документом, що є імперативним для університету, та запропонував основи поняття «порушення договірного зобов'язання». Студент оскаржував справедливість слухання, за результатами якого його притягли до дисциплінарної відповідальності. Як аргумент використовувався той, що не всі звинувачення були письмово надані студенту до початку слухання у справі. Суд не взяв до уваги тезу університету про те, що студентський довідник не є договором. Хоча попередні судові справи примушують суд мати спеціальне відношення до освітнього середовища та до тлумачення договору між університетом і студентом, вони не змінюють загального твердження про те, що коледж є зобов'язаною особою у наданні студенту процесуальної охорони [5, с. 243]. Суд визнав порушення коледжем Мідлбері договору, оскільки слухання по дисциплінарній справі мало процесуальні недоліки.

Навчальний план розглядається як письмовий договір між університетом і студентом, але слід зазначити, що типовий навчальний план містить широкі за змістом формулювання, залишає за університетом право вносити майже будь-які зміни в односторонньому порядку, істотно обмежує свободу студента, а взамін не надає будь-яких гарантій, у тому числі існування самого університету протягом навчання [6, с. 201]. У справі *Doherty v. Southern College of Optometry* (862 F. 2d 570 (6th Cir. 1988)) суд відмовив у задоволенні претензії студента про зміни у програмі курсу, яка була заявлена на початку семестру, посилаючись на те, що університет порушив договірні зобов'язання. Довідник університету прямо містив норму, згідно з якою дозволялося змінювати вимоги для отримання диплому й університет і коледж неодноразово вносили в минулому зміни до програм курсів. Суд визнав, що такі зміни не були свавільними, примхливими, а тому дії університету не виходили за межі закону. Принцип інституційної автономії, широко застосований у сфері американської вищої освіти, надає майже безмежні повноваження університету у формулюванні умов навчального плану, тобто умов договору із студентом.

Умовний договір між університетом і студентом регулює широке коло відносин: сплата за навчання, поведінка студента та притягнення його до дисциплінарної відповідальності, академічні питання. Після вступу договору в силу університет не може самовільно в односторонньому порядку розірвати договір і, таким чином, позбавити студента права на отримання диплому. Саме така судова практика склалася ще наприкінці XIX ст. У 1891 р. у справі *People ex rel. Cecil v. Bellevue Hospital Medical College* (14 NYS (NY Sup CT), aff'd 28 NE 253 (1891)) коледж заборонив студенту, що виконав навчальну програму, здавати іспит для отримання навчального ступеня з медицини. Коледж не пояснив такої поведінки, а лише зазначив, що має право свавільно без вказівки на причини відмовити студенту у видачі диплому. Позиція суду, що став на захист студента, зводилася до трьох тезисів: циркулярний лист відповідача чітко закріплює умови, за яких студент отримає диплом; якщо студент вступив до освітньої установи, то між ними виникають договірні відносини; корпорація не може забрати гроші та час студента, а взамін не надати бажаний диплом, що є умисним порушенням коледжем своїх обов'язків, тобто односторонньою відмовою від договору.

Відрахування студента з ініціативи університету є припиненням договірних правовідносин у формі розірвання договору, що істотно впливає на майбутню долю студента. Опосередковано така подія позбавляє особу на вдале працевлаштування й отримання гідної заробітної плати (використовуючи термінологію чотирнадцятої поправки, позбавляє особу «власності», а для законності такого позбавлення Конституція вимагає дотримання належної правової процедури. Узагальнюючи судову практику з приводу того, яка процедура є належною при відрахуванні, можна зробити висновок, що вимагаються щонайменше такі кроки з боку освітньої інституції: повідомити студента про звинувачення на його адресу та про те, що розглядається питання про його відрахування; студенту має бути надана можливість ознайомитися з доказами проти нього та надати докази на захист своєї позиції та поведінки; неупереджена посадова особа повинна заслухати студента [7, с. 750].

Судова повага та небажання судової гілки влади втручатися в університетське життя пронизує всю систему американської вищої освіти. Принцип судової поваги до університету полягає в тому, що університету надано широку свободу у формулюванні та тлумаченні умов договору. У справі *Mahavongsanan v. Hall* (529 F. 2d 448 (5th Cir. 1976)) суд визнав, що освітня інституція має право на свій розсуд змінювати умови або додавати нові умови до договору з метою належного виконання освітньої функції. Таке формулювання є загальнопоширеним у студентському довіднику, університетському навчальному плані, лекційних програмах до кожного курсу та надає майже безмежні повноваження університету, що підтримується судовою гілкою влади в багатьох рішеннях. Самообмеження університетом своїх прав, як правило, спостерігається, що не йде на користь захисту його інтересів.

У справі *Mittra v. University of Medicine and Dentistry of New Jersey* [8] суд вважає, що відносини між студентом та університетом не слід аналізувати в контексті тільки договірних стосунків. Якщо студенту забезпечені процесуальні засоби захисту його гіпотетично порушеного права у формі письмового повідомлення про звинувачення, слухання проведено згідно з університетськими нормами та правилами, то університету надається широка свобода в оцінці належності поведінки та навчальних досягнень студента. Жорстке застосування принципів договірного права до конфліктів в університетському середовищі буде втручанням у сферу академічної свободи та генеруватиме такий вид спорів, від розгляду яких суд наполегливо утримується [8, с. 695, 697]. Оскільки студент не навів конкретних норм ніби-то договору між університетом і студентом, що були порушені, апеляційний суд залишив рішення суду першої інстанції на користь університету в силі.

У деяких випадках суди віддають перевагу не теорії договірних відносин між університетом і студентом, а квазі-договірним відносинам. У справі *Beukas v. Fairleigh Dickinson University* (605 A. 2d 776 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1991), affirmed, 605 A. 2d 708 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1992)) колишній студент стоматологічної школи подав позов до університету, який закрив школу, що була його структурним підрозділом. Університет, захищаючи свою позицію, послався на навчальний план, який дозволяв закривати програми та школи. Суд замість застосування договірної теорії вдався до квазі-договірного аргументу: суд відмовляється від договірної теорії «Справжній» договір це той, що означає взаємні зобов'язання не фактично, а юридично; ми маємо справу з квазі-договором, який створений законом із метою справедливості. Ця теорія є найбільш ефективною й юридично послідовною для розв'язання конфлікту між університетом і студентом із приводу адміністративного рішення закрити академічну чи професійну програму. Питання має формулюватися таким чином: чи діяв університет добросовісно, якщо так, то чи ставився він до студента справедливо? [9]. Апеляційний суд штату залишив рішення в силі, але послався на інший аргумент: якщо навчальний план є договором, то бронювання за університетом права закрити певну програму дозволяло закрити стоматологічну школу та не було порушенням договору.

Визнання за правовідносинами між університетом і студентом квазі-договірного, а не договірного, характеру має сенс тому, що існує декілька відмінностей між ними. Перша розбіжність полягає в тлумаченні поняття очікування добросовісної сторони. Суд визнав законною таку умову навчального плану, як відмова студента від права, навіть якщо така умова не могла бути очікуваною та зрозумілою для розсудливого студента. Судова практика з загальних договірних спорів виробила інше правило: умова про обмеження відповідальності, надрукована на квитанції, не є обов'язковою, крім випадків, коли одержувач міг розумно очікувати таку умову. Суд дійшов висновку, що звичайна розсудлива особа не могла очікувати на квитанції таку умову [10]. Студент розглядає навчальний план як документ, що, перш за все, містить інформацію про перелік запланованих дисциплін і вартість освітніх послуг; саме ці критерії беруться до уваги як підстава для обрання того чи іншого навчального закладу для здобуття освіти. Студент хоч і розглядає навчальний план як можливий договір для укладання, але не очікує побачити в цьому документі правила поведінки в університеті. Тим не менше суд вважає студента зобов'язаним за тими умовами, що викладені в навчальному плані, навіть якщо розсудливий студент не очікував їх там побачити.

Друга відмінність між класичним договірним правовідношенням і квазі-договірним правовідношенням студента й університету виникає, коли немає письмово викладених умов про покладання відповідальності або коли вони нечіткі та двозначні. В такій ситуації суд вимагає від студента довести, що дії університету виходили за межі договору. По-

кладання тягаря доведення на студента, а не на університет видається логічним, якщо йдеться про академічні правопорушення, зокрема плагіат чи списування на іспиті, але не у випадку вчинення студентом кримінально караного діяння. Студент є юридично більш слабкою стороною, а тому для досягнення балансу рівності між студентом та університетом вважаємо справедливим покладання тягаря доведення на освітню інституцію.

Відповідальність за порушення договірного зобов'язання може бути в трьох формах: відшкодування шкоди; судова заборона на певні дії; примус до вчинення певної дії.

Вимоги про відшкодування шкоди за порушення договірного зобов'язання можуть пред'являтися від імені як університету, так і студента, але слід зазначити, що перші є рідкістю, оскільки оплата за навчання вноситься до початку надання освітньої послуги, а тому вірогідність виникнення боргу студента перед університетом вкрай мала. Часто студенти, оскаржуючи рішення університету про припинення певної навчальної програми, просять суд відшкодувати шкоду, завдану порушенням чотирнадцятої поправки, а саме – права на свободу вибору навчального закладу та право власності (маючи на увазі майбутню заробітну плату після завершення навчання й успішного працевлаштування). До другої форми захисту порушеного договірного зобов'язання (судова заборона на певні дії) вдаються у випадку відрахування та подальшого поновлення студента. Університету забороняється перешкоджати студенту у доступі до навчальних програм і до університетських приміщень. Третя форма захисту (примус до вчинення певної дії) можлива в ситуаціях, коли надаються академічні послуги. За загальним правилом, суд неохоче втручається у вирішення академічних спорів, вважаючи поважного професора здатним самостійно прийняти виважене справедливе рішення. Тому суд примушує до вчинення певної дії допоміжний персонал (наприклад, співробітників деканату або адміністративного апарату).

Провідні американські фахівці з права вищої освіти, В. Каплін і Б. Лі, розглядаючи теорію договірних правовідносин між університетом і студентом, аналізують поняття «кабального договору» [11, с. 847], тобто договору, який є настільки невигідним та обтяжливим для однієї сторони, що розумна особа, яка діє без примусу й обману, не погодилась би на його укладання. Такий договір не підлягає примусовому виконанню за рішенням суду. В. Каплін і Б. Лі також розглядають конструкцію «договір приєднання» [11, с. 848], за яким одна сторона (як правило більш сильна) пропонує іншій укласти договір за формулою: погодження із запропонованим договором в цілому або не укладення договору. Слабкіша сторона не може запропонувати свої умови договору, не може виступити з новою офертою. Невизначеності умов такого договору повинні тлумачитися на користь слабкої сторони (в даному випадку на користь студента), оскільки в неї не було можливості провести переговори та врегулювати спірні питання.

У справі *K. D. v. Educational Testing University* (386 N.Y.S. 2d 747 (N.Y. Sup. Ct. 1976)) суд розглянув спір між позивачем та організацією, що адмініструє тест для вступу до правових шкіл (LSAT) і визнав відносини між сторонами договірними, а саме договором приєднання. Договір визнано дійсним, оскільки він не був «настільки несправедливим і нерозумним», щоб бути ігнорованим на тій підставі, що він порушує публічний порядок. При небажанні судів втручатись у вирішення університетських спорів і при юридичній нерівності студента й університета як сторін договору єдиним способом ефективного захисту прав студента є запровадження обов'язку сторін договору діяти добросовісно та чесно. Саме таке формулювання міститься у Зведенні договірного права. Судам треба мати рамки, в межах яких університет повинен бути відповідальним за свої адміністративні, дисциплінарні й академічні рішення. Договірне право виробило такі межі – принцип добросовісності та сумлінності сторін [12, с. 224], що є запорукою уникнення конфліктів із приводу навчального процесу та результатів оцінювання знань. Поєднання добросовісності та чесності з боку обох сторін договірних правовідносин дозволяє суду при виконанні ролі арбітра досягти балансу між врегулюванням університетом відносин із студентом на власний розсуд і відповідальністю університету. Звертаючись до освітньої інституції з вимогою про дотримання принципу добросовісності й уникнення прийняття свавільних рішень, суд, з одного боку, надає потрібного захисту студенту, а, з іншого, не узурпує університетську автономію.

На підставі викладеного можна зробити **висновок,** що правовідносини між університетом і студентом за юридичною природою є договірними або квазі-договірними. В американській вищій освіті не практикується оформлення договору окремо з кожним студентом, натомість умови формулюються в загальних документах (студентський довідник,

університетський навчальний план, лекційні програми до кожного курсу та в інших документах, що визначають університетську політику). Принцип інституційної автономності та принцип судової поваги до академічної сфери надає американському університету практично безмежні повноваження при формулюванні договірних умов. Дотримання принципу добросовісності та сумлінності, застосування механізмів захисту слабкої сторони, передбачених конструкцією договору приєднання та «кабального договору», допомагають захистити права студента.

Список використаних джерел

1. *Kern A., Erwin S. S.* College and University Law. Charlottesville, Virginia, The Michie Company Law Publishers, 1972. – 776 p.

2. *Alvin L. Goldman.* The University and the Liberty of its Students – A Fiduciary Theory // Kentucky Law Review. – 1966. – Vol. 54. – P. 643–682.

3. *Jonathan Flagg Buchter.* Contract Law and the Student-University Relationship // Indiana Law Journal. – 1973. – Vol 48, Issue 2. – P. 253–268.

4. *Cherry R., Geary J.* The College Catalog as a Contract // Journal of Law and Education. – 1992. – Vol 21, N 1. – P. 1–33.

5. *Fellheimer v.* Middlebury College , 869 F. Supp. 238 (D. Vt. 1994).

6. *Hazel G.* Beh, Student Versus University: the University's Implied Obligations of Good Faith and Fair Dealing // Maryland Law Review. – 2000. – Vol 59, Issue 1. – P. 183–224.

7. *Comment*. A Student's Right to Hearing on Dismissal from a University // Stanford Law Review. – 1958. – Vol. 10, N 4. – P. 746–750.

8. *Mittra* v. University of Medicine and Dentistry of New Jersey, 719 A. 2d 693 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1998).

9. *Beukas* v. Fairleigh Dickinson University, 605 A. 2d at 783, 784 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1991), affirmed, 605 A. 2d 708 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1992).

10. *Williston S.* A Treatise on the Law of Contract. Third Edition by Walter H. E. Jaeger. Vol. 1 Mount Kisco, N.Y.: Baker, Voorhis and Co. 3d ed., 1959. § 90D. – 1095 p.

11. *William A.* Kaplin, Barbara A. Lee. The Law of Higher Education: a Comprehensive Guide to Legal Implications of Administrative Decision Making, 5th Edition. Vol. 1. San Francisco, CA: Jossey-Bass, 2013. –1075 p.

12. *Hazel G.* Beh, Student Versus University: the University's Implied Obligations of Good Faith and Fair Dealing // Maryland Law Review. – 2000. – Vol. 59, Issue 1. – P. 183–224.

Стаття надійшла до редакції 10.04.2015 р.

Four legal doctrines in the civil law relationship between the universities and their students has been analyzed: contract, trust, fiduciary, and constitutional doctrines.

В статье анализируются четыре теории гражданско-правовых отношений между университетом и студентом: договорная, трастовая, фидуциарная, конституционная.

УДК 347.13

Катерина Добкіна,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри правосуддя,

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

МІСЦЕ ПОПЕРЕДНЬОГО ДОГОВОРУ В СИСТЕМІ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті розглядаються питання, щодо змісту попереднього договору, запропоновані напрями подальшого вдосконалення деяких норм інституту попереднього договору на основі аналізу праць вітчизняних і закордонних учених.

Ключові слова: попередній договір, цивільно-правові договори, цивільне право, предмет попереднього договору.

З прийняттям Цивільного кодексу (далі – ЦК) України більшість інститутів і підгалузей цивільного права зазнали істотних позитивних змін. У сучасних умовах бурхливого розвитку й ускладнення цивільних відносин для забезпечення динаміки та нормального функціонування майнового обороту постала необхідність закріплення нових цивілістичних конструкцій, які дозволили б сторонам у конкретній ситуації швидко внести правову визначеність у свої відносини. З цією метою нормативно закріплено інститут попереднього договору. Разом із тим поширення практики застосування конструкції попереднього договору зумовило низку теоретичних проблем, пов'язаних із специфікою зобов'язання укласти договір. Проте інститут попереднього договору не привернув достатньої уваги науковців. У зв'язку з цим у літературі висловлена думка про те, що відносини, які виникають при укладенні попереднього договору, недостатньо повно врегульовані чинним законодавством України. Констатується також і той факт, що рівень теоретичних досліджень інституту попереднього договору не відповідає потребам майнового обороту та його законодавчого забезпечення.

Останнім часом можна констатувати посилення інтересу до розроблення проблем, пов'язаних із застосуванням конструкції попереднього договору. Комплексне дослідження інституту попереднього договору зумовлене наявністю протиріч між законодавством і практикою правозастосування, неоднозначністю у підходах до розуміння правової природи попереднього договору.

Теоретичною базою дослідження є наукові роботи як українських, так і зарубіжних учених, в тому числі С. Алексєєва, М. Брагінського, В. Вітрянського, Б. Гонгало, В. Грибанова, І. Дзери, О. Дзери, О. Іоффе, О. Кабалкіна, О. Красавчикова, Н. Кузнєцової, А. Кучер, А. Луць, В. Луця, Р. Майданика, Д. Мейера, Є. Мічуріна, І. Новицького, С. Погрібного, Й. Покровського, О. Садікова, О. Сергєєва, В. Синайського, Ю. Толстого, Г. Шершеневича та інших дослідників.

Метою цієї статті є визначення місця попереднього договору в системі цивільно-правових правовідносин, а також аналіз чинних нормативно-правових актів у цій галузі, вироблення науково обґрунтованих практичних рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства України, стосовно норм інституту попереднього договору.

Попередній договір посідає окреме місце в системі цивільно-правових договорів. На відміну від таких договорів, як публічний договір чи договір приєднання, він є самостійною підставою для виникнення зобов'язаль-

© К. Добкіна, Є. Клюєва, 2015

них правовідносин. Проте, оскільки попередній договір безпосередньо не задовольняє майнові інтереси учасників цивільних правовідносин та може передувати укладенню в майбутньому договору будь-якого виду або типу, слід зазначити, що він істотно відрізняється від усіх пойменованих договорів, закріплених у підрозділі 1 розділу ІІІ ЦК України.

Згідно з ч. 1 ст. 635 ЦК попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти договір у майбутньому (основний договір) на умовах, передбачених попереднім договором. Свою специфіку має і процедура узгодження істотних умов основного договору на стадії укладення попереднього. Згідно з положеннями Господарського кодексу (далі – ГК) України, істотні умови основного договору, що не встановлені попереднім договором, погоджуються у порядку, визначеному сторонами попереднього договору, якщо такий порядок не регламентується актами цивільного законодавства. До істотних умов попереднього договору необхідно віднести умову про його предмет (який саме договір сторони планують укласти в майбутньому); умову про строк (термін), протягом якого сторони мають укласти основний договір; умову про предмет основного договору. Іншими словами, щоб уникнути суперечок доцільно фіксувати в попередньому договорі повний текст майбутнього основного договору. Якщо в силу певних обставин на момент укладення попереднього договору деякі істотні умови основного договору не можуть бути узгоджені, необхідно встановити порядок їх узгодження в майбутньому. На практиці це здійснюється шляхом встановлення обов'язку однією із сторін у визначений термін направити пропозицію (як правило, у формі проекту договору) іншій стороні, а також порядку подальшого узгодження таких умов.

Необхідність включення умови про предмет основного договору до істотних умов попереднього договору зумовлюється тим, що саме ця умова дозволить пов'язати основний договір із попереднім, оскільки останній не є обов'язковим елементом юридичного складу, на підставі якого виникають права й обов'язки з основного договору. Предметом попереднього договору може бути укладення в майбутньому договору будь-якого виду або типу. Слід визнати можливість укладення і таких попередніх договорів, предметом яких є укладення в майбутньому реальних договорів, за умови виключення можливості застосування такого правового наслідку порушення зобов'язання, що виникає на підставі попереднього договору, як примусове виконання обов'язку в натурі [1]. Отже, при укладенні будь-якого попереднього договору сторонам необхідно, перш за все, погодити істотні умови цього договору, щоб у майбутньому уникнути ризику визнання такого правочину неукладеним.

Заслуговує на увагу питання щодо форми укладення попереднього договору. ЦК України визначає, що попередній договір укладається у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена, то у письмовій формі (ч. 1 ст. 635).

Попередній договір має бути укладений у формі, встановленій для основного договору, а якщо форма основного договору не встановлена, то в письмовій формі. Отже, проста письмова форма попереднього договору повинна бути дотримана: по-перше, у випадках, коли основний договір, обов'язок щодо укладення якого сторони встановили попереднім договором, може бути укладений в усній формі; по-друге, якщо основний договір підлягає укладенню в письмовій формі. Нотаріальному посвідченню попередній договір підлягає також у двох випадках: якщо для основного договору така форма передбачена чинним законодавством; якщо нотаріальна форма попереднього договору передбачена домовленістю сторін. У другому випадку діє також правило, відповідно до якого, якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним після надання йому встановленої форми, хоча б законом для договорів даного виду така форма не була обов'язковою, тобто попередній договір вважатиметься укладеним з моменту його нотаріального посвідчення [2].

Якщо попередній договір укладається між суб'єктами господарювання, для нього письмова форма є обов'язковою, оскільки всі господарські умови договору укладаються письмово. Таке правило поширюється і на вимогу про нотаріальне посвідчення деяких видів договорів: якщо чинним законодавством передбачений обов'язок сторін щодо нотаріального посвідчення основного договору (наприклад, договір довічного утримання), то й попередній договір обов'язково має бути нотаріально посвідченим. Порушення зазначених вимог тягне загальні наслідки, передбачені статтями 218, 220 ЦК України, а саме – ризик визнання попереднього договору недійсним.

Попередній договір не підлягає державній реєстрації. Він не може бути підданий процедурі державної реєстрації навіть у випадку, коли його предметом є укладення в майбутньому основного договору, для якого чин-

ним законодавством передбачена необхідність його державної реєстрації. Державна реєстрація правочинів, у тому числі попереднього договору, не може розглядатися як елемент їх форми. Але на сьогодні питання державної реєстрації попереднього договору є досить дискусійним і суперечливим. Погоджуємось із думкою деяких фахівців, згідно з якою цю проблему можна вирішити шляхом чіткого закріплення на законодавчому рівні змісту поняття «форма правочину» та його структурних елементів.

Визначити належність правового статусу кредитора або боржника жодній із сторін попереднього договору неможливо до пред'явлення однією із сторін попереднього договору вимоги про укладення основного договору. Сторона, яка направила іншій стороні попереднього договору оферту про укладення основного договору, набуває статусу кредитора в такому зобов'язанні. Проте ця обставина не позбавляє іншу сторону попереднього договору направити свою оферту про укладення основного договору та, набувши статусу кредитора в зобов'язанні, укласти основний договір за своєю вимогою. Це єдиний підхід до вирішення питання про належність статусу кредитора та боржника сторонам попереднього договору, здатний забезпечити в подальшому ефективний захист прав, що виникають на підставі попереднього договору.

Поширення дії принципу реального виконання зобов'язань на відносини, що виникають на підставі попереднього договору, доцільно обмежити та надати право добросовісній стороні попереднього договору відмовитися від нього в разі необґрунтованого ухилення іншої сторони від укладення основного договору. Наслідком такої відмови буде припинення зобов'язання (як правовий наслідок його порушення), що не належить до заходів цивільно-правової відповідальності, проте створює умови для її настання та використання способів захисту суб'єктивних цивільних прав, спрямованих на їх відновлення [3].

Застосування такого способу захисту суб'єктивних цивільних прав, як примусове виконання обов'язку в натурі, не може бути виправдане у випадках захисту права вимагати укладення основного договору на умовах, визначених попереднім договором. Це зумовлено низкою обставин: спонукання до укладення основного договору не відповідає принципу свободи договору; непослідовним виглядає примушування особи укласти договір, від якого вона може відмовитись у будь-який момент (фідуціарні договори); такий спосіб захисту в більшості випадків не дозволить досягти бажаного правового результату через відсутність реального механізму виконання відповідного рішення суду в примусовому порядку.

Цивільно-правова відповідальність за порушення умов попереднього договору може наставати у формах відшкодування збитків, неустойки або втрати завдатку у деяких випадках. Відшкодування збитків як форма цивільно-правової відповідальності не може виконати компенсаторно-відновлювальну функцію. Втрата завдатку або обов'язок повернути його у подвійному розмірі як форма цивільно-правової відповідальності за порушення умов попереднього договору може настати виключно у випадках, коли предметом попереднього договору є укладення в майбутньому основного договору, на підставі якого виникає грошове зобов'язання, у зв'язку із чим не має універсального характеру. Неустойка, на нашу думку, є найбільш адекватною формою відповідальності за порушення умов попереднього договору. Цим зумовлена необхідність внесення відповідних змін до чинного цивільного законодавства України з метою усунення формальних перешкод у застосуванні неустойки як способу забезпечення виконання зобов'язання, що виникає на підставі попереднього договору, з одного боку, та форми цивільно-правової відповідальності сторін за порушення його умов – з іншого [4].

Правовідносини, що виникають на підставі попереднього договору, характеризуються певними особливостями. Їх можна розглядати як організаційні, оскільки вони спрямовані на врегулювання поведінки сторін майбутнього основного договору в процесі його укладення. Це дозволяє розглядати попередній договір як організаційно-правовий засіб упорядкування учасниками цивільних правовідносин своїх основних відносин. Разом із тим попередній договір є підставою виникнення зобов'язання. При цьому зобов'язання, що виникає на підставі попереднього договору, носить немайновий характер.

Недоліком чинного цивільного законодавства України є закріплення правової конструкції попереднього договору як виключно двостороннього. Погоджуємося з точкою зору фахівців, згідно з якою доцільно передбачити можливість укладення одностороннього попереднього договору, за яким одна сторона зобов'язується укласти основний договір на умовах, визначених попереднім договором, у разі пред'явлення відповідної вимоги іншою

стороною, проте сама позбавлена можливості вимагати від свого контрагента укладення такого договору. Такі зміни дозволять значно розширити сферу застосування договірної конструкції, що розглядається.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що укладення попереднього договору є юридичним інструментом, завдяки якому сторони за відсутності фактичної можливості укласти якийсь договір у даний час (наприклад, відсутні необхідні для угоди документи) можуть зафіксувати свої наміри, надавши їм статус взаємного зобов'язання. Подібні угоди не повинні мати характер обов'язкових для сторін, і їх подальше виконання залежить лише від дійсних намірів і реального бажання сторін укласти відповідний договір.

Список використаних джерел

1. *Договірне* право України: Загальна частина / За ред. О. В. Дзери. – К., 2008. – 896 с.

2. *Бутенко Е. В.* Предварительный договор: проблемы теории, практики, законодательства // Журнал российского права. – 2004. – № 3. – С. 54–60.

3. *Клименко О. М.* Попередній договір у цивільних відносинах: поняття і сутність попереднього договору // Юриспруденція: теорія і практика. – 2007. – № 1. – С. 26–32.

4. *Клименко О. М.* Попередній договір в цивільних відносинах: теорія і практика: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 213 с.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

Article provided characterization of the legal nature of the preliminary contract, to determine its place in the system of civil law contracts, issues relating to the content of the previous agreement and proposed areas for further improvement of certain provisions of the Institute of the preliminary contract on the basis of the analysis of the works of national and foreign scientists.

В статье рассматриваются вопросы, касающиеся содержания предварительного договора, предложены направления дальнейшего совершенствования некоторых норм института предварительного договора на основе анализа трудов отечественных и зарубежных ученых.

УДК 347.4

Вікторія Криворучко,
старший викладач кафедри філософії, політології, психології і права
Одеської державної академії будівництва та архітектури

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ ЕНЕРГОПОСТАЧАННЯ

У статті розглядається правове регулювання правовідносин, що виникають при енергопостачанні, розкривається специфіка предмета договорів енергопостачання, формулюються пропозиції щодо вирішення питання про необхідність виділення таких договорів в окрему категорію.

Ключові слова: договір енергопостачання, договір постачання, договір купівлі-продажу, особливості предмета договору.

Використання електричної та теплової енергії є необхідною умовою діяльності майже кожного підприємства. Останнім часом особливої гостроти набула проблема стабільного та безперебійного енергопостачання промисловості, електротранспорту, житлово-комунального господарства тощо. У вирішенні цієї проблеми важливого значення набуває не тільки організаційно-економічні заходи, а й належне правове регулювання. Однак на даний час концептуального правового акта, який регулює правовідносини, що виникають при енергопостачанні, на жаль, не існує. Одна стаття у Цивільному кодексі (далі – ЦК) України, що стосується договору енергопостачання (ст. 714), не може повністю врегулювати той пласт відносин, що виникають при постачанні та використанні електричної або теплової енергії. Розрізненість нормативних актів, що регулюють відносини у сфері енергопостачання, їх різний правовий статус, часом навіть суперечливість один одному, відсутність єдиного нормативного акта зумовлює численні суперечки між енергопостачальними організаціями та споживачами (абонентами) енергії й, як наслідок, абсолютно протилежні рішення судів.

Проблеми визначення правової природи договорів енергопостачання були предметом дослідження таких авторів, як Р. Саватьє, М. Агарков, Н. Савєльєв, В. Вітрянський, Ю. Калмиков, М. Брагінський та ін. Проте на сьогодні це питання все ж слід визнати малодослідженим, що зумовлює актуальність статті як у теоретичному, так і практичному аспектах.

Мета цієї статті – аналіз специфіки предмета договорів на енергопостачання, особливостей таких договорів, вирішення питання про необхідність виділення договорів на енергопостачання в окрему категорію на нормативному рівні.

Питання про правову природу договорів постачання енергії викликав суперечки з моменту першого звернення цивілістичної думки до цієї договірної конструкції. Однак реформа енергетики та житлово-комунального господарства, новели в законодавстві про електроенергетику, зміни у відносинах акціонерної та комунальної власності, що задовольняє життєво важливі, повсякденні потреби в електриці та теплі, стимулюють нові дослідження відповідних інститутів. Перш за все, це зумовлено специфічним предметом договорів енергопостачання. Особливості фізичних властивостей електричної та теплової енергії передбачають необхідність використання договору для регламентації не тільки відносин, що виникають у зв'язку з наданням електричної та теплової енергії споживачеві (абоненту), а й використання енергії споживачем [1, с. 118]. Виробництво енергії генеруючою організацією, її транспортування лініями електропередач і теплотрасами (трубопроводами), що належать енергопостачальним організаціям, її використання споживачем – єдиний і безперервний технологічний процес, зумовлений неможливістю накопичення (складування) енергії. Споживач повинен використовувати придбану ним енергію належним чином, відповідно до умов договору, оскільки його діяльність, пов'язана із споживанням енергії, впливає на кількість і якість енергії, одержуваної іншими споживачами та, безумовно, на діяльність енергопостачальних і генеруючих компаній [2, с. 51].

Електрична та теплова енергія мають такі особливі властивості [3, с. 18]:

© В. Криворучко, 2015

• відсутність тілесності (неможливо візуально виявити їх як річ);

• практичний збіг моменту виробництва і споживання енергії в часі та за кількістю (з урахуванням втрат);

• неможливість накопичити на складі в значних обсягах для подальшого споживання;

• особливий спосіб передачі (енергію споживачу можна надати тільки через електромережі та теплотраси);

• неможливість спожиту енергію повернути;

• обмеженість застосування принципу володіння та розпорядження щодо енергії.

Законодавчо закріплено, що об'єктом правовідносин можуть бути речі, в тому числі гроші та цінні папери, інше майно, майнові права, результат робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні та нематеріальні блага. В юридичній літературі немає єдиної точки зору щодо того, чи є енергія річчю [4, с. 53]. З моменту вступу в законну силу Цивільного кодексу (далі – ЦК) України вивчення проблеми, що розглядається, стало більш актуальним, оскільки законодавчо визначено, що річ – це предмет матеріального світу (ст. 179 ЦК). Енергія не може розглядатися як звичайний предмет матеріального світу; вона є властивістю матерії, матерії, якій надано певний стан [5, с. 29] (напруга струму, температура води тощо). Ця властивість полягає в здатності робити корисну роботу, забезпечувати виконання різних технологічних операцій, створювати необхідні умови для трудової діяльності та відпочинку людей (освітлення, вентиляція, опалення і т. п.).

Енергію, з урахуванням її фізичних властивостей, неможливо накопичити в значних кількостях, зберігати її, подібно до інших товарів, на складах, у спеціальних ємкостях. Корисні властивості енергії реалізуються в процесі її використання, споживання [6, с. 122]. Результатом використання її може бути виконана робота, технологічна операція тощо. Але сама енергія при цьому зникає, вона не матеріалізується в продукції або в іншій формі [3, с. 19]. Те, що вона існувала та була використана, фіксується в показаннях приладів обліку.

Розвиток виробничих відносин супроводжується модернізацією концепції майна. Так, відповідно до концепції «безтілесного майна» до майна як до об'єкта власності стали відносити електроенергію, газ і цінні папери [7, с. 276]. Це положення критикували представники наукових шкіл комерційного права, які електроенергію не розглядали як товар (посилаючись на загальносвітову практику, що, на їх думку, відображала Віденська конвенція про міжнародну купівлю-продаж, із сфери дії якої продаж електроенергії виключений (ст. 2) [8]. Однак вже в Гаазькій конвенції про право 1986 р., застосовуваної до договорів міжнародної купівлі-продажу товарів, електроенергія розглядається як товар (ст. 3).

На думку Р. Саватьє, юридично енергія може бути виражена тільки у формі зобов'язання. Це річ, визначена завжди родовими ознаками, які виражаються тільки в результатах її використання [9, с. 86]. Як, важливий об'єкт зобов'язання енергія ніколи не може бути об'єктом права власності. У зв'язку з відсутністю єдності у визначенні об'єкта договору постачання енергією висловлювалися різні точки зору про його правову природу.

У 20-х роках XX ст. відносини з постачання енергії розглядалися як підрядні. Це твердження аргументувалося тим, що об'єктом таких відносин не виступає самостійне економічне благо. Так, аналізуючи правовідносини за договором підряду, М. Агарков зазначав, що договір, згідно з яким електрична станція зобов'язується забезпечити споживача електричною енергією, належить вважати договором підряду, оскільки згідно з цим договором «електрична станція зобов'язується вчинити роботу, необхідну для доставляння споживачу енергії, а не передати останньому будь-яке майно [10, с. 13]. Але трактування договору електропостачання як підрядного договору не можна визнати переконливим. Для договору підряду визначальне значення має виконання підрядником роботи за завданням замовника; при цьому замовник має право у будь-який час перевіряти хід і якість робіт, не втручаючись у господарську діяльність підрядника, контролювати хід виконання свого завдання. Все це абсолютно не притаманне договорам енергопостачання.

У цей самий час була висловлена інша точка зору, яка полягає в ототожненні зазначених договорів із купівлею-продажем. Н. Савельєв зазначав, що як при купівлі-продажу, так і при енергопостачанні продавець передає у власність покупця певне майно, а покупець оплачує за це обумовлену ціну [2, с. 51]. Договір енергопостачання, на думку В. Вітрянського, відноситься до договорів купівлі-продажу, оскільки містить всі ознаки цього договірного зобов'язання: одна сторона передає іншій за плату певний товар (енергію) [7, с. 276]. Але загальні правила про договір купівлі-продажу слід застосовувати до енергопостачання з відомою часткою обережності, оскільки товарами у зобов'язаннях із договору купівлі-продажу виступають не будь-які об'єкти, а лише об'єкти, що є речами. У той самий час енергія не є річчю і не може бути

передана у власність покупця [10, с. 14]. Між тим, за договором купівлі-продажу продавець зобов'язується передати річ (товар) іншій стороні (покупцеві) саме у власність (господарське відання, оперативне управління). Енергія не річ, а властивості різних об'єктів, наприклад води, пари, магістральних, комунальних внутрішньобудинкових або заводських електричних мереж. Кожна річ має енергію і ця енергія – інформація, яку річ здатна передавати та «заряджати» нею інші речі [9, с. 86]. Тому неможливо мати право власності або будь-яке інше речове право на електричну або теплову енергію, яка є властивістю речей, своїх чи чужих, як неможливо мати право власності на звук або запах.

Звідси випливає, що загальні правила про купівлю-продаж не повинні застосовуватися до енергопостачання, оскільки вони суперечать загальним правилам про купівлю-продаж по суті відносин, що виникають у зв'язку з постачанням електричної або теплової енергії.

Не можна обійти увагою позицію Ю. Калмикова, який визнавав і специфічний предмет правового регулювання, і досить виражені особливості в правах і обов'язках суб'єктів, і тільки їм притаманні ознаки в підставах виникнення відповідних правовідносин, проте якісних відмінностей між договорами поставки та договорами на постачання енергії не вбачав. Більше того, він звертав увагу на те, що спеціальне регулювання, здійснюване підзаконними актами, як правило, відомчими, має відповідати загальним нормам Положення про поставки. Таким чином, Ю. Калмиков договори на постачання енергії відносив до поставки [11, с. 169].

Для повноти генезису розвитку цивілістичної наукової думки про правову природу договору на постачання енергії слід згадати і М. Брагінського, який у 60-х роках XX ст. відносив постачання енергії до договорів послуг, оскільки зазначені ресурси не розглядалися як речі [12, с. 36].

У 70-х роках XX ст., висвітлюючи питання правового регулювання електропостачання соціалістичних підприємств і організацій, Б. Сейнароєв вказував на те, що договір на постачання електроенергії за характером опосередкованих їм відносин, за основними правами й обов'язками сторін принципово не відрізняється від договору поставки [3, с. 19]. Він поділяв позицію, згідно з якою електроенергія визнавалася цінністю, економічним благом, що може бути предметом договору з урахуванням особливостей, зумовлених фізичною суттю електроенергії. На його думку, електроенергія не може бути предметом договору майнового найму, договору зберігання, оскільки після закінчення встановленого терміну майно, передане відповідно до зазначених договорів, має бути повернуте. Електроенергія ж споживається, отже, її неможливо повернути [3, с. 19].

Більш обережно і менш виразно формулює аналогічний погляд О. Іоффе. На його думку, договори на постачання енергії не можна ні відривати від поставки, ні ототожнювати з нею, вони безпосередньо примикають до договору поставки [13, с. 276]. Викладена позиція мала певну підставу в той час, коли і в науці, і в законодавстві договір поставки трактувався як самостійний, що істотно відрізняється від договору купівлі-продажу. Але в сучасних умовах така трактовка неможлива, оскільки і в науці, і в законодавстві договір поставки розглядається як вид договору купівлі-продажу.

На думку Б. Сейнароєва, Р. Саватьє сформулював сучасне цивілістичне розуміння енергії іноземними вченими: юридично енергія може бути виражена тільки у формі зобов'язання; це річ, визначена завжди родовими ознаками, які виражаються тільки в результатах її використання та продаються відповідно до одиниці виміру. Як важливий об'єкт зобов'язання енергія ніколи не може бути об'єктом права власності [6, с. 122]. Так само можна вести мову про те, що звук і запах, а також інформація, що міститься в звуках і запахах, є речами, обумовленими родовими ознаками; це речі лише тому в сенсі, що вони є предметами матеріального, речового світу, але не світу ідеального, як, наприклад, права вимоги й інші юридичні конструкції.

У середині 80-х років XX ст. договори постачання енергії знову привернули увагу вчених. Розглядаючи питання правового регулювання відносин із постачання електричної, теплової енергії та газу підприємств, А. Шафір повернувся до точки зору, згідно з якою договори постачання електричної, теплової енергії та газу утворюють самостійний цивільно-правовий договір на постачання енергії та газу через приєднану мережу. При цьому він зазначав, що якщо мережевласник прийме енергію для її передачі, то за своїми умовами ці договори слід відносити до договорів перевезення. [14, с. 7].

У європейських країнах договір енергопостачання розглядається як вид договору купівлі-продажу. На думку Б. Сейнароєва, висновок про те, що договір енергопостачання є різновидом договору купівлі-продажу, відповідає сучасній традиції правового регулювання енергопостачання в європейських державах [6, с. 122].

У ГК України договір на енергопостачання віднесений до господарсько-торговельної діяльності, яка включає в себе реалізацію та надання послуг. Параграф 5 глави 54 ГК Укра-

їни отримав найменування «Енергопостачання». Таким чином, договір на енергопостачання виділений у самостійний вид нарівні з постачанням, контрактацією, біржовою торгівлею, лізингом і містить регулювання відносин із постачання різними видами енергії.

В юриспруденції змішування термінів неприпустимі. Послуга не має уречевленого результату; вона невіддільна від особистості послугодателя, тому зараховувати електропостачання до «послугообразних» договорів не можна. У літературі такі договірні відносини іменуються й «користуванням» ресурсів, що також неприпустимо, оскільки будь-який ресурс (електроенергія чи газ) споживається.

У зобов'язаннях про надання послуг результат діяльності виконавця не має речового змісту, тобто послуги носять нематеріальний характер; при цьому послуга пов'язана з особистістю послугодавця [12, с. 36]. Зазначені ознаки відрізняють ці зобов'язання від договорів на передачу майна та договорів підрядного типу, результат яких має речовинну форму. Однак при наданні послуг (наприклад, готельних або послуг харчування) предметом виконання є отриманий замовником корисний ефект від вчинення виконавцем певних дій або здійснення ним певної діяльності. Корисний ефект, отриманий замовником за договором, носить нематеріальний характер і на противагу договорам підряду ніколи не виражається в появі нової речі або зміні (поліпшенні) споживчих властивостей вже існуючої. Тому в літературі висловлюється думка, що предметом договору можуть бути як нематеріальні послуги, так і матеріальні.

Висновки

Договір енергопостачання слід визнати самостійним, особливим видом договору в системі договорів. Обґрунтовується це тим, що договір енергопостачання відрізняється такими істотними особливостями, які в сукупності створюють якісну відмінність його і від поставки, і від купівлі-продажу, і від усіх інших договорів. Однак у науці поступово склалося уявлення про те, що договір електропостачання перебуває в «близькому спорідненні» з групою договорів, спрямованих на передачу товару однією стороною у власність іншій стороні. Тому трактувати його як зовсім самостійний договір цивільного права немає підстав.

Слід визнати, що загальні правила про купівлю-продаж можуть застосовуватися до відносин з енергопостачання лише в малому ступені. Однак основне, що характеризує купівлю-продаж, це перехід товару (в даному випадку вельми специфічного) з власності продавця у власність покупця. Більшість інших правил стосується тільки енергопостачання.

Список використаних джерел

1. *Корнеев С. М.* Юридическая природа договора энергоснабжения // Закон. – 1955. – № 7.
2. *Савельев Н.* Юридическая природа договора о пользовании электроэнергией // Рабочий суд. – 1928. – № 1.
3. *Сейнароев Б. М.* Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций. – М., 1971.
4. *Сейнароев Б. М.* Правовые вопросы договора на снабжение электроэнергией предприятий и организаций. – Алма-Ата, 1975.
5. *Корнеев С. М.* Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. – М., 1956.
6. *Сейнароев Б. М.* Договор энергоснабжения // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 6.
7. *Витрянский В. В.* Договор купли-продажи и его отдельные виды. – М., 1999.
8. *Венская* конвенция о договорах международной купли-продажи: Комментарий. – М., 1994.
9. *Саватье Р.* Теория обязательств. – М., 1972.
10. *Агарков М. М.* Подряд. – М., 1924.
11. *Калмыков Ю. Х.* Правовое регулирование хозяйственных отношений: вопросы гражданского законодательства. – Саратов, 1982.
12. *Брагинский М. И.* Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск, 1967.
13. *Иоффе О. С.* Обязательственное право. – М., 1975.
14. *Шафир А. М.* Энергоснабжение предприятий: правовые вопросы. – М., 1990.

Стаття надійшла до редакції 24.03.2015 р.

This article reviews legal regulation relations that were caused by energy supply, reveals specificity of energy supply contracts that is different from other related types of contracts, also appears suggestions on resolving the issue of necessity about allocation these contracts in a separate category.

В статье рассматривается правовое регулирование правоотношений, возникающих при энергоснабжении, раскрывается специфика предмета договоров энергоснабжения, формулируются предложения по решению вопроса о необходимости выделения таких договоров в отдельную категорию.

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

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПРАЦІВНИКА ЯК СУБ'ЄКТА ОХОРОННИХ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

У статті аналізується статус працівника як суб'єкта охоронних трудових правовідносин, визначаються сутність і роль цього правового інструменту у механізмі охорони трудових прав.

Ключові слова: працівник, правовий статус працівника.

Стан правової охорони трудових прав працівника в умовах сьогодення зумовив необхідність формування у межах нової кодифікації збалансованої системи правових норм, спрямованих на превентивну охорону та захист трудових прав працівників. Поглиблює проблему належного функціонування механізму охорони трудових прав багатоаспектність правового статусу працівника. Наука трудового права продовжує пошук ідеальної теоретичної моделі правового статусу працівника як суб'єкта охоронних трудових правовідносин, що має використовуватися на практиці. У цьому зв'язку слід зазначити, що трансформація трудового права є каталізатором формування та розвитку вчення про охоронні трудові правовідносини, суб'єктом яких виступає працівник. Саме тому стан наявних проблем трудо-правового характеру є потужним поштовхом для здійснення наукової розвідки у заданому правовому векторі.

Суттєвий вклад у розроблення відповідної проблематики здійснили такі відомі юристи, як В. Костюк, А. Лушніков, М. Лушнікова, О. Процевський, С. Прилипко, М. Іншин, В. Щербина, О. Ярошенко й ін.

Метою цієї статті є аналіз доктринальних джерел та нормативно-правових актів, що дозволяють визначити сутність поняття «працівник».

Не можна заперечити тезу про те, що працівник є суб'єктом охоронних трудових правовідносин. У доктрині трудового права відсутній уніфікований підхід до розуміння поняття «працівник», адже він безпосередньо залежить від формування теорій трудового договору. На думку Л. Таля, працівника слід розглядати як фізичну особу, яка обіцяє за відому винагороду докласти свою робочу силу на визначений або невизначений строк до промислового підприємства іншої особи, підпорядковується внутрішньому порядку цього підприємства та господарській владі [1, с. 74]. М. Іншин та В. Щербина визначають працівника як особу, яка уклала трудовий договір із підприємством, установою, організацією або фізичною особою [2, с. 99]. А. Лушніков і М. Лушнікова термін «працівник» розуміють як фізичну особу, яка уклала трудовий договір із роботодавцем і на цій підставі вступила з ним у трудові відносини [3, с. 762]. В юридичній літературі також висловлювалася точка зору, згідно з якою працівник – це фізична особа, яка вступила у трудові відносини з роботодавцем [4, с. 8].

Безумовно, статус працівника є доволі привабливим, адже саме він дає змогу «отримати» низку прав, гарантій, що дозволять забезпечити реалізацію суб'єктивних регулятивних трудових прав механізмами превентивної їх охорони та захисту. Критеріями, за якими визначається статус працівника, прийнято вважати такі: віковий, вольовий, управлінський, інтеграційний, критерій працездатності, критерій виконання мінімального об'єму робіт тощо. У юридичній літературі окремо акцентується увага на важливості психологічного критерію. Так, М. Іншин і В. Щербина з цього приводу зазначають, що для характеристики громадянина як суб'єкта трудового права важливою є така обставина, як: психологічна здатність особи виконувати доручену роботу [2, с. 97]. При цьому реалізація трудо-правового статусу здійснюється через регулятивні й охоронні трудові правовідносини.

Кодекс законів про працю (далі – КЗпП) України, на відміну від кодексів деяких ін-

© С. Вавженчук, 2015

ших держав, не містить дефініцію поняття «працівник», хоча ним оперує. Так, відповідно до ст. 1 Трудового кодексу Республіки Молдова працівником визнається фізична особа (чоловік або жінка), яка виконує роботу, відповідає певній спеціальності, кваліфікації або посаді, отримує заробітну плату на підставі індивідуального трудового договору. Увага у цьому кодифікованому акті приділена таким ознакам працівника: фізична особа; особисте виконання трудової функції; оплатність роботи; підстава виникнення трудового правовідношення (трудовий договір). Відповідно до ст. 20 Трудового кодексу РФ працівник як сторона трудового відношення – це фізична особа, яка вступила у трудові відносини з роботодавцем. Ознаки працівника у цьому випадку законодавець ставить у залежність від ознак трудового правовідношення. Натомість у ст. 15 Трудового кодексу Литовської Республіки визначено, що працівником є фізична особа, яка відповідно до ст. 13 згаданого Кодексу наділена трудовою правоздатністю та дієздатністю, працює за трудовим договором за винагороду. Наведене визначення концентрує дещо інші ознаки працівника: фізична особа; трудова правоздатність фізичної особи; трудова дієздатність фізичної особи; оплатність роботи; наявність договірного трудового правовідношення.

Із аналізу наведених визначень випливає, що законодавці низки держав не акцентують увагу на тому, що працівник може також вступати в охоронні трудові правовідносини. Вказаний недолік міститься також в інших нормативних визначеннях поняття «працівник».

Проблема розуміння поняття, що розглядається, ускладнюється через відсутність його єдиного бачення у національного законодавця. Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону праці» працівник – це особа, яка працює на підприємстві, в організації, установі та виконує обов'язки або функції згідно з трудовим договором (контрактом). Не важко не помітити, що у наведеному визначенні відсутня вказівка на те, що це має бути саме фізична особа, адже поняття «особа» є збірним поняттям із відповідним рівнем абстракції та включає в себе як фізичних, так і юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців, державу тощо. Слід також зазначити, що вказане нормативне визначення не відповідає змісту ст. 3 КЗпП України, адже така фізична особа може працювати за трудовим договором із фізичною особою. Заслуговує на увагу те, що законодавець залишив поза увагою фізичних осіб, які раніше перебували у трудових правовідносинах на підставі трудового договору. З цього приводу вигідно вирізняється визначення поняття «працівник», закріплене у законодавстві Великобританії (так, відповідно до ст. 230 Закону про трудові права 1996 р. працівник визначається як фізична особа, яка вступила у трудовий договір, працює за наймом, або працювала, якщо найм припинено) [5].

Виходячи із змісту ст. 1 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», працівник розглядається як фізична особа, яка працює на підставі трудового договору на підприємстві, в установі, організації чи у фізичної особи, яка використовує найману працю. Також можна знайти визначення поняття «працівник» у Законі України «Про професійний розвиток працівників»: працівник – це фізична особа, яка працює за трудовим договором (контрактом) на підприємстві, в установі та організації незалежно від форми власності та виду діяльності або у фізичної особи, яка відповідно до законодавства використовує найману працю (ст. 1). Це визначення дещо переобтяжене, адже якщо трудові відносини виникають на підставі трудового договору, то вказівка на конструкцію «яка відповідно до законодавства використовує найману працю» є недоцільною, адже призюмується дійсність трудового договору, тобто те, що він укладений на підставі закону. Таке визначення працівника запропоноване й у Податковому кодексі (далі – ПК) України. Так, відповідно до п. 14.1.195 ст. 14 ПК України працівник – це фізична особа, яка безпосередньо власною працею виконує трудову функцію згідно з укладеним з роботодавцем трудовим договором (контрактом) відповідно до закону. Ми вважаємо, що з огляду на сферу дії ПК України наведену нормативну дефініцію можна використовувати лише у відповідному галузевому аспекті.

Аналіз наведеного визначення свідчить про те, що на перший план висувається класична ознака індивідуального трудового правовідношення, а саме: особисте виконання трудової функції. На нашу думку, з огляду на доктрину це не безпідставно. Адже на практиці є непоодинокі випадки коли одна фізична особа виступає одночасно як засновником (учасником) юридичної особи-роботодавця, так і її єдиним керівником, що лише отримує замовлення від третіх осіб на виконання роботи та передоручає її виконання іншим працівникам. Іншими словами, такий керівник безпосередньо власною працею не виконує трудову функцію, що ставить під сумнів набуття ним статусу працівника. Зокрема, у Великобританії на рівні прецеденту (рішення Паттерсон проти Лігал Сервісез Комішн) не визнано за позивачем (Паттерсон), яка зареєстрована єдиним керівником юридичної компанії, статусу працівника, оскільки вона лише отримувала замовлення на виконання робіт, послуг і передоручала їх виконання

іншим працівникам компанії. Суд дійшов висновку, що позивач не виконувала роботу особисто, як це мав здійснювати будь-який працівник, а лише несла ризик відповідальності за строки й якість виконання у межах майна, що належало компанії, правами на яку вона володіла [6].

У правових колах залишається дискусійним питання надання правового статусу працівника фізичній особі, яка є одночасно засновником (учасником) юридичної особи-роботодавця і єдиним її працівником. За таких обставин виникає логічне запитання: чи буде така фізична особа працівником у розумінні КЗпП України, адже наявність статусу працівника дозволить цій особі використовувати доволі дієві механізми превентивної охорони, захисту трудових прав.

Слід зазначити, що законодавець не на рівні закону фіксує визначення окремих видів працівників: працівник підрозділу інкасації (особа, на яку покладені обов'язки організації або здійснення перевезення інкасації коштів і перевезення валютних цінностей [7]), працівник, відповідальний за організацію контролю за виконанням документів у підрозділі (працівник, до функціональних обов'язків якого входять здійснення контролю та ведення обліку контрольних документів, виконання яких покладено на підрозділ [8]), працівник підрозділу перевезення валютних цінностей та інкасації коштів (інкасатор, інкасатор-провідник, водій оперативного автомобіля підрозділу перевезення валютних цінностей та інкасації коштів, а також керівники департаментів, управлінь, відділів, дільниць, секторів та їх заступники, інші працівники, на яких покладені обов'язки з організації або здійснення перевезення валютних цінностей та інкасації коштів [9]), працівник консульської установи (будь-яка особа, зайнята в консульській установі виконанням адміністративних або технічних функцій чи обов'язків із обслуговування консульської установи [10]). Якщо екстраполювати ознаки нормативних дефініцій працівника на щойно наведені визначення, стає зрозумілим, що останні є доволі усіченими (містять лише деякі з необхідних ознак) і, як наслідок, не завжди відображають сутність категорії, що розглядається.

Аналіз чинного законодавства дає підстави для висновку, що національне правове поле на рівні закону містить низку дефініцій поняття «працівник», що суттєво відрізняються за своїм змістом. Більше того, на рівні підзаконних нормативно-правових актів зафіксовано визначення окремих видів працівників, що, як правило, не кореспондують визначенням поняття «працівник» у згаданих законах. Наявність розбалансованого нормативного понятійного апарату породжує проблеми розуміння поняття «працівник» та, як наслідок, ускладнює правозастосування у сфері охорони трудових прав працівників.

Заслуговує на увагу така категорія осіб, як стажисти (оскільки законодавець, наводячи у ст. 1 Закону України «Про охорону праці», ст. 1 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», ст. 1 Закону України «Про професійний розвиток працівників» визначення поняття «працівник», оперує тим, що вказана особа працює на підставі саме трудового договору, а не договору про стажування).

Не вносить ясності також постанова Кабінету Міністрів України від 16.01.2013 р. № 20. Адже відповідно до п. 2 згаданої постанови стажистами є студенти вищих або учні професійно-технічних навчальних закладів, які здобули спеціальність або професію за освітньо-кваліфікаційним рівнем «молодший спеціаліст», «бакалавр», «спеціаліст» або «кваліфікований працівник» і продовжують навчатися на наступному освітньо-кваліфікаційному рівні, проходять стажування на підприємствах за спеціальністю (кваліфікацією) або професією (кваліфікаційним рівнем), за якою здобувається освіта на визначених *договором про стажування* (курсив наш. – *В. С.*) умовах у вільний від навчання час.

Як наслідок, виникає питання: чи підпадає під регулювання ст. 21 «Трудовий договір» КЗпП України договірні відносини між стажистом і роботодавцем, а якщо так, то якою мірою. Можливо національному законодавцю слід детально регламентувати правовий статус стажиста на рівні нового Трудового кодексу, надати йому комплекс охоронних трудових прав. Також заслуговує на увагу досвід держав англосаксонського права, за яким відносини стажування доцільно врегулювати на рівні трьохстороннього договору про стажування, що укладається між стажистом, особою, яка забезпечує стажування, та роботодавцем. Запропонована правова модель дозволить наблизити правовий статус стажиста до правового статусу працівника у сфері охорони трудових прав. Такого роду відносини мають дуалістичну правову природу, адже визначають професійні перспективи, досвід роботи та різного роду права й обов'язки. Критерієм розмежування договірних відносин із стажування та класичних трудових індивідуальних правовідносин слід вважати мету вступу у такі відносини. Якщо метою вступу у договірні правовідносини є отримання професійної підготовки, то мають місце правовідносини із стажування; якщо ж метою є реалізація здатності до праці за плату, отримання досвіду роботи, то мають місце класичні трудові правовідносини, що базуються на трудовому договорі.

На нашу думку, повною мірою правові статуси стажиста і працівника не збігаються. Але не можна заперечувати того факту, що правовий статус стажиста має багато спільного із статусом працівника у сфері охорони його прав при здійсненні стажування. Це пояснюється тим, що стажист наділений подібним обсягом охоронних прав, які притаманні працівнику (правом на відновлення свого порушеного суб'єктивного права або правового положення, право на самозахист, право на реалізацію заходів примусового виконання обов'язку тощо), з огляду на особливості правовідношення, що виникло між стажистом і роботодавцем. Вказане випливає, як мінімум, із ст. 43 Конституції України, яка гарантує, що кожен має право на належні, безпечні та здорові умови праці; ст. 44 Конституції України, за якою ті, хто працює, мають право на страйк для захисту своїх економічних і соціальних інтересів тощо.

Такого роду «регламентарна» тенденція правового статусу стажиста породжує й інші проблеми щодо кола суб'єктів охоронних трудових правовідносин. Адже з огляду на визначення стажистів, що міститься у п. 2 постанови Кабінету Міністрів України від 16.01.2013 р. № 20, поняття «стажист» охоплює дві категорії фізичних осіб, а саме: студентів вищих навчальних закладів та учнів професійно-технічних навчальних закладів. Натомість у КЗпП України не міститься поняття «стажист», а під поняттям «учні» розуміються учні загальноосвітніх шкіл, професійно-технічних і середніх спеціальних навчальних закладів (наприклад, статті 188, 194).

Враховуючи викладену аргументацію щодо розуміння сутності правового статусу працівника, вважаємо за потрібне навести власне визначення поняття «працівник»: це фізична особа, яка наділена трудовою правосуб'єктністю та вступила із роботодавцем у регулятивні або охоронні трудові правовідносини.

Висновки

Наявність розбалансованого нормативного понятійного апарату породжує проблеми розуміння поняття «працівник» і, як наслідок, ускладнює правозастосування у сфері охорони трудових прав працівників. Поняття «працівник» слід розуміти так: це фізична особа, яка наділена трудовою правосуб'єктністю та вступила із роботодавцем у регулятивні або охоронні трудові правовідносини. По-третє, критерієм розмежування договірних відносин із стажування та трудових відносин, що ґрунтуються на трудовому договорі, слід вважати мету вступу у такі відносини.

Список використаних джерел

1. *Таль Л. С.* Очерки промышленного права. – М., 1916. – 131 с.

2. *Іншин М. І., Щербина В. І.* Трудове право України. – Х., 2014. – 500 с.

3. *Лушников А. М., Лушникова М. В.* Курс трудового права: В 2 т. – М., 2009. – Т. 1. – 879 с.

4. *Циндяйкина Е. П., Цыпкина И. С.* Трудовой договор: порядок заключения, изменения и расторжения / Под ред. К. Н. Гусова. – М., 2009. – 224 с.

5. *Subsec.* 1,4 sec. 230 of the Employment Rights Act of 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.parliament.uk/search/results/?q=Employment+Rights+Act+of+1996.&C MD%3dsearch.run=Search.

6. *Patterson* v. Legal Services Commission, [2003] EWCA Civ. 1558 on 11th November 2003, reported at [2004] // Industrial Relations Law Reports. 2004. – P. 153.

7. *Про затвердження* Інструкції з організації перевезення валютних цінностей та інкасації коштів у банківських установах України: Постанова Національного банку України від 14.02.2007 р. № 45 // Офіційний вісник України. – 2007. – № 17. – Ст. 668.

8. *Про затвердження* Інструкції з організації контролю за виконанням документів у системі МВС України: Наказ МВС України від 23.04.2012 р. № 350 // Офіційний вісник України. – 2012. – № 42. – Ст. 1646.

9. *Про затвердження* Інструкції з організації перевезення валютних цінностей та інкасації коштів в установах банків України: Постанова Національного банку України від 03.12.2003 р. № 520 // Офіційний вісник України. – 2004. – № 2. – Ст. 62.

10. *Про Консульський* статут України: Указ Президента України від 02.04.1994 р. № 127/94 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/127/94/card6#Public.

Стаття надійшла до редакції 14.05.2015 р.

This article focuses on the analysis employee status as a subject of protection of labor relations. During the synthesis of the scientific approaches the essence and role of this legal instrument in the mechanism of protection of labor rights.

В статье анализируется статус работника как субъекта охранительных трудовых правоотношений, определяются сущность и роль этого правового инструмента в механизме охраны трудовых прав.

УДК 34 (091) + 342.7

Юлія Медведенко,
аспірантка кафедри правового регулювання економіки
ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»,
юрист Юридичної компанії «Стратег»

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СПІВВІДНОШЕННЯ ЗАХИСТУ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ ЗА ЧАСІВ ЗАПОРІЗЬКОЇ СІЧІ ТА В ПЕРІОД СУЧАСНОЇ УКРАЇНИ

У статті досліджуються процес зародження та формування інституту захисту персональних даних на українських землях, аналізується порядок захисту персональних даних особи за правом, яким жили козаки на території Запорізької Січі.

Ключові слова: козацьке право, захист персональних даних, база даних.

Коріння правового захисту приватного життя особи бере свій початок задовго до закріплення правового інституту захисту персональних даних у світі та встановлення уніфікованого права на українських землях. Люди намагалися мінімізувати несанкціоноване поширення та використання особистої інформації всіма можливими звичаєвими нормами, що в подальшому отримали своє втілення у правових нормах.

Правовому аналізу та дослідженню зародження інституту захисту особи на приватне життя приділяли увагу науковці у галузі як історії, так і правових наук (С. Полюх, Д. Яворницький, Р. Осташ та інші). На жаль, існуючі наукові праці мають суто теоретико-описовий характер, а практичні доробки з питань аналізу зародження інституту правового захисту недоторканності інформації про особу на українських землях відсутні. Зазначений факт зумовлює актуальність дослідження, що полягає у проведенні історико-правового аналізу розвитку та становлення інституту захисту персональних даних особи за часів козацької доби на українських землях і його впливу на сучасне вітчизняне законодавство у сфері захисту персональних даних в Україні.

Мета цієї статті – аналіз і встановлення взаємозв'язку формування та розвитку принципів захисту особи на таємницю приватного життя й інформації на українських землях за часів козацької доби.

Динамічний розвиток технічного прогресу справив вплив не тільки на суспільно-правові відносини, а й на систему права. У зв'язку з цим істотних змін зазнав інститут захисту персональних даних як в окремих країнах, так і в усьому світі.

Право особи на приватне життя бере своє коріння у світовій історії ще задовго до формування правового інституту захисту персональних даних у сучасному його розумінні. Право особи на приватність як юридична категорія зародилася у США. В англійській мові всі сторони приватного життя позначаються єдиним терміном «privacy». Одна з перших спроб сформулювати суть поняття «privacy» зроблена у 1890 р. відомими американськими юристами С. Уорреном і Л. Брандейсом, які визначили його як «the right to be alone» – право бути залишеним у спокої або право бути наданим самому собі. Вони стверджували, що приватність наражається на небезпеку з боку нових винаходів і методів ведення бізнесу й обґрунтовували необхідність створення спеціального «права приватності» [1, с. 193–220]. Формування національних законодавчих баз триває вже кілька десятиліть і бере свій початок із Німеччини. Саме в федеральній землі Гессен у 1970 р. прийняли перший у світі закон про захист персональних даних. Цим законом введена державна посада Комісара із захисту персональних даних, який набув право незалежності від владних структур, а також право спостереження за діяльністю щодо персональних даних [2]. У 1984 р. у Великобританії прийняли «Акт про захист персональних даних», яким здійснюється захист персональних даних, що оброблюються автоматизованими системами [3].

Що стосується захисту персональних даних на території України, то першим нормативно-правовим актом, який урегульовував порядок обігу персональних даних, став За-

© Ю. Медведенко, 2015

кон України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 р. № 2297-VI. Проте слід зазначити, що ми не можемо пов'язувати початок формування інституту захисту персональних даних в Україні з моментом прийняття зазначеного Закону. Адже серед інших факторів і передумов, що вплинули на початок формування принципів та правових норм щодо захисту приватної інформації на території України, вагому роль відіграло заснування на Нижньому Подніпров'ї в середині XVII ст. Запорізької Січі. За історичними даними, Запорізьку Січ можна визначити як самоврядну військово-політичну організацію народної самооборони з комбінованою громадсько-індивідуальною господарською системою, що ґрунтувалася на засадах особистої свободи козаків, демократії, самоврядування, федералізму й економічного лібералізму [4].

У межах території Запорізької Січі, на відміну від інших українських земель, де діяли Магдебурзьке право, Литовський статут, «Руська Правда» та укази влади, існував власний неписаний звід норм права, за яким жили козаки. Право, за яким жили козаки, втілювало у собі сукупність правових звичаїв, що взяли свій початок із козацьких суспільних відносин. Оскільки козаки були людьми військовими, то і правові звичаї виходили з буденного військового життя. Численні бої за незалежність і визволення рідних земель спонукали козаків згуртуватися у військові структури, зумовили потребу офіційної реєстрації великого числа козаків.

За звичаями Запорозької Січі, новоприбулий до війська козак повинен був придбати нове прізвисько, під яким його записували до козацьких реєстрів. У процесі вибору нового імені січове товариство завжди використовувало слушну нагоду повною мірою виявити свою схильність до жарту та дотепу [5]. Обряд прийняття до війська новоприбулого козака Д. Яворницький описує так: «Прийнятий до лав запорізьких козаків насамперед записувався в один із 38 січових куренів, у той чи інший з них, залежно від власного вибору, й тут же, при записі в курінь, змінював своє власне прізвище на якесь нове прізвисько, котре дуже часто характеризувало його з зовнішнього чи внутрішнього боку; цю зміну прізвища робили для того, щоб приховати минуле новоприйнятих у Січ». Львівський мовознавець Р. Осташ дослідив відомі козацькі «Реєстри», складені після Зборівської угоди 1649 р. і видані О. Бодянським у 1875 р., і дійшов висновку, що вони зберігають імена й «прізвищеві назви» понад 40 тис. козаків з Наддніпрянської України. У переліку можна знайти такі прізвища, як Запорожець, Козак, Січовик, Кошовий, Хорунженко, Довбиш, Пушкаренко, Гармаш та інші. [6].Часто на запит російського чи польського уряду, чи немає в Січі якогось Іванова чи Войновича, запорізький Кіш відповідав, що таких осіб у Січі немає, а є Задерихвіст чи Загуби-колесо, котрі вступили до лав козаків приблизно в той час, про який запитують московські чи польські власті [7, с. 319].

При виході за межі території Січі козакам не видавалися ніякі перепустки, які б вказували на їх особистість чи етнічну належність. Винятками із такої ситуації були випадки, по-перше, коли козаки бажали їхати у Польщу або переміщуватися територією України «для торгових чи якихось інших потреб» (вони брали паспорти за підписом кошового отамана із військовою печаткою для вільного проїзду чужими містами й селами); по-друге, коли точилися війни між Росією й народами, володіння яких межували з Запоріжжям, наприклад, турками, татарами та поляками. В цьому випадку, «з огляду на неабиякі закордонні обставини», щоб уникнути будь-якого шпигунства з боку ворогів і «бути невідлучно у всілякій готовності», виїзд із Січі нежонатим козакам без письмового паспорта від військової канцелярії, а жонатим без паспортів від паланкових полковників суворо заборонявся. Часом тим, хто покидав територію Січі, видавали атестати для вступу на службу в українські полки; зразки таких атестатів дійшли до нас у достатній кількості. У такі атестати вносилося ім'я, по-батькові, прізвище й назва куреня певного козака, його служба в роз'їздах, загонах, відрядженнях, секретних розвідках, походах і битвах, відзначалися кмітливість, пильність до служби, чесне виконання покладених на нього доручень і готовність «не щадить своего живота» [8].

Наведене дозволяє зробити припущення, що з цього часу беруть своє зародження перші принципи захисту персональних даних, які знайшли своє втілення у сучасному вітчизняному інституті захисту персональних даних. Ми вважаємо, що встановлення правових норм у сфері захисту персональних даних виникло побічно, а не з прямим умислом розвитку та захисту своїх прав, як це відбувалося у Сполучених Штатах Америки, Німеччині та Великобританії.

Дослідження правових звичаїв і базових принципів права, за яким жили козаки та керувалися в процесі регулювання обігу персональної інформації, дозволяє встановити чіткий взаємозв'язок і безумовний вплив на передумови зародження інституту захисту персональних даних у сучасному розумінні в Україні. Слід зазначити, що принципи, якими керувалися козаки з метою захисту персональної інформації, прямо кореспондуються з сучасними вітчизняними правовими нормами у зазначеному правовому інституті:

нормативністю – захист приватного життя козаків здійснювався звичаєвим правом, за яким жили козаки. Сучасний правовий захист персональних даних в Україні забезпечується Законом України «Про захист пер-

сональних даних», Законом України «Про інформацію» від 02.10.1992 р. № 2657-XII та іншими актами;

індивідуалізації – при долучені до громади на Січі козак мав право на власний розсуд обрати нове ім'я (прізвисько) та у виняткових випадках отримати паспорт. На сьогодні п. 4 ст. 6 Закону України «Про захист персональних даних» визначає, що первинними джерелами відомостей про фізичну особу є: видані на її ім'я документи; підписані нею документи; відомості, які особа надає про себе;

таємності – вся козацька громада була під захистом звичаєвого права, за яким жили козаки, що забороняло розголошувати відомості за межі Запорізької Січі, передусім чужинцям. Наразі, п. 2 ст. 10 Закону України «Про захист персональних даних» передбачає, що використання персональних даних володільцем здійснюється у разі створення ним умов для захисту цих даних. Володільцю забороняється розголошувати відомості стосовно суб'єктів персональних даних, доступ до персональних даних яких надається іншим суб'єктам відносин, пов'язаним із такими даними;

структурованості та єдності – на Запорізькій Січі діяв реєстр козаків. Сучасне вітчизняне законодавство встановлює, що накопичення персональних даних передбачає дії щодо поєднання та систематизації відомостей про фізичну особу чи групу фізичних осіб або внесення цих даних до бази персональних даних (п. 1 ст. 13 Закону України «Про захист персональних даних»);

систематичності – реєстр козаків оновлювався за необхідністю, а тому відомості в ньому завжди були актуальними. Закон України «Про захист персональних даних» визначає, що персональні дані мають бути точними, достовірними й оновлюватися в міру потреби, визначеної метою їх обробки (п. 2 ст. 6);

індивідуалізації – формування атестатів для вступу на службу в українські полки, де зазначалися основні дані козака. Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження порядку ведення особових справ державних службовців в органах виконавчої влади» від 25.05.1998 р. № 731 визначені перелік документів, що складають особову справу державного службовця, а також вимоги до їх оформлення, зберігання й обліку. В особовій справі відображається проходження державної служби, містяться біографічні й інші дані про державного службовця. Формування та ведення особової справи здійснюється кадровою службою органу, в якому працює державний службовець.

Викладене свідчить, що принципи, за якими жили козаки, стали ґрунтовною основою для утвердження інституту захисту персональних даних в Україні.

Висновки

Проведений аналіз дозволяє зробити теоретичне припущення, що захист персональної інформації (даних) особи мало місце задовго до формування письмових норм права на території України. Дослідження довело, що саме право, за яким жили козаки, та принципи, на яких воно засновувалося, були з базовою першоосновою для зародження та формування інституту захисту персональних даних не тільки на українських землях, а й безпосередньо в Україні. Безумовно, проведений історико-правовий аналіз потребує подальшого наукового дослідження з метою встановлення та запозичення позитивних принципів, засад для зміцнення й укріплення етнічних демократичних принципів і цінностей. Поглиблення та розвиток козацько-лицарських традицій у реаліях сьогодення сприятимуть збільшенню зусиль державотворчого спрямування та духовного піднесення як кожної особистості, так і всього українського народу.

Список використаних джерел

1. *Brandeis Louis D., Warren Samuel D.* The Right to Privacy // Harvard Law Review, 1890. – P. 193–220.

2. *О защите* данных: Закон земли Гессен (ФРГ) 1970 г. Електронний ресурс. – Режим доступу: [http://www.uipdp.com/solutions/services/consulting/legislation/eu/germany.html].

3. *Огляд* міжнародного законодавства в сфері регулювання захисту персональних даних від 27.11.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.ucipr.kiev.ua/publications/4496].

4. *Запорізьке* козацтво [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://litii.ru/istoriya_i_istoricheskie_lichnosti/zaporizke_kozactvo.php].

5. *Таємниця* козацького імені [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://www.kozatstvo.net.ua/ua/publications/uk_r.php?d=a&i=2440].

6. *Українські* імена та прізвища // 12 грудня 2009 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: [http://miykray.at.ua/news/ukrajinski_imena_ta_prizvishha/2009-12-12-65].

7. *Яворницький Д. І.* Історія запорізьких козаків / Пер. з рос. І. І. Сварника. – Л., 1990.

8. *Полюх С.* Сучасне козацьке звичаєве право або чому риба гниє з голови? [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.proza.ru/2013/08/10/1313.

Стаття надійшла до редакції 17.04.2015 р.

The article studies the process of formation and origin of the institution of personal data protection in the Ukrainian lands. The procedure of personal data protection in accordance with the law which ruled in the territory of the Zaporozhian Sich has been analyzed.

В статье исследуются процесс формирования и зарождения института защиты персональных данных на украинских землях, анализируется порядок защиты персональных данных лица по праву, которым жили козаки на территории Запорожской Сечи.

УДК 342.3

Юлія Рижук,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри теорії та історії держави і права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ЕФЕКТИВНОСТІ ТА КОНКУРЕНЦІЇ ЯК ЕКОНОМІКО-ПРАВОВИХ КАТЕГОРІЙ

У статті аналізуються такі економіко-правові категорії як ефективність та конкуренція, досліджується їх теоретико-правова характеристика, зокрема, визначені позиції, з яких слід виходити при аналізі основних чинників, з якими пов'язується ефективність права, а також базові засади, на яких має ґрунтуватися правове регулювання конкуренції.

Ключові слова: ефективність, правове регулювання, конкуренція, економічна свобода.

Проблема свободи людини – одна з основних тем світової філософії, теорії держави та права, економічної теорії, оскільки має досить широкий і багатосторонній зміст. Свободу можна розглядати з філософської, юридичної, економічної точки зору, кожна з яких визначатиме свободу як необхідну передумову існування людини в суспільстві.

Свобода в економічному розумінні виходить з особливостей економічних відносин, які охоплюють такі категорії, як власність, виробництво, праця, підприємництво тощо. В економічному розумінні під свободою розуміють здатність вільно використовувати можливості в економічній сфері суспільних відносин; у відносинах власності – вільно розпоряджатися, використовувати та володіти; у праці – вільно обирати вид і рід занять; у підприємництві – самостійно та вільно обирати сферу і вид діяльності тощо.

Висновки про свободу як про духовну характеристику людини, вияв її родової сутності належать Сократу і Епікуру, Б. Спінозі, Й. Шеллінгу і А. Шопенгауеру, Ф. Гегелю і К. Марксу. Проблема свободи досліджувалася в роботах і таких учених, як Л. Фон Мізес, Г. Спенсер, Д. Локк, М. Фрідмен, Ф. Хаєк, Б. Ісайя та інших. Серед учених, які розглядали проблему свободи в контексті прав і свобод людини, слід згадати А. Колодія, А. Олійника, В. Погорілка, В. Тація, Ю. Тодики, П. Рабиновича, Е. Лукашеву, В. Нерсесянца та ін.

Викладене свідчить, що розуміння поняття та сутності свободи не втрачає своєї значущості. Це стосується, зокрема, й економічної свободи.

Метою цієї статті є розгляд таких економіко-правових категорій, як ефективність і конкуренція, з визначенням позицій, із яких слід виходити при аналізі основних чинників, із якими пов'язується ефективність права, а також базових основ, на яких має ґрунтуватися правове регулювання конкуренції.

Реформування соціальної, економічної та політичної сфер сучасної України зумовлює їх змістовні перетворення та необхідність правового забезпечення таких перетворень. Перехід від командно-адміністративної до ринкової економіки передбачає політичні та правові реформи, що пов'язуються, насамперед, із стрімким розвитком підприємництва, приватної ініціативи, приватизацією державної власності. За такої ситуації законодавство України, з одного боку, має забезпечувати повною мірою можливість кожного члена суспільства реалізовувати свої здібності та заробляти на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується, а з іншого – обмежити надмірне втручання держави у процес здійснення економічної діяльності. Зрозуміло, що такі зміни не можуть не впливати на законодавче визначення та практичне забезпечення економічної конкуренції й ефективності економічної політики держави, з чим пов'язується розвиток економіки в цілому.

Ефективність економічної політики держави безпосередньо пов'язується з ефективністю кожного елемента у механізмі правового регулювання, починаючи з первинного регулятора суспільних відносин – норми

© Ю. Рижук, 2015

права. Результатом правотворчої діяльності виступає прийняття реально дієвих норм права, що відображатимуть систему принципів економічної політики соціально-правової держави.

Ефективність як економіко-правову категорію слід розглядати з аспекту відповідності регулюючого впливу права на економіку держави щодо забезпечення загальнодержавних і приватних інтересів суб'єктів економічних відносин. Ефективність права є результативною характеристикою дії права, через яку виявляється здатність права вирішувати соціально-економічні проблеми [1, с. 499–517]. Адже практичне досягнення цілей, що стоять перед законодавцем у процесі правового регулювання, визначають ступінь ефективності та дієвість права.

Ефективність права як комплексний показник залежить від низки факторів, аналіз яких дозволяє оцінити співвідношення цілей і дієвості права. Ці фактори пов'язуються із політичною ситуацією у державі, рівнем розвитку економічної системи, досконалістю правової бази, соціальним і культурним розвитком. До основних чинників, що впливають на ефективність права, можна віднести: досконалість законодавства в цілому і сутнісну характеристику кожного окремого нормативно-правового акта, що регулює відносини у економічній сфері; ефективність правозастосовчої діяльності як особливої форми реалізації права; рівень правосвідомості суспільства в цілому, у тому числі кожного окремого учасника економічних відносин.

Аналізуючи основні чинники, з якими пов'язується ефективність права, слід виходити з таких позицій:

- соціально орієнтована економіка не саморегулююча система відносин, а потребує регулятивного впливу з боку держави;
- державне втручання у сферу економічних відносин має виходити з позиції економічної свободи;
- у сфері правового регулювання економіки увагу слід приділяти податково-бюджетній і грошово-кредитній політиці, що повинні мати однакові стратегічні економічні цілі;
- максимальна зайнятість населення та захист прав споживачів заслуговують на особливу увагу;
- має досягатися компроміс між приватними та груповими інтересами, що дозволятиме використовувати здатності кожного потенціального учасника економічних відносин, отримувати бажаний прибуток від соціально активної та суспільно корисної поведінки.

Сьогодні, коли метою правового регулювання виступає не лише співвідношення мети та практичного втілення волі законодавця, актуальним є питання правового виразу та узгодженості соціально-економічних інтересів, що сприяє вільному розвитку як економічних відносин, так і економічної системи. Ми поділяємо точку зору А. Новака, що саме від параметрів економічної політики залежить рівень економічного розвитку країни [2, с. 61].

Безумовно, ефективність економічного розвитку залежить від певного втручання держави в економічні відносини між суб'єктами економічного процесу. Але таке втручання держави має виходити із загального принципу економічної свободи, що зумовлюється особливостями економічних відносин, передусім таких категорій, як власність, виробництво, праця, підприємництво тощо.

Централізоване керівництво як спосіб координації економічної діяльності передбачає наявність певних закріплених державою правил поведінки, що врегульовують економічні відносини, шляхом визначення прав та обов'язків їх учасників. Оскільки видані компетентними на те органами державної влади правила поведінки є нормами права, то за умови їх неналежного виконання чи порушення вони забезпечуються примусом.

У свою чергу, добровільна співпраця базується на тому, що учасники економічних відносин заінтересовані в угоді, яку вони укладають. Про «заінтересованість» та економічну вигоду, яку отримують учасники такого виду правовідносин, можна вести мову у випадку, коли узгоджуються внутрішня воля суб'єкта з його фактичною поведінкою, усвідомлюються повною мірою наслідки вчинених дій. У випадку наявності прихованих мотивів, недостатнього усвідомлення дій, що вчиняються, чи виникнення розбіжностей щодо внутрішньої волі та поведінки суб'єкта функціонування добровільної співпраці як координатора економічної діяльності неможливе. Забезпечення законності у процесі здійснення економічної діяльності є ключовим моментом, оскільки не допускає фізичного примусу, а передбачає добровільне дотримання умов договорів, що укладені між учасниками таких відносин на основі загальних норм права.

Досягнення економічної свободи бажане саме собою, оскільки вона розширює діапазон вибору для особи – як споживача, так і виробника. Однак значення економічної свободи у суспільстві часто недооцінюється, не враховується її роль у галузі прав людини, вплив на свободу об'єднання тощо.

Слід зазначити, що децентралізація прийняття економічних рішень зміцнює громадянське суспільство, створюючи простір, у якому різні організації можуть існувати незалежно від державного контролю. Так, якщо чиновники та політики визначають лише

межі економічної свободи, то визначення напрямів і способів реалізації економічної свободи здійснюється повною мірою на розсуд осіб – повноправних членів громадянського суспільства. Така позиція дозволяє стверджувати, що реалізація економічної свободи залежить від політичної свободи в тому відношенні, яким чином координується економічна діяльність. Якщо політична влада збігається з економічною, то економічна свобода прямо залежить від політичної, якщо ж навпаки, то політична залежить від економічної свободи.

У юридичній науці існують дискусійні питання правового регулювання економічних відносин. М. Фрідмен та Ф. Хайєк зазначали, що, з одного боку, зрозумілим є те, що свобода можлива лише у межах закону, а з іншого – що будь-який закон є порукою свободи [3, с. 148]. Свобода у межах закону проявляється через гарантії, передбачені правом, щодо реалізації свободи особою, через наявність настання негативних наслідків при порушенні чи обмеженні особи у можливості використовувати свободу. Розглядати закон порукою свободи можна у випадку, коли шляхом прийняття певних правил поведінки у процес реалізації свободи впроваджуються певні обмеження, заборони тощо. В цьому полягає взаємозв'язок між політичною й економічною свободами, оскільки те, які функції та принципи визначають правила поведінки залежить від державної влади, від можливостей реалізації політичної й економічної свобод.

Під економічною свободою розуміємо можливість економічної діяльності, що здійснюється без втручання влади. Ключовими критеріями економічної свободи є право вільного вибору виду та роду діяльності, свобода підприємництва – це право вільного обміну, право вільної конкуренції тощо, захист власності, що забезпечується державою. Існування економічної свободи неможливе без політичної свободи, оскільки остання визначає можливості особи для участі у політичному процесі на рівних умовах.

Держава може сприяти розвитку та функціонуванню економічної свободи шляхом створення системи відповідних нормативно-правових актів і правоохоронної системи, захисту майнових прав власників. Разом із тим економічна свобода вимагає від держави утримуватися від втручання у вільний вибір осіб, добровільний обмін, свободу у виборі сфери праці, конкуренції як у сфері праці, так і виборі товарних ринків. Держава повинна уникати введення змін, які можуть обмежити економічну свободу (зміни у податковій системі, державних витратах, правил для вільного вибору сфери економічної діяльності, добровільного обміну та ринкової координації).

Конкуренція – основа економіки сучасних держав, тому правове регулювання конкуренції визначає право конкуренції та забезпечує можливості учасників ринкових відносин. Таке правове регулювання є ефективним лише у випадку, коли в основу її покладено:

- забезпечення економічної свободи – прийняття в установленому державою порядку нормативно-правових актів з метою врегулювання основ економічних відносин, зокрема легалізація суб'єктів підприємницької діяльності, право на доступ до економічної інформації, свобода та захист економічної діяльності суб'єктів господарювання; тощо;
- державне регулювання ринкових відносин – цілеспрямована діяльність компетентних органів держави щодо планування, організації, обліку, стимулювання, контролю й управління різними видами економічної діяльності суб'єктів господарювання та системою господарювання в цілому;
- використання основних способів і типів правового регулювання. Ця умова передбачає розумне поєднання в процесі правового регулювання економічних відносин основних способів правового регулювання (дозвіл, зобов'язання, заборона, надання пільг тощо) та типів (загальна заборона – для компетентних органів держави та загальний дозвіл – для підприємців);
- підтримка добросовісної конкуренції – розроблення та прийняття відповідних нормативно-правових актів, що покликані гарантувати збереження і розвиток ринкової конкуренції, недопущення зловживань монопольним становищем, забезпечення регулювання сфер державних і природних монополій;
- недопущення зловживання монопольним становищем, обмеження конкуренції, недобросовісної конкуренції. Держава в особі компетентних органів шляхом прийняття відповідних нормативно-правових актів може створювати передумови для розвитку та функціонування монополій. Саме з цим пов'язується необхідність державної підтримки добросовісної конкуренції та заборона діяльності, що спрямована на монополізацію товарних ринків, неправомірне обмеження конкуренції, недобросовісну конкуренцію;
- єдиний економічний простір – вільне переміщення товарів, послуг і фінансових коштів територією України та законодавче закріплення заборони на встановлення будь-яких штучних бар'єрів, що обмежують можливість переміщення товарів, послуг, фінансових потоків територією.

При розгляді проблем співвідношення держави, права й економіки на особливу увагу заслуговує питання механізму державного

регулювання економікою, що за сутнісною характеристикою пов'язується із проявом однієї з функцій державного управління, яке здійснюється за допомогою певних правових форм. Загальновизнаними правовими формами державного регулювання економіки є закони, підзаконні акти та судові акти (визначення форм державного регулювання економіки у даному контексті, як і форм права в цілому, залежить від типу правової системи держави, що розглядатиметься). В цьому контексті йдеться про законодавство, спрямоване на регулювання економічних відносин та економічної системи в цілому.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок,** що ефективність як економіко-правова категорія, перш за все, пов'язується з ефективністю права, а конкуренція, виступаючи основою економіки сучасних держав, напряму залежить від правового регулювання.

Список використаних джерел

1. *Проблемы* общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсесянца. – М., 2001. – 832 с.
2. *Новак А. Я.* Як підняти українську економіку. – К., 2013. – 400 с.
3. *Фридмен М., Хайек Ф.* О свободе. – М., 2003. – Вып. 2. – 182 с.

Стаття надійшла до редакції 25.02.2015 р.

The article analyzes such economic and legal category as efficiency and competition. Served their theoretical legal characteristic, in particular, determine the position of which should be based on the analysis of the main factors, which binds the effectiveness of law as well as the basic foundation on which to build the legal regulation of competition.

В статье анализируются такие экономико-правовые категории, как эффективность и конкуренция, исследуется их теоретико-правовая характеристика, в частности, определены позиции, из которых следует исходить при анализе основных факторов, с которыми связывается эффективность права, а также базовые основы, на которых должно основываться правовое регулирование конкуренции.

УДК 347.77

Олег Мандзюк,
канд. юрид. наук,
голова Інституту стратегічних ініціатив
Глобальної організації союзницького лідерства

РОЛЬ АНАЛІТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ Й АНАЛІТИЧНИХ ЦЕНТРІВ У ФОРМУВАННІ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ КІБЕРБЕЗПЕКОВОЇ ПОЛІТИКИ

Стаття присвячена актуальним питанням політики кібернетичної безпеки, зокрема ролі аналітичної діяльності й аналітичних центрів у формуванні та реалізації даного виду політики.

Ключові слова: інформаційна політика, кібербезпека, кібербезпекова політика, аналітична діяльність, аналітичний центр.

Діалектика розвитку суспільства на кожному його цивілізаційному етапі зумовлює появу нових загроз і викликів, яким це суспільство має протистояти. Без перемоги у такому протистоянні буття суспільства перетвориться на суцільний хаос, а населення приречене якщо не на смерть, то на вразливе неповноцінне існування. Поява новітніх технологій, поширення комп'ютерної техніки ще більше актуалізувало питання забезпечення безпеки людства, ефективного функціонування держав, органів і організацій, окремих осіб.

Важливість проблеми кібернетичної злочинності, кібернетичної безпеки зумовлює інтерес до неї вчених як в Україні, так і поза її межами.

Серед тих, хто активно працює над зазначеним напрямом, слід згадати П. Біленчука, І. Бенька, В. Бурячка, В. Бутузова, В. Гурковського, О. Данільяна, Д. Дубова, Б. Кормича, О. Корченка, В. Ліпкана, Ю. Максименко, О. Литвиненка, В. Панченка, Г. Ситника, І. Сопілко, В. Толубка, Т. Тропіну, Л. Харченка, Д. Швеця, О. Шепету, Д. Яковіва та інших. Інтереси науковців стосуються концептуальних засад інформаційної безпеки, сутність кібернетичної безпеки, співвідношення понять інформаційної та кібернетичної безпеки, ролі правоохоронних органів у забезпеченні кібернетичної безпеки.

Незважаючи на суттєвий масив наукових публікацій, недослідженими залишаються окремі ідеологеми, зокрема кібербезпекова політика. Потребує поглибленого вивчення й аналітична діяльність окремих фахівців, аналітичних центрів у реалізації зазначеного сегмента політики.

Метою цієї статті є дослідження ролі аналітичної діяльності й аналітичних центрів у реалізації кібербезпекової політики.

У Конституції України зазначається, що захист «суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу». Внесення інформаційної безпеки до одного ряду із захистом суверенітету і територіальної цілісності свідчить про суттєву важливість саме цієї функції держави. Саме тому виникає необхідність конкретизувати сутність ключового поняття. Під інформаційною безпекою розуміється «складова національної безпеки, свідомий цілеспрямований вплив суб'єкта управління на загрози та небезпеки, за якого державними та недержавними інституціями створюються необхідні і достатні умови для: забезпечення інформаційного суверенітету України, вдосконалення державного регулювання розвитку інформаційної сфери, впровадження новітніх технологій у цій сфері, наповнення внутрішнього та світового інформаційного простору достовірною інформацією про Україну та ін.» [1, с. 105].

Практична реалізація заходів інформаційної безпеки здійснюється на підставі таких законодавчих актів, як закони України: «Про інформацію», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах»,

© О. Мандзюк, 2015

«Про державну таємницю», «Про основи національної безпеки України», «Про основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», а також Доктрини інформаційної безпеки України (яка з невідомих і не зрозумілих причин була скасована влітку 2014 р.). З іншого боку, законодавці, урядовці мають враховувати рекомендації науковців, які досліджують актуальні проблеми у вказаній галузі, займаються компаративним аналізом у синхронному та діахронному аспектах, прогнозують можливі загрози і небезпеки.

Одним із найважливіших компонентів інформаційної безпеки є кібербезпека. Ми в цілому поділяємо погляди укладачів проекту Стратегії забезпечення кібернетичної безпеки України, які під цим терміном розуміють «стан захищеності критичних об'єктів національної інформаційної інфраструктури та окремих її складових, за якого забезпечується їх стале функціонування і розвиток, своєчасне виявлення, запобігання і нейтралізація кібернетичних загроз в інтересах людини, суспільства, держави» [2]. Разом із тим зосередження поняття лише на лексемі «стан», на нашу думку, не можна вважати вичерпним, оскільки це звужує семантику, позбавляє її багатоаспектності та динамічності. Тому доцільно розширити визначення діяльнісними аспектами із вказівкою на суб'єктів такої діяльності.

Термін «політика кібернетичної безпеки (кібербезпеки)» увійшов до сталого обігу, насамперед, завдяки активній діяльності у цьому напрямі американських, європейських науковців і політиків, що дозволило створити принципово важливі нормативні акти. Аналіз цих документів свідчить, що при тлумаченні терміна ключовим смисловим компонентом виступає розуміння кіберполітики як інструмента поліпшення кібербезпеки, що є структурою високого рівня, яка базується на принципі «зверху донизу» та дозволяє встановити і підтримувати національні цілі, пріоритети [3]. Сам ключовий термін є відносно новим. Його походження пов'язують із появою у США в 2003 р. національної політики захисту кіберпростору як частини національної стратегії безпеки, зумовленої терористичними атаками 11.09.2001 р. [4]. Метою стратегії, відображеної в документі, визнається формування та реалізація політики, яка дозволяє безпечно володіти інформацією, оперувати нею у кіберпросторі, контролювати її чи здійснювати безпечну взаємодію. Убезпечення кіберпростору вважається складним стратегічним викликом, який потребує координації та фокусування зусиль суспільства, федерального уряду, державної і місцевої влади, приватного сектора й американських людей.

Проведений нами аналіз дозволяє сформулювати авторське визначення кібербезпекової політики, під якою ми пропонуємо розуміти *цілеспрямовану, науково обґрунтовану діяльність державних органів, органів місцевого самоврядування, недержавних структур (зокрема аналітичних центрів), окремих фахівців з формування та реалізації правових норм, концепцій, що дозволяють здійснювати управлінські, організаційні, технічні заходи з метою забезпечення інформаційного суверенітету України, а також убезпечення функціонування юридичних і фізичних осіб у кібернетичному просторі.*

Ми пропонуємо також ввести до обігу понятєвий конструкт ключових термінів, який відображає статус і взаємні зв'язки основних семантичних одиниць.

Ми маємо на меті наочно довести, що *кібербезпекова політика* є логічним продовженням *політики інформаційної,* а разом вони входять до поняття *«державна політика»,* що існує взаємний зв'язок і взаємний вплив інформаційної та кібербезпекової політики. У свою чергу, вони детермінують реалізацію інформаційної та кібернетичної безпеки, які також взаємозв'язані.

При розгляді теми дослідження необхідними є конкретизація кола суб'єктів, на які покладається функція формування та реалізації кібербезпекової політики, а також визначення ролі аналітичних центрів у здійсненні такої діяльності. Багатогранність, комплексність завдань, що постають перед цією галуззю політики, зумовлюють об'єднання зусиль органів державної влади й управління на всіх рівнях, органів місцевого самоврядування, формальних і неформальних організацій громадянського суспільства, діяльність яких спрямована на конструктивні цілі подальшого розвитку України, установ, підприємств, закладів усіх форм власності, експертів і пересічних громадян, не байдужих до стану справ у державі.

Складність визначення поняття «кібербезпека», кола суб'єктів кібербезпекової політики полягає в неоднорідності існуючих поглядів. З одного боку, спостерігається перенесення акцентів на владні структури, з іншого – відбувається технократизація поглядів. Так, О. Корченко, В. Бурячок, С. Гнатюк, характеризуючи поняття «кібербезпека», визначають її як сукупність активних захисних і розвідувальних дій, що в процесі інформаційного протиборства зусиллями поодино-

ких інсайдерів або організованих кіберугруповань розгортаються навколо інформаційного ресурсу (далі – ІР), інформаційно-комунікаційних технологій (далі – ІКТ) та інформаційно-телекомунікаційних систем (далі – ІТС) і спрямовані на досягнення й утримання потенційними протиборчими сторонами переваги у протидії новим загрозам безпеці для власних об'єктів критично важливої інформаційної та кіберінфраструктури [5, с. 41].

Наведене формулювання, на нашу думку, не зовсім вдале. По-перше, коли йдеться про протиборство, мають бути означені обидві його сторони. По-друге, оскільки слово «зусилля» зазвичай в мові має позитивну конотацію, дії «поодиноких інсайдерів або організованих кіберугруповань» слід оцінювати із знаком плюс? Виникає ще одне питання: обидві сторони протиборствують заради переваги у протидії новим загрозам?

Наведена цитата, яка відображає досить поширену точку зору, яскраво свідчить про суттєву недооцінку ролі аналітичної діяльності й аналітичних центрів у формуванні та реалізації кібербезпекової політики. У зв'язку з цим необхідно розглянути ці питання ґрунтовніше.

Ми вважаємо, що *аналітична діяльність у сфері кібербезпекової політики є високоінтелектуальною творчою працею, яка включає в себе спостереження, відбір, науково обґрунтовану обробку, узагальнення та систематизацію інформації у вказаній галузі з метою підготовки інформаційно-оглядових документів, рекомендацій, що будуть враховані при формуванні й реалізації відповідних управлінських рішень у сфері державної політики.* Така діяльність може здійснюватися як окремими фахівцями-експертами (аналітиками), так і творчими колективами, що об'єднують вузько- чи широкопрофільні групи дослідників.

Об'єкт аналітичної діяльності детермінується конкретною сферою залежно від профілю дослідження. Враховуючи розгалуженість поняття «кіберзлочинність», за первинними ознаками диференціацію об'єктів можна здійснити з поділом на гуманітарні (соціальні, політичні, психологічні, правові, в тому числі криміналістичні), економічні та технічні. Окремо виділяються об'єкти дослідження, пов'язані з воєнною сферою. Широта діапазону в такому випадку може коливатися від ідеологічної сфери (так звані інформаційні війни з використанням «інформаційної зброї») до розвідувальних акцій, прямих кібератак і проявів кібертероризму.

Класифікація об'єктів аналітичної діяльності може бути більш деталізована із зосередженням уваги на порушеннях, передбачених Конвенцією про кіберзлочинність, прийнятою Радою Європи 23.11.2001 р. і ратифікованою Україною 07.09.2005 р. Сюди включаються дослідження правопорушень проти конфіденційності (незаконний доступ, нелегальне перехоплення, втручання у дані, втручання у систему, зловживання пристроями); правопорушень, пов'язаних із комп'ютерами (підробка, шахрайство), із змістом (дитяча порнографія); правопорушення, пов'язані з порушенням авторських і суміжних прав.

Основними *функціями* дослідження об'єктів у ході аналітичної діяльності у сфері кібербезпекової політики є *діагностична* (стан і причини) та *прогностична* (тенденції, очікування). Перша дозволяє системно оцінювати всі кримінологічні показники та на їх підставі створювати ймовірні варіанти розвитку подій, що дозволить спрацьовувати на упередження.

Обсяги інформації, що підлягає аналізу, невпинно зростають. Достатньо навести той факт, що у США кількість кібератак на день сягає астрономічної цифри – 50 000 [6]. Безумовно, масштаби України значно менші, хоч і тут є проблеми. За даними звіту експертів CISCO за 2014 р., Україна входить до ТОР-10 країн за кількістю кібератак [7]. Наведені факти свідчать про те, що стрімке зростання обсягів інформації, передусім в умовах так званих гібридних війн, ставить перед державою завдання залучення до аналітичної діяльності все більшої кількості фахівців, а також інтенсифікації роботи вже працюючих.

Значна увага має приділятися діяльності аналітичних центрів. Вони можуть бути як постійно діючі в межах дослідницьких установ, так і створені на громадських засадах. Україна має значний інтелектуальний потенціал, зосереджений в аналітичних центрах. На підтвердження цьому можна навести відомості, що в результаті дослідження, проведеного Пенсільванським університетом у 2013 р., яке охопило діяльність більш як 6 тис. «мозкових центрів» із 182 країн, Українська неурядова організація Центр Розумкова зайняла 84 місце серед 150 кращих аналітичних центрів світу і восьме місце серед центрів Центральної та Східної Європи. До рейтингу кращих також потрапили КНЕУ ім. Вадима Гетьмана і Міжнародний центр перспективних досліджень. У своїх галузях відзначилися Центр освітньої політики, Центр освітніх досліджень, Український незалежний центр

політичних досліджень [8]. Разом із тим перелік аналітичних центрів, які безпосередньо впливають на кібербезпекову політику в Україні, недостатньо широкий. На особливу увагу заслуговує діяльність двох із них. Першим можна назвати інформаційно-аналітичний центр, створений згідно з Указом Президента України «Про інформаційно-аналітичний центр» від 12.04.2014 р. № 398/2014 і визнаний робочим органом Ради національної безпеки і оборони України. На нього покладаються функції аналітичного та прогнозного супроводження діяльності РНБО, підготовка інформаційно-аналітичних бюлетенів та інших інформаційних матеріалів для РНБО, підготовка пропозицій щодо вдосконалення нормативно-правових актів з питань національної безпеки в інформаційній сфері. Оскільки завдання, покладені на інформаційно-аналітичний центр, є надзвичайно важливими та складними, передбачено, що наукове супроводження діяльності вказаного центру здійснює Національний інститут стратегічних досліджень при Президентові України. Аналіз структури останнього свідчить, що у вказаному Інституті є підрозділи, які тією чи іншою мірою можуть впливати на формування та реалізацію кібербезпекової політики. Зокрема, це відділи стратегії розвитку національної безпеки, реформування сектора безпеки й оборони, інформаційної безпеки та розвитку інформаційного суспільства, сектори моніторингових досліджень, сценарних прогнозів у складі інформаційно-аналітичного відділу. Разом із тим слід констатувати й певну консервативність, несвоєчасне реагування на виклики сьогодення, що мають миттєво реструктуризувати існуючий порядок. Так, в умовах глибинного протистояння з державним режимом Російської Федерації дещо дивно виглядає наявність у складі Інституту сектора співробітництва з Росією та країнами СНД.

Аналіз динаміки наукових пріоритетів в аналітичних доповідях, представлених на сайті Національного інституту стратегічних досліджень при Президентові України, свідчить, що кібербезпекова політика ще не віднайшла належного місця у загальному масиві доробок учених (таблиця).

Наведене дозволяє стверджувати, що незважаючи на малу кількість аналітичних доповідей, присвячених кібербезпековій політиці, спостерігається позитивна тенденція поступового зростання наукового інтересу до вказаної проблематики. Аналіз тематики доповідей свідчить, що пріоритети наукових інтересів охоплюють проблеми майбутнього

Репрезентація питань кібербезпекової політики в аналітичних доповідях Національного інституту стратегічних досліджень

Рік	Загальна кількість аналітичних доповідей	У тому числі присвячених кібербезпековій політиці	%
2014	15	2	13,3
2013	22	2	9
2012	28	2	7,1
2011	21	1	4,8
2010	15	1	6,7

кіберпростору та національних інтересів України, міжнародного безпекового середовища як викликів і загроз національної безпеки України; правових і технічних аспектів захисту персональних даних у сучасному кіберпросторі.

2014 р. також була розроблена стратегія забезпечення кібернетичної безпеки України, досліджувалися проблеми нормативно-правового забезпечення інформаційного суверенітету України.

Для розроблення новітніх стратегій і прогнозів існує потреба вивчення закордонного досвіду, встановлення можливостей його адаптації до умов України. Компаративістика в аналітичних дослідженнях Національного інституту стратегічних досліджень була представлена аналітикою щодо використання досвіду Великої Британії у взаємодії органів безпеки та недержавного сектора в умовах поширення незаконного контенту; досвіду країн Європи щодо нормативно-проектного забезпечення розвитку інформаційного суспільства; інституційного забезпечення державної комунікативної політики.

Відсутність у тематиці найактуальніших проблем, пов'язаних із кібербезпековою політикою України в умовах випробування державності на міцність, трансформації розуміння ворогів і союзників, прогнозування подальших подій з упередженням негативних наслідків, можна пояснити плановим характером проведення досліджень і недооцінкою політиками ролі аналітичної діяльності, використанням застарілих методів дослідження, що нав'язуються дослідниками та політиками, на яких тисне значний життєвий досвід, який інколи унеможливлює використання сучасної методології дослідження інформаційного суспільства та розуміння трендів його

розвитку та трансформацій. Разом із тим ми переконані, що замовлення державних діячів на подібні дослідження мають ставати більш частими. Від цього залежить не тільки встановлення стратегії та тактики у відповідній галузі політики, а й існування суверенної України.

Висновки

Проведене нами дослідження дозволило визначити сутність поняття «кібербезпекова політика» відносно історії походження, розуміння його у світовому масштабі, запропонувати його авторське тлумачення. Розроблений нами конструкт ключових термінів наочно візуалізував співвідношення категорій державної політики, інформаційної політики, інформаційної безпеки, кібербезпекової політики, кібербезпеки. Комплексність проблеми потребує подальшої класифікації видів аналітичної діяльності у досліджуваній сфері. В результаті використання кваліативних методів, а також контент-аналізу виявлені основні тенденції у діяльності аналітичних центрів, на яких покладаються обов'язки формування та супроводження реалізації кібербезпекової політики, а також недооцінка ролі цих центрів політиками.

Список використаних джерел

1. *Ліпкан В. А., Ліпкан О. С., Яковенко О. О.* Національна і міжнародна безпека у визначеннях та поняттях. – К., 2006. – 256 с.

2. *Стратегія* забезпечення кібернетичної безпеки України [Електронний ресурс]: http://www.niss.gov.ua/public/File/2013_nauk_an_rozrobku/kiber-strateg.pdf.

3. *European* Union Agency for Network and Information Security. National cyber security strategies //http://www.enisa.europa.eu/activities/Resilience- and-CIIP/national-cyber-security-strategies-ncsss/ cyber-security-strategies-paper.

4. *National* strategy to secure Cyberspace // http://www.dhs.gov/national-strategy-secure-cyber-space.

5. *Корченко О., Бурячок В., Гнатюк С.* Кібернетична безпека держави: характерні ознаки та проблемні аспекти // Безпека інформації. – 2013. – Т. 19, № 1. – С. 40–44.

6. *John Markoff, Andrew E. Kramer.* U. S and Russia Differ on a Treaty for Cybersecurity, June 28. 2009. – http://www.nytimes.com/2009/06/28/world/28 cyber.html?_r=1.

7. *Украина* входит в TOP-10 стран по количеству кибератак // http://novosti-n.org/ukraine/read/82710.html.

8. *Украинские* аналитические центры вошли в число ста лучших в мире // http://zn.ua/UKRAINE/ukrainskie-analiticheskie-centry-voshli-v-chislo-sta-luchshih-v-mire.html.

Стаття надійшла до редакції 25.02.2015 р.

This article is devoted to the pressing questions of politics of cyber security, in particular role of analytical activity and analytical centers in forming and realization of this type of politics.

Статья посвящена актуальным вопросам политики кибернетической безопасности, в частности роли аналитической деятельности и аналитических центров в формировании и реализации данного вида политики.

УДК 347.77

Анатолій Супруненко,
доцент кафедри оперативно-розшукової діяльності факультету податкової міліції,

Тихон Шишка,
лаборант кафедри управління, адміністративного права і процесу та адміністративної діяльності Національного університету ДПС України

ІНФОРМАЦІЙНА БЕЗПЕКА ПОДАТКОВИХ ТА ІНШИХ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ В УМОВАХ ФОРМУВАННЯ УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У статті розглядаються сутність і найхарактерніші ознаки інформаційної безпеки податкових та інших правоохоронних органів України.

Ключові слова: інформатизація, безпека, інформаційна безпека, комп'ютер, кібернетична безпека.

Діяльність юридичних і фізичних осіб у сфері інформаційної безпеки України регламентується системою нормативно-правових актів: законами України, постановами Кабінету Міністрів, державними стандартами, нормативними документами захисту інформації (далі – НД ТЗІ).

На сучасному етапі в умовах швидкого розвитку процесів інформатизації, комп'ютеризації проблема забезпечення інформаційної безпеки податкових та інших правоохоронних органів у процесі формування українського законодавства набуває важливого значення. Актуальність цього питання зумовлюється тим, що підвищення ролі інформаційного забезпечення діяльності та безпеки державних фіскальних органів України, зокрема податкової міліції, в умовах реалізації Податкового кодексу є необхідною умовою проведення комплексного оперативного аналізу інформаційних матеріалів з питань оподаткування, надання органам управління та відповідним рівням фіскальної служби достовірної інформації для обслуговування потреб платників податків, запобігання правопорушенням і злочинам у сфері оподаткування, їх своєчасного розкриття, розслідування.

Метою цієї статті є розкриття сутності та найбільш характерних ознак інформаційної безпеки податкових та інших правоохоронних органів України.

Проблеми інформаційного забезпечення діяльності органів податкової служби досліджували такі теоретики та практики-податківці, як В. Антипов, О. Бандурка, В. Білоус, А. Брезвін, З. Варналій, О. Костенко, І. Парина, О. Розум, Л. Тарантул, Ф. Дорошенко та інші. Важливим є внесок учених, які досліджували окремі аспекти інформаційної безпеки, серед яких О. Бєлова, А. Возженікова, І. Бінько, О. Гончаренко, Б. Кормих, С. Головащенко, В. Косевцов, В. Ліпкан, В. Лопатін, О. Гаврилов, В. Копилов, Ю. Максименко та інші. Заслуговують також на увагу наукові доробки таких учених, як Д. Бєдняков, Р. Калюжний, Я. Кондратьєв, Н. Лисов, Є. Лук'янчиків, Д. Никифорчук, С. Овчинський, Ю. Орлов та інші.

Короткий екскурс в історію розвитку безпеки свідчить, що термін «безпека» вперше використаний у XVI ст. і позначав спокійний стан духу людини, яка вважає себе захищеною від будь-якої небезпеки. Але цей термін у даному значенні використовувався лише до XVII–XVIII ст. У ті часи майже в усіх країнах домінує точка зору, згідно з якою пріоритетним напрямом діяльності держави є загальний благоустрій і безпека. З того часу термін «безпека» набув нового тлумачення – як ситуація спокою, відсутності небезпеки (фізичної, моральної), а також матеріальні, економічні, політичні умови; відповідні органи й організації, що сприяють забезпеченню такого положення.

© А. Супруненко, Т. Шишка, 2015

У Росії в «Положениях о мерах к охранению государственного порядка и общественного спокойствия» від 14.08.1881 р. було використано термін «охорона громадської безпеки». В СРСР термін «державна безпека» був законодавчо визначений у липні 1934 р.

Сучасне розуміння національної безпеки, її концептуально-теоретичні засади вперше знайшли своє відображення в Законі про національну безпеку, прийнятому в США у 1947 р.

На початку XXI ст. у зв'язку з трагедією 11.09.2001 р. у США поняття «безпека» набуло нового значення та посіло одне з найприорітетніших місць у переліку загальнолюдських цінностей.

У незалежній Україні визначився багатоаспектний підхід до комплексної проблеми забезпечення національної безпеки. Закон України «Про основи національної безпеки України» від 19.06.2003 р. № 964-IV національна безпека визначена як захищеність життєво важливих інтересів людини та громадянина, суспільства, держави, за якої забезпечується сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення та нейтралізація реальних і потенційних загроз національним інтересам.

Поняття «національна безпека» вперше зафіксоване у Конституції України. Воно поєднується з такими категоричними поняттями, як економічна, військова, інформаційна безпека тощо.

Національна безпека України досягається шляхом виваженої державної політики щодо доктрин, концепцій і програм у політичній, правовій, економічній, податковій, соціальній, військовій, екологічній, науково-технічній, інформаційній, духовній та інших сферах.

Нині інформація є основою для прийняття всіх управлінських рішень; вона стала об'єктом дослідження багатьох нових наук і дисциплін, основним чинником впливу як на внутрішню, так і зовнішню політику держав. Проте навіть зараз, коли питання захисту інформації є одним із найактуальніших у науці, вчені так і не змогли дійти єдиної думки з приводу самого терміна «інформаційна безпека».

О. Азарова вважає, що поняття «інформаційна безпека» формувалося протягом останніх 50 років і знайшло відображення у таких назвах: у 60-х роках XX століття – це комп'ютерна безпека; у 70-х роках – безпека даних; у 80-х – захист інформації; у 90-х роках XX ст. проблема сформувалась у багаторівневу структуру – конфіденційність, аутентифікація, цілісність, управління доступом і контроль учасників взаємодії. Особлива увага приділялася терміну «захист від інформації».

Ми поділяємо думку М. Туцалюк, який вважає, що у випадках, коли йдеться про безпеку обробки, отримання, про передачу інформації в електронному вигляді, слід вести мову про електронну безпеку. Адже навіть таке базове поняття, як «комп'ютер» у сучасних науковців викликає жваві дискусії.

Що стосується визначених законом загроз національній безпеці (таких, як комп'ютерна злочинність і комп'ютерний тероризм), то і тут різні наукові школи дотримуються різних поглядів на проблему. В сучасних умовах надзвичайно зросли можливості впливу на стан безпеки не тільки військових формувань, а й самих країн несиловими (в традиційному розумінні) методами. Значною мірою цьому сприяє високий рівень розвитку інформаційних технологій.

На сьогодні в кримінально-правовому розумінні поняття «інформаційна безпека» переважно використовується в надто вузькому значенні: як захищеність від витоку, що містить державну таємницю. Насамперед, це пов'язано з тим, що у Кримінальному кодексі (далі – КК) України воно використовується лише в диспозиції 4.1 ст. 111, яка передбачає відповідальність за державну зраду. Так, М. Хавронюк обґрунтовано зазначає, що безпосереднім об'єктом державної зради є національна безпека переважно у сфері державної безпеки, інформаційній, економічній, науково-технологічній і військовій сферах; при цьому він зазначає, що в контексті ст. 3 інформаційна безпека, перш за все, означає захищеність України від витоку інформації, що є державною таємницею [1, с. 257–258].

Є. Кісімок та В. Павліковський у ході аналізу складу злочину державної зради зазначають, що під загрозами національній (у тому числі державній) безпеці України в інформаційній сфері слід розуміти витік інформації, яка є державною таємницею [2, с. 31]. Подібні позиції висловлюють й інші автори [3, с. 256; 4, с. 244; 5, с. 327].

У межах суміжних юридичних наук, зокрема в адміністративному й інформаційному праві, здійснено значну кількість досліджень із питань інформаційної безпеки, отримано вагомі наукові результати [6–8].

Ми поділяємо точку зору М. Корчевського, який вважає, що аналіз пропозицій щодо сутності інформаційної безпеки та загальних засад їх правового забезпечення є необхідним. Таким чином, для формування науково обґрунтованого визначення інформаційної безпеки як об'єкта кримінально-правової охорони необхідно: по-перше, провести аналіз генези нормативно-правового відображення досліджуваного поняття; по-друге, встановити його сутнісні характеристики шляхом дослідження підходів до визначення цього по-

няття, запропонованих у суміжних юридичних науках; по-третє, враховуючи специфіку інформаційної безпеки саме як об'єкта кримінально-правової охорони, сформувати необхідне визначення.

Аналіз національного законодавства дає підстави стверджувати, що наявною є тенденція до розширення змісту законодавчого визначення поняття «інформаційна безпека». З розвитком інформатизації суспільства та вдосконаленням нормативно-правового забезпечення цих процесів розуміння інформаційної безпеки на законодавчому рівні пройшло шлях від вузького, найпростішого її визначення як технічного захисту інформації до складної розгалуженої системи характеристик, викладених у Доктрині інформаційної безпеки України.

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

Аналіз зарубіжної та вітчизняної літератури свідчить, що у багатьох розвинутих країнах світу вже сформовані загальнодержавні системи кібернетичної безпеки – як найбільш оптимальні організаційні структури, що здатні в короткий проміжок часу акумулювати сили та засоби різних державних органів і приватного сектора для протидії кіберзагрозам.

Відповідно до Доктрини інформаційної безпеки України у нашій державі також відбувається процес формування системи кібернетичної безпеки. Складовою такої системи слід розглядати єдину загальнодержавну систему протидії кіберзлочинності, пропозиції щодо створення якої ще у 2011 р. доручалося розробити Кабінету Міністрів України за участю Служби безпеки України.

Аналіз чинного законодавства дозволяє визначити як основну проблему правового забезпечення системи інформаційної та кібернетичної безпеки України відсутність розробленого і нормативно закріпленого понятійного апарата у сфері безпеки.

Слід зазначити, що в доктрині інформаційної безпеки України визначено: основні засади інформаційної безпеки України (принципи забезпечення інформаційної безпеки України); місце інформаційної безпеки в системі забезпечення національної безпеки України (сформульовано: життєво важливі інтереси в інформаційній сфері для особи, суспільства, держави; реальні та потенційні загрози інформаційної безпеки України на сучасному етапі у зовнішньополітичній сфері, сфері державної безпеки, воєнній сфері, внутрішньополітичній, економічній, соціальній та гуманітарній сферах, науково-технологічній, екологічній сфері).

З метою приведення національного законодавства у відповідність із положеннями Конвенції про кіберзлочинність щодо процедурних питань протидії кіберзлочинам необхідно внести відповідні зміни та доповнення до законів України «Про міліцію», «Про Службу безпеки України», «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та інші.

Відповідно до законодавства України *інформаційна безпека* – це стан захищеності життєво важливих інтересів людини, суспільства та держави, за якого запобігається нанесення шкоди через неповноту, невчасність і невірогідність інформації, що використовується, негативний інформаційний вплив і негативні наслідки застосування інформаційних технологій.

Інформаційна безпека держави – це стан її захищеності, за якого спеціальні інформаційні операції, акти зовнішньої інформаційної агресії, інформаційний тероризм, незаконне зняття інформації за допомогою спеціальних технічних засобів, комп'ютерні злочини й інший деструктивний інформаційний вплив не завдає суттєвої шкоди національним інтересам [7]. Так, зростання рівня інформатизації Державної фіскальної служби України виводить на передній план захист податкової інформації, під якою відповідно до нормативних її актів регулюють інформацію у сфері оподаткування. Несанкціонований доступ до цієї інформації сторонніх осіб суттєво підвищує ступінь професійного ризику податківців. Зокрема, саме тому Державна фіскальна служба має бази даних фізичних і юридичних осіб у масштабах країни, розпоряджається іншою інформацією, що становить інтерес для різних осіб, у тому числі кримінальних. Використання цієї інформації злочинними угрупованнями, конкурентами й іноземцями може завдати значної шкоди як окремим громадянам і суб'єктам інформаційної діяльності, так і фіскальній службі, іншим правоохоронним, державним органам.

Аналіз фіскальної служби та правоохоронної практики податкової міліції свідчить, що порушники податкового, пенсійного, валютного чи іншого законодавства України почали частіше використовувати інформаційні, комп'ютерні й Інтернет-технології. Слід зазначити, що основними умовами зростання рівня використання комп'ютерних та ін-

формаційних технологій особами, які вчиняють правопорушення у сфері оподаткування, є: глобальне поширення інформаційних мереж зв'язку та комп'ютеризація людської діяльності; спрощення доступу до використання інформаційних технологій широкого кола користувачів через персональні комп'ютери, планшети тощо.

Діяльність підрозділів податкової міліції спрямована на профілактику та протидію злочинам у сфері оподаткування, зменшення проявів «тіньової» економіки, повернення довіри платників податків до фіскальних органів. Тому для досягнення зазначених цілей постійно вживаються комп'ютерні організаційно-правові, практичні та тактичні заходи із використанням новітніх інформаційних технологій і засобів автоматизації процесів управління, які спрямовані на запобігання, виявлення та розслідування професійно розроблених, замаскованих схем ухилення від сплати податків, що перешкоджають наповненню Державного бюджету України.

У нових умовах роботи підрозділів податкової міліції, коли основою їх діяльності є профілактика, виявлення, викриття та розслідування злочинів у сфері оподаткування, відшкодування завданих державі збитків; попередження незаконного формування та відшкодування податку на додану вартість, протидія розкраданню бюджетних коштів під час проведення тендерних закупівель, протидія незаконному обігу підакцизних товарів тощо, спостерігається тенденція до подальшого збільшення обсягів інформації, яка характеризує дану групу злочинів. Тому на сьогодні не можна переоцінити рівень інформаційного забезпечення діяльності як податкової міліції, так і Державної фіскальної служби України.

Правоохоронна практика свідчить про: необхідність забезпечення активної участі України в усіх міжнародних організаціях, що здійснюють діяльність у галузі боротьби з організованими транснаціональними злочинними угрупованнями; створення системи збору й аналізу даних про джерела загроз інформаційній безпеці України, а також про наслідки їх здійснення; розроблення нормативних правових актів, що визначають організацію слідства та процедуру судового розгляду за фактами протиправних дій у сфері комп'ютерної інформації, а також порядок ліквідації наслідків цих протиправних дій. Крім того, необхідно знайти кошти на поліпшення соціальної та матеріальної бази правоохоронних структур, які займаються безпекою і протидією кіберзлочинності.

Список використаних джерел

1. *Науково-практичний* коментар до Кримінального кодексу України / За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. – Х., 2011. – 1280 с.

2. *Кримінальне* право України: Особлива частина / А. В. Байсов, О. А. Васильєв, О. О. Житний та ін.; За ред. О. М. Литвинова. – Х., 2011. – 572 с.

3. *Уголовный* кодекс Украины: научно-практический комментарий. – Х., 2004. – 1096 с.

4. *Уголовный* кодекс Украины: научно-практический комментарий. – Х., 2007. – 872 с.

5. *Кримінальний* кодекс України: науково-практичний коментар / Ю. В. Баулін, В. І. Борисов, С. Б. Гавриш та ін.; За ред. В. В. Сташиса, В. Я. Тація. – Х., 2008. – 1208 с.

6. *Кормич Б. А.* Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2004.

7. *Фурашев В.* Сутність та визначення понять «інформаційна безпека» та «безпека інформації» // Правова інформатика. – 2012. – № 2.

8. *Супруненко А. М., Гожий М. С.* Кіберзлочинність як особливий вид протиправної діяльності // Матеріали Міжнар. наук.-практ. Інтернет-конференції на тему «Боротьба з Інтернет-злочинністю», 12–13 червня 2013 р. – Д., 2013.

Стаття надійшла до редакції 17.04.2015 р.

The article deals with the essence and the most characteristic features of information security tax and other law enforcement bodies of Ukraine.

В статье рассматриваются сущность и наиболее характерные признаки информационной безопасности налоговых и других правоохранительных органов Украины.

УДК 342.951 : 351.82

Ольга Хохленко,
канд. юрид. наук, доцент.,
завідувач кафедри теорії та історії держави і права,

Вера Хохленко,
старший викладач кафедри кримінального права
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана Петра Конашевича-Сагайдачного

ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИЩОЇ ОСВІТИ

У статті аналізується сучасне правове забезпечення вищої освіти в Україні.

Ключові слова: правове регулювання, вища освіта, закон, автономія, програма, розвиток.

З прийняттям нового Закону України «Про вищу освіту» істотно змінюється правове регулювання у цій сфері. Це стосується передусім поняття «вища освіта», принципів її державного регулювання. Основними нововведеннями Закону стало розширення автономії вищих навчальних закладів (далі – ВНЗ), започаткування дослідницьких університетів, запровадження академічного та першого наукового ступеня – доктора філософії, встановлення рівнів і ступенів освіти, ліквідація рівнів акредитації вищих навчальних закладів тощо. Відбулися зміни і в демократизації та незалежності освіти, насамперед, в академічній, організаційній і фінансовій сферах.

Мета цієї статті – аналіз правового забезпечення вищої освіти.

Новий Закон зумовив необхідність приведення у відповідність нормативно-правового забезпечення вищої освіти. Це стосується наказів Міністерства освіти і науки (далі – МОН) України, стандартів, галузей знань та інших. Першочерговими завданнями є скасування нормативно-правових актів, що не відповідають новому Закону. Це стосується постанов Кабінету Міністрів України «Про ліцензування діяльності з надання освітніх послуг», «Про затвердження Положення про акредитацію вищих навчальних закладів і спеціальностей у вищих навчальних закладах та вищих професійних училищах» тощо. Необхідно привести у відповідність із новим Законом або скасувати велику кількість наказів МОН, зокрема «Про затвердження Державних вимог до акредитації напряму підготовки, спеціальності та вищого навчального закладу», «Про затвердження Положення про порядок створення та організацію роботи державної екзаменаційної комісії у вищих навчальних закладах» та ін.

При аналізі Закону України «Про вищу освіту» виникають питання, які потребують докладного роз'яснення. *По-перше,* це стосується присудження наукових ступенів – доктора філософії. Доктор філософії – освітній і водночас перший науковий ступінь, що здобувається на третьому рівні вищої освіти на основі ступеня магістра. Особа має право здобувати ступінь доктора філософії під час навчання в аспірантурі. Особи, які професійно здійснюють наукову, науково-технічну або науково-педагогічну діяльність за основним місцем роботи, мають право здобувати ступінь доктора філософії поза аспірантурою, зокрема під час перебування у творчій відпустці. Виникає питання, чи будуть визнані всі кандидати наук докторами філософії у відповідній галузі чи доведеться додатково захищати дисертацію на присудження наукового ступеня доктора філософії, а також чи будуть визнані рівними кандидати наук особи, які підготували і захистили дипломи доктора філософії. *По-друге,* в Законі зазначається, що ступінь доктора філософії присуджується спеціалізованою вченою радою вищого навчального закладу чи наукової установи, але не визначено, як формуватимуться такі ради, чим відрізнятимуться дисертації на отримання наукового ступеня доктора філософії та кандидата наук.

© О. Хохленко, В. Хохленко, 2015

Нововведенням стало отримання ВНЗ автономії. Автономія вищого навчального закладу – це самостійність і незалежність у прийнятті рішень стосовно організації освітнього процесу, наукових досліджень, внутрішнього управління тощо. За новим Законом фінансову автономію отримує, в основному, керівництво університету, тобто фінансування йде від МОН до керівників університетів, а потім на факультети та кафедри. Факультети чи кафедри відчують реальну автономію за умови, що фінансування йтиме знизу догори через укладення договорів із підприємствами. Але як запобігти зловживанням керівництва університетів, як отримати цільове фінансування, якщо це кафедра історії або теорії і підприємства не заінтересовані у науковій роботі такої кафедри.

До прийняття Закону України в новій редакції існував і існує державний стандарт, що визначав, який спеціаліст повинен випускатися ВНЗ і як саме його навчати. Державний стандарт вищої освіти встановлює вимоги до змісту, обсягу і рівня освітньої та фахової підготовки. Він є основою оцінки освітнього й освітньо-кваліфікаційного рівня незалежно від форм одержання вищої освіти. Державний стандарт застосовується з метою забезпечення якості вищої освіти і потреб народного господарства, науки, культури у фахівцях, а також розроблення, вдосконалення нормативної та навчально-методичної бази, що регламентує підготовку фахівців з вищою освітою. За централізованої системи освіти у стандарті визначалося не лише те, що повинен уміти і знати спеціаліст, а й які саме дисципліни він повинен вивчати обов'язково, а які на вибір. Новий Закон зробив освітній стандарт більш вільним: держава формулює свої вимоги до компетентності випускника, визначає термін навчання та вимоги до його атестації, а як саме досягатиметься результат (які освітні програми складе, які дисципліни вважатиме за потрібне викладати студентам) визначає ВНЗ. Він може самостійно розробляти та впроваджувати освітні, наукові програми, відкривати спеціалізації, перелік яких визначається без узгодження з МОН.

Таким чином найважливіше досягнення законодавчої реформи вищої освіти – гарантія автономії університетів і створення сучасних механізмів забезпечення якості у вищій освіті. До прийняття нового Закону України «Про вищу освіту» існував перелік предметів, із яких формувався блок обов'язкових дисциплін (політологія, соціологія, фізичне виховання, українська мова, історія України тощо). На сьогодні визначення переліку обов'язкових дисциплін – прерогатива ВНЗ. Більше того, щонайменше четверть від загального обсягу навчальної програми формуватимуть самі студенти, обираючи дисципліни, пропоновані різними кафедрами.

Викладене свідчить, що колізії, які виникли у зв'язку з прийняттям Закону та скасуванням переліку обов'язкових дисциплін, необхідно вирішувати шляхом напрацювання й оприлюднення підзаконних нормативно-правових актів, які міститимуть всі необхідні рекомендації ВНЗ щодо збереження викладання історії, політології, соціології тощо. Стимулом для збереження гуманітарного блоку дисциплін можуть стати і нові стандарти освіти, які має затвердити МОН. У них доцільно сформулювати такі компетенції випускника, які вимагатимуть знання мови, історії, філософії, а ВНЗ самі вирішуватимуть, яким чином забезпечити вимогу стандарту (викладати гуманітарні дисципліни окремо чи інтегрувати з іншими дисциплінами професійного спрямування, враховуючи особливості кожної спеціальності).

На перешкоді реалізації автономних принципів організації навчального процесу стоять проблеми щодо відсутності досвіду організації вільного вибору предметів і постколоніальна дійсність сучасної України, пошуку ВНЗ форми офіційної презентації вибіркових предметів кафедрами та викладачами, після чого студенти зможуть на них записатися.

Закон об'єднує ступені вищої освіти. Всього пропонується розглядати 5 ступенів: молодший бакалавр, бакалавр, магістр, доктор філософії та доктор наук. Спеціалісти називатимуться магістрами за освітньо-професійною програмою, кандидати наук – докторами філософії.

У законі визначаються не суто освітньо-кваліфікаційні рівні, а лише рівні (загальна назва) та ступені вищої освіти. Тому має місце незрозуміле поєднання рівнів і ступенів: перший (бакалаврський) рівень, другий (магістерський рівень), тобто перший і другий – це рівні, а бакалаврський і магістерський – це ступені. Разом із тим у ч. 2 ст. 5 Закону України «Про вищу освіту» визначаються окремо ступені вищої освіти: молодший бакалавр, бакалавр, магістр, доктор філософії та доктор наук. Для приведення рівнів вищої освіти, наведених у Законі, у відповідність із Національною рамкою кваліфікацій (далі – НРК) доцільно визначити всі 10 рівнів НРК (0–9), замість рівнів (5–9) запропонованих. Незрозумілим є введення в систему вищої освіти початкового рівня, якому відповідає знеособлене поняття молодший бакалавр із

коротким циклом навчання 1,5–2 роки, перш за все, коли йдеться про відповідність останнього рівня молодший спеціаліст, обсяг підготовки якого практично вдвічі більший і освітня програма відрізняється. Крім того, невідома і ніша на ринку праці для фахівця з коротким циклом навчання. Тому впровадження цього положення в освітній процес із подальшим вирішенням питання про працевлаштування буде проблематичним[1].

Слід зазначити, що прирівнювання диплома спеціаліста до диплома магістра у прикінцевих і перехідних положеннях не правомірне з різних освітньо-професійних програм підготовки. Це стосується і прирівнювання дипломів молодшого спеціаліста та молодшого бакалавра, кандидата наук (науковий ступінь) і доктора філософії (освітньо-науковий ступінь)[2].

У Законі вказано, що вищу освіту можуть здобувати за другою спеціальністю громадяни у державних і комунальних ВНЗ, якщо за станом здоров'я вони втратили можливість виконувати службові чи посадові обов'язки за отриманою раніше кваліфікацією, що підтверджується висновками медико-соціальної комісії. Це положення є дискусійним, адже потрібно передбачити, які види освіти можуть здобувати громадяни в разі настання таких випадків. Ці види освіти мають бути в основному технічними і для їх отримання необхідно досить ретельно готувати документи.

У цілому до нового Закону є питання, які потрібно вирішувати за допомогою скасування, уточнення чи видання нових підзаконних нормативно-правових актів.

[1] *Панасевич Д. Б., Дашковська О. В.* Деякі думки щодо впровадження нового Закону України «Про вищу освіту» // Розвідка та розробка нафтових родовищ. – 2014. – № 3. – С. 186.

[2] *Там само* – С. 187.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

The article reviews and analyzes the legal provision of higher education in Ukraine.

В статье анализируется современное правовое обеспечение высшего образования в Украине.

УДК 342.9

Олексій Сердюченко,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри правознавства
Київського національного торговельно-економічного університету

ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СИСТЕМИ ГАРАНТУВАННЯ БАНКІВСЬКИХ ВКЛАДІВ ФІЗИЧНИХ ОСІБ В УКРАЇНІ

У статті аналізується поняття «банківський вклад (депозит)», розглядаються повноваження Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, пропонуються шляхи вдосконалення правового регулювання системи гарантування банківських вкладів фізичних осіб в Україні.

Ключові слова: банківський вклад, Національний банк України, Фонд гарантування вкладів фізичних осіб, система гарантування банківських вкладів.

Зважаючи на ситуацію, що склалася в банківській сфері, все більшої актуальності набирає питання гарантування банківських вкладів. Система гарантування банківських вкладів є одним із елементів фінансової безпеки держави та сприяє забезпеченню стабільності її фінансової системи.

Сучасні системи гарантування та страхування вкладів здатні впливати на вирішення комплексу соціальних, правових, макроекономічних проблем і мають на меті: відновлення довіри населення до банківської системи та держави; стимулювання організованих заощаджень, що розміщуються на банківських рахунках, як необхідного елемента збалансованої економічної та грошово-кредитної політики; використання заощаджень населення як довгострокових ресурсів для кредитування економіки; захист прав і законних інтересів громадян-вкладників, підтримання соціальної стабільності в суспільстві; формування у банківській системі здорового конкурентного середовища; підтримання стійкості банківської системи [1, с. 12].

Слід зазначити, що існуюча система гарантування банківських вкладів в Україні є не досконалою. Певні недоліки та прогалини є у правовому регулюванні її діяльності, що негативно впливає на стан захищеності права власності на депозит вкладників банків.

Питанню гарантування банківських вкладів присвячені праці таких науковців, як К. Алексійчук, С. Аржевітін, М. Євстратенко, Н. Кравченко, Д. Колчанов, Т. Мазур, В. Огієнко, С. Тігіпко, О. Турбанов та ін.

Метою цієї статті є аналіз окремих аспектів системи гарантування банківських вкладів фізичних осіб в Україні, її правового регулювання, а також розроблення пропозицій щодо їх вирішення.

Аналіз існуючої системи гарантування банківських вкладів фізичних осіб в Україні передбачає необхідність визначення основних понять, ключовим серед яких є поняття «банківський вклад» (депозит). Зазначимо, що термін депозит походить від латинського слова «depositum», що означає – зберігання. Що стосується законодавчого закріплення, то у ч. 1 ст. 2 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» від 23.02.2012 р. № 4452-VI зазначається, що вклад – це кошти в готівковій або безготівковій формі у валюті України або в іноземній валюті, які залучені банком від вкладника (або які надійшли для вкладника) на умовах договору банківського вкладу (депозиту), банківського рахунку або шляхом видачі іменного депозитного сертифіката, включаючи нараховані відсотки на такі кошти.

У Цивільному кодексі (далі – ЦК) України законодавець присвятив банківському вкладу окремий параграф 3 (глава 71), де у ч. 1 ст. 1058 визначив, що за договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), яка прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах і в порядку, встанов-

© О. Сердюченко, 2015

лених договором. Викладене свідчить, що ЦК України не містить конкретно дефініцію, проте розкриває зміст поняття «вклад» (депозит).

Однак у Законі України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-ІІІ визначається не тільки зміст договору банківського вкладу (депозиту), а й поняття вкладу (депозиту); це кошти в готівковій або у безготівковій формі, у валюті України або в іноземній валюті, які розміщені клієнтами на їх іменних рахунках у банку на договірних засадах на визначений строк зберігання або без зазначення такого строку і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору (ст. 2).

Постанова Правління Національного банку України (далі – НБУ) «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами» поняття «вклад» трактує дещо по-іншому: «Вклад (депозит) – це грошові кошти в готівковій або безготівковій формі у валюті України або в іноземній валюті або банківські метали, які банк прийняв від вкладника або які надійшли для вкладника на договірних засадах на визначений строк зберігання чи без зазначення такого строку (під процент або дохід в іншій формі) і підлягають виплаті вкладнику відповідно до законодавства України та умов договору» [2].

Наведені визначення свідчать про деякі розбіжності. Так, підзаконний нормативний акт включає до депозиту ще й банківські метали. Такий підхід суперечить чинному законодавству та потребує відповідного вдосконалення. Аналіз нормативних актів свідчить також про те, що законодавець визначає терміни «вклад» та «депозит» як тотожні поняття.

З'ясувавши ключові терміни досліджуваного питання, звернімо увагу на систему гарантування вкладів фізичних осіб. Це поняття наведене у Законі України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» (далі – Закон) і визначається як сукупність відносин, що регулюються цим Законом, суб'єктами яких є Фонд, Кабінет Міністрів України, НБУ, банки та вкладники. Таке визначення вкрай обмежено висвітлює сутність поняття, що розглядається; загалом у ньому вказується лише на суб'єктний склад. За логікою викладення слід було б вказати й об'єкти цих правовідносин, про що зазначає М. Чемерис [3, с. 170]. Слід також зазначити, що згідно з цим визначенням державне гарантування вкладів в Україні не поширюється на інші фінансові та кредитні установи, крім банків.

Важливою ознакою ефективності будь-якої системи, у тому числі системи гарантування банківських вкладів фізичних осіб, є наявність достатньої й узгодженої законодавчої бази. Останній рік видався важким для банківської сфери. Недовіра населення зросла і продовжує зростати, що свідчить про недосконаліть державного регулювання захисту населення від втрати коштів, залучених банками на депозитних основах. У зв'язку з цим необхідно посилити роль держави як гаранта та захисника інтересів фізичних осіб – вкладників вітчизняних комерційних банків.

Заслуговує на увагу пропозиція В. Огієнка щодо посилення ролі та функцій держави у сприянні повернення довіри населення до вітчизняної фінансово-кредитної та банківської систем [4].

Крім держави, важливу роль у системі гарантування вкладів фізичних осіб відіграє Фонд гарантування вкладів фізичних осіб. Основним завданням Фонду є забезпечення функціонування системи страхування вкладів фізичних осіб і виведення неплатоспроможних банків з ринку. Для виконання свого основного завдання Фонд наділений широкими повноваженнями: регулювання участі банків у системі гарантування вкладів фізичних осіб; участь в інспекційних перевірках проблемних банків за пропозицією НБУ; застосування до банків та їх керівників відповідно фінансових санкцій і накладення адміністративних штрафів; здійснення процедури виведення неплатоспроможних банків з ринку, у тому числі шляхом здійснення тимчасової адміністрації та ліквідації банків; організація відчуження активів і зобов'язань неплатоспроможного банку, продаж неплатоспроможного банку або створення та продаж перехідного банку; здійснення заходів щодо організації виплат відшкодувань за вкладами в разі прийняття рішення про відкликання банківської ліцензії та ліквідацію банку тощо.

Упродовж 2001–2013 рр. кількість учасників фонду гарантування постійно збільшувалася. Так, якщо на 01.01.2001 р. учасниками фонду гарантування були 134 банки, то за станом на 01.01.2014 р. їх кількість становила вже 178. Таке зростання кількості учасників повністю відтворює збільшення кількості комерційних банків, які мають право провадити банківську діяльність [5, с. 100].

Основним зобов'язанням Фонду є гарантії за вкладом. Це означає, що Фонд гарантує кожному вкладнику банку відшкодування коштів за його вкладом. Фонд відшкодовує кошти в розмірі вкладу, у тому числі відсотки, нараховані на день початку процедури виведення Фондом банку з ринку, але не більше суми граничного розміру відшкодування коштів за вкладами, встановленого на дату прийняття такого рішення, незалежно від кількості вкладів в одному банку. Що стосується граничної суми відшкодування кош-

тів за вкладами, то вона змінювалась 11 разів. Уперше у 1998 р. Указом Президента України «Про заходи щодо захисту прав фізичних осіб – вкладників комерційних банків» встановлено, що в разі недоступності вкладу в комерційному банку фізичній особі гарантується відшкодування за вкладом, у тому числі відсотки, у розмірі вкладу, але не більше 500 грн. На сьогодні сума граничного розміру відшкодування коштів за вкладами не може бути меншою 200 000 грн. Адміністративна рада Фонду не має права приймати рішення про зменшення граничної суми відшкодування коштів за вкладами.

Згідно з ч. 5 ст. 26 Закону відшкодування коштів за вкладом в іноземній валюті відбувається в національній валюті України після перерахування суми вкладу за офіційним курсом гривні до іноземних валют, встановленим НБУ на день початку процедури виведення Фондом банку з ринку та здійснення тимчасової адміністрації відповідно до ст. 36 цього Закону. Викладене свідчить, що вкладники, які розмістили депозит в іноземній валюті, є незахищеними належним чином від втрати свого майна, оскільки офіційний курс валюти може бути значно нижчим за той, який буде встановлено НБУ на момент фактичної видачі належних вкладнику коштів.

Недосконаліть законодавства дозволяє стверджувати про необхідність внесення змін до законодавчих актів. Мова йде про те, що особа, яка розмістила грошові кошти в іноземній валюті, після визнання банку неплатоспроможним і введення в ньому тимчасової адміністрації отримає свій вклад у національній валюті за курсом, зафіксованим на день введення тимчасової адміністрації до банку. Практика свідчить, що з різким зростанням і нестабільністю курсу іноземної валюти, а саме доларів США й Євро, люди втратили майже половину вартості своїх вкладів. Наприклад, 21.11.2014 р. було запроваджено тимчасову адміністрацію в Публічне акціонерне товариство «Міський комерційний банк». У цей день курс долара США за курсом НБУ становив 15,09 грн за один долар США, а на початок виплат (20.02.2015 р.) – 27,86 грн.

Зважаючи на викладене, доцільно було б змінити ч. 5 ст. 26 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», виклавши її в такій редакції: «*Відшкодування коштів за вкладом в іноземній валюті відбувається у тій валюті, в якій було розміщено вклад*».

Слід зазначити, що ч. 4 ст. 26 Закону передбачає пункти, за якими не відшкодовуються вклади. До таких належать кошти: передані банку в довірче управління; за вкладом у розмірі менше 10 грн; за вкладом, підтвердженим ощадним (депозитним) сертифікатом на пред'явника; розміщені на вклад у банку особою, яка була членом спостережної (наглядової) ради, правління (ради директорів), ревізійної комісії банку, якщо з дня її звільнення з посади до дня прийняття НБУ рішення про віднесення такого банку до категорії неплатоспроможних не минув один рік; розміщені на вклад у банку особою, яка надавала банку професійні послуги як аудитор, юридичний радник, суб'єкт оціночної діяльності, якщо ці послуги мали безпосередній вплив на виникнення ознак неплатоспроможності банку й якщо з дня припинення надання послуг до дня прийняття НБУ рішення про віднесення такого банку до категорії неплатоспроможних не минув один рік; розміщені на вклад власником істотної участі банку; розміщені на вклад особою, яка на індивідуальній основі отримує від банку проценти за вкладом на більш сприятливих договірних умовах, ніж звичайні, або має інші фінансові привілеї від банку; за вкладом у банку, якщо такий вклад використовується вкладником як засіб забезпечення виконання іншого зобов'язання перед цим банком, у повному обсязі вкладу до дня виконання зобов'язань; за вкладами у філіях іноземних банків; за вкладами у банківських металах.

Виходячи з вищевикладеного можна простежити ще деякі неузгодженості нормативних актів стосовно закріплення змісту поняття «вклад» (депозит). Вони стосуються вкладів, до яких постановою Правління НБУ «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками України вкладних операцій з юридичними і фізичними особами» віднесені також рахунки у *банківських металах*. Натомість норма Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» не містить у понятті «вклад» такий його різновид, як вклад у банківських металах. Погоджуємося з точкою зору, згідно з якою необхідно включити такий вид рахунку до об'єктів захисту права власності з боку держави [5]. У зв'язку з цим пропонуємо уніфікувати поняття «вклад» (депозит) у законодавстві. Змін, на нашу думку, потребує ч. 4 ст. 26 Закону, в якій із закріпленого переліку слід вилучити п. 10, що стосується вкладів у банківських металах.

Вважаємо, що в Україні має бути побудована злагоджена та виважена політика НБУ та Фонду гарантування вкладів фізичних осіб, яка крім того буде достатньо врегульована національним законодавством. Це стосується і ситуації, що склалась у сфері валютного регулювання та забезпечення захисту прав власності на вклади населення, де НБУ здійснює неприпустимі помилки. Йдеться про прийняття НБУ постанови, що суперечить нормам Конституції України та ЦК України.

НБУ виніс постанову «Про врегулювання ситуації на грошово-кредитному та валютному ринках України» від 03.03.2015 р. № 160 (далі – Постанова), відповідно до вимог якої: «уповноважені банки зобов'язані обмежити видачу (отримання) готівкових коштів в іноземній валюті або банківських металів з поточних і депозитних рахунків клієнтів через каси та банкомати в межах до 15 000 гривень на добу на одного клієнта в еквіваленті за офіційним курсом Національного банку України». Ця постанова прямо порушує ст. 41 Конституції України, яка передбачає, що кожен має право володіти, користуватися та розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. В даному випадку це право обмежується вказаною постановою і тим самим суперечить Основному Закону.

Згаданим документом порушуються і норми ЦК України. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 1058 ЦК за договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, встановлених договором.

ЦК містить також положення, де вказано, що договір банківського вкладу укладається на умовах видачі вкладу на першу вимогу (вклад на вимогу) або на умовах повернення вкладу із спливом встановленого договором строку (строковий вклад) (ч. 1 ст. 1060).

Аналіз вказаних положень дозволяє стверджувати, що банк у будь-якому випадку має повернути вкладникові його кошти, оскільки Конституція України та ЦК України мають вищу юридичну силу, а постанова НБУ навіть не відноситься до актів цивільного законодавства. Така правова позиція викладена і в постанові Окружного адміністративного суду м. Києва від 25.07.2014 р., де зазначено, що: «вказане рішення Національного Банку України є розпорядчим актом, який адресований обмеженій кількості осіб». Це означає, що вимоги постанови НБУ (№ 160) мають рекомендаційний характер і поширюються лише на окреме коло осіб (банківські установи), не мають сили такого законодавчого акта, як ЦК України, який є обов'язковим для всіх суб'єктів цивільних правовідносин. Саме тому при вирішенні будь-яких спорів із приводу повернення депозитів перш за все слід керуватися нормами ЦК України (статті 1058, 1060) [6].

Отже, за винесення незаконних рішень НБУ він має нести відповідальність, яку слід передбачити на законодавчому рівні.

Висновки

На сьогодні доцільно було б змінити ч. 5 ст. 26 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб» та викласти її в такій редакції: *«Відшкодування коштів за вкладом в іноземній валюті відбувається у валюті, в якій було розміщено вклад»*. Це позитивно вплине на стан захищеності права власності на депозит вкладників банків. Необхідною є також уніфікація поняття «вклад» (депозит) у чинному законодавстві з метою уникнення суперечностей і порушення прав фізичних осіб під час правозастосовчої діяльності держави в особі її органів. У цьому контексті змін безумовно потребує ч. 4 ст. 26 Закону України «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», де із закріпленого переліку слід виключити п. 10 який стосується вкладів у банківських металах.

Список використаних джерел

1. *Турбанов А. В.* Финансово-правовые основы создания и функционирования системы страхования банковских вкладов в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. – М., 2004. – 371 с.

2. *Про затвердження* Положення про порядок здійснення банками України вкладних (депозитних) операцій з юридичними і фізичними особами [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1256-03.

3. *Чемерис М. С.* Актуальні питання гарантування і страхування вкладів в Україні // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 2.

4. *Огієнко В. І.* Система гарантування депозитів фізичних осіб в Україні: автореф. дис. ... канд. екон. наук. – Л., 2005. – 18 с.

5. *Чеховський Д. Б.* Особливості функціонування фонду гарантування вкладів фізичних осіб в Україні // Науковий вісник Херсонського державного університету. Сер. екон. науки. – 2014. – № 6.

6. *Коберідзе З.* Як повернути депозит (вклад). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://banker.ua/deposits/articles/2014/10/14/1180471458/jak-povernuti-depozit-vklad-konsultacja-jurista/.

Стаття надійшла до редакції 14.05.2015 р.

The definition «bank deposit» is analyzed in this article. The norms' discrepancy of NBU Act & laws are found out. The competence of Deposit Guarantee Fund is considered. The regulation system of deposit guarantee in Ukraine is offered to improve.

В статье анализируется понятие «банковский вклад», рассматриваются полномочия Фонда гарантирования вкладов физических лиц, предлагаются пути совершенствования правового регулирования системы гарантирования банковских вкладов физических лиц в Украине.

УДК 342.951

Наталія Гонтаренко,
аспірантка Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

ПРИВАТИЗАЦІЙНЕ ПРОВАДЖЕННЯ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ТА РОЗПОРЯДЖЕННЯ НЕРУХОМИМ МАЙНОМ

У статті розглядається приватизаційне провадження у сфері використання та розпорядження нерухомим майном, формуються пропозиції щодо вдосконалення порядку його проведення.

Ключові слова: приватизація, приватизаційне провадження.

Відносини власності посідають центральне місце в будь-якій економічній системі, зумовлюючи її зміст та особливості. Тому становлення ринкової економіки в Україні в своїй глибинній основі визначається відповідним реформуванням сформованих відносин власності. Приватизація є однією з найважливіших реформ постсоціалістичної трансформації, проте вона досі не завершена. У зв'язку з цим особливої актуальності набуває дослідження особливостей порядку здійснення дій, які передують платному відчуженню державного та комунального нерухомого майна, що підлягає приватизації.

Питанням приватизації присвячені праці таких учених, як Ю. Алданов, А. Ослунд, О. Пасхавер, І. Антипенко, М. Чечетов, М. Шутов, Л. Верховодова, Т. Воронкова, Н. Терещенко, Р. Фрідман, А. Рапачинський. Разом із тим потребує дослідження особливостей приватизаційного провадження у сфері використання та розпорядження нерухомим майном і шляхів удосконалення його здійснення.

Слід зазначити, що необхідність і доцільність приватизації в Україні обґрунтовані такими причинами, як низька ефективність функціонування державних підприємств; слабка заінтересованість працюючих у підвищенні ефективності праці; висока мотивація до праці та підвищення її ефективності у приватного власника в порівнянні з працівником державного підприємства. Крім того, приватизація має певні позитивні моменти: ліквідація державної монополії у багатьох галузях економіки; створення засад ринкової конкуренції; розподіл і закріплення значної частини об'єктів державної власності за новими власниками; значне зниження навантаження на державний бюджет; формування інфраструктури ринку тощо.

Процеси приватизації є надзвичайно важливою складовою розвитку ринкових відносин. Правовим інструментарієм їх належної реалізації є провадження з приватизації державного та комунального майна [1, с. 18]. На думку Ю. Алданова, приватизаційне провадження є комплексним правовим інститутом, що поєднує в собі елементи адміністративно-процесуальної діяльності, управлінської діяльності, а також цивільно-правової, господарської діяльності [2, с. 76].

Оскільки певні наукові напрацювання вже були присвячені, зокрема, питанням житлового фонду [3], розглянемо адміністративно-процесуальну діяльність уповноважених суб'єктів управління, зокрема порядок проведення приватизації саме нежитлового нерухомого майна. Слід зазначити, що провадження щодо приватизації державного та комунального нерухомого майна – це законодавчо встановлений порядок послідовно здійснюваних дій, уповноважених органів та інших суб'єктів, які передують укладанню договору купівлі-продажу, спрямований на платне відчуження державного та комунального нерухомого майна на користь фізичних і юридичних осіб.

На думку І. Антипенко, загальний порядок приватизації передбачає такі операції, що здійснюються відповідними державними органами приватизації [3, с. 101]:

- опублікування списку об'єктів, які підлягають приватизації, у виданнях державних органів приватизації, місцевій пресі;
- прийняття рішення про приватизацію об'єкта на підставі поданої заяви або виходя-

© Н. Гонтаренко, 2015

чи із завдань Державної програми приватизації та створення комісії з приватизації;

• публікація інформації щодо прийняття рішення про приватизацію об'єкта;

• проведення аудиторської перевірки фінансової звітності підприємства, що приватизується (за винятком об'єктів малої приватизації); проведення у випадках, передбачених законодавством, екологічного аудиту об'єкта приватизації;

• затвердження плану приватизації або плану розміщення акцій відкритих акціонерних товариств, створених у процесі приватизації та корпоратизації, їх реалізація.

Ю. Алданов приватизацію державного майна розкриває як процес, що послідовно проходить чотири основні стадії: порушення процесу приватизації (ініціатива в проведенні приватизації й ухвалення рішення про приватизацію); підготовка об'єкта до приватизації; укладення приватизаційного правочину (договір купівлі-продажу); виконання приватизаційних зобов'язань (зобов'язання) [2, с. 79]. Слід зазначити, що виокремлення ініціативи в проведенні приватизації як окремої стадії є досить слушним, оскільки враховує дії органів приватизації щодо розгляду заяв і пакетів документів у випадку, коли ініціатива проведення приватизації виходить від покупців.

Викладене дозволяє запропонувати стадії провадження щодо приватизації державного та комунального нерухомого майна.

Порушення порядку приватизації (ініціатива в проведенні приватизації). Згідно з ч. 3 ст. 7 Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» включення об'єктів малої приватизації до переліків об'єктів, що підлягають приватизації, здійснюється з ініціативи державного органу приватизації, вповноваженого органу управління чи покупця. Такий перелік суб'єктів передбачено і в ст. 12 Закону України «Про приватизацію державного майна». При цьому саме із подачею заяви на приватизацію законодавство пов'язує початок приватизації. Так, нормативне врегулювання порядку подання та розгляду заяви про включення об'єкта до переліку об'єктів, що підлягають приватизації, та заяви про приватизацію об'єктів груп А, Д та Ж (об'єкти малої приватизації) затверджене наказом Фонду державного майна України від 27.04.2004 р. № 848; Наказом Фонду державного майна України «Про затвердження Порядку подання та розгляду заяв на приватизацію» від 01.07.1997 № 683 встановлюється порядок подання та розгляду заяв на приватизацію інших груп об'єктів відповідно до Закону України «Про приватизацію державного майна».

Відповідно до ч. 1 ст. 7 Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» Фонд державного майна України, Верховна Рада Автономної Республіки Крим, місцеві ради затверджують за поданням органів приватизації переліки об'єктів, які перебувають відповідно у державній власності, власності Автономної Республіки Крим і комунальній власності та підлягають: продажу на аукціоні (в тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни); продажу за конкурсом; викупу. При цьому перелік об'єктів комунальної власності чи власності Автономної Республіки Крим, які дозволяються до приватизації, визначається та затверджується представницьким колегіальним органом на сесії; що стосується державної власності, то перелік об'єктів державної власності, що підлягає приватизації затверджується Фондом державного майна України, а саме – головою. Зважаючи на надзвичайно важливе значення та роль державної власності та з метою недопущення корупції вважаємо за необхідне, щоб рішення з приводу затвердження об'єктів державної власності, які дозволяються до приватизації, приймалося за місцезнаходженням відповідного майна на сесії відповідної міської ради. Подання стосовно переліку таких об'єктів має вноситися відповідними органами приватизації.

Опублікування списку об'єктів, які підлягають приватизації у виданнях державних органів приватизації, місцевій пресі.

Прийняття рішення про приватизацію, що здійснюється державними органами приватизації. Відповідно до ст. 18^2 «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» у разі прийняття рішення про приватизацію орендованого державного майна (будівлі, споруди, нежитлового приміщення) орендар одержує право на викуп такого майна, якщо орендарем за згодою орендодавця за рахунок власних коштів здійснено поліпшення орендованого майна, яке неможливо відокремити від відповідного об'єкта без завдання йому шкоди, в розмірі не менш як 25 % ринкової вартості майна, за яким воно було передано в оренду, визначеної суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання для цілей оренди майна. Це свідчить, що викуп об'єкта оренди є одним із способів приватизації, встановлених Законом України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу

приватизацію)». При цьому Закон України «Про оренду державного та комунального майна» не передбачає можливість викупу для орендаря орендованого майна, але надає можливість приватизації об'єкта оренди відповідно до вимог чинного законодавства.

Як свідчить судова практика, для приватизації майна шляхом його викупу, якщо орендарем за згодою орендодавця здійснено невідокремлювані поліпшення, достатньо наявності таких підстав: письмової згоди орендодавця на проведення орендарем за рахунок власних коштів поліпшення орендованого майна, що може бути також передбачено у договорі оренди; проведення орендарем будівельно-монтажних робіт з поліпшення об'єкта за рахунок власних коштів, яке неможливо відокремити від відповідного об'єкта без заподіяння йому шкоди, що повинно бути документально підтверджено, в тому числі відповідними експертними, аудиторськими висновками; прийняття відповідного рішення органом приватизації та включення майна до переліку об'єктів, які підлягають приватизації. При цьому суди не можуть зобов'язувати орган приватизації включити майно до переліку об'єктів приватизації, оскільки обов'язок прийняття рішень про затвердження переліків об'єктів відповідно до вимог чинного законодавства, які підлягають приватизації певним способом (аукціон, конкурс, викуп), належить державним органам приватизації (Фонду державно майна України) або місцевим радам [4].

Для уникнення зловживань з боку посадових осіб щодо прийняття рішення про приватизацію об'єкта оренди з ініціативи органів приватизації вважаємо за необхідне закріпити за орендарем переважне право на викуп орендованого ним нерухомого майна та внести зміни до Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)».

Опублікування інформації щодо об'єкта приватизації. В цьому випадку йдеться про публікацію інформації про прийняття рішення щодо приватизації об'єкта.

Підготовка до приватизації. Відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про приватизацію державного майна» державний орган приватизації протягом місяця з дня прийняття рішення про приватизацію об'єкта затверджує склад комісії з приватизації об'єкта і встановлює строк подання проекту плану приватизації. Цей строк не повинен перевищувати двох місяців з дня затвердження складу комісії. Наказом Фонду державного майна України «Про затвердження Положення про комісію з приватизації» від 15.07.1997 р. № 743 до основних завдань комісії віднесено: контроль за проведенням інвентаризації майна об'єкта приватизації; розроблення проекту плану приватизації об'єкта та подання його на затвердження державному органу приватизації; у випадках, передбачених законодавством, визначення розміру статутного капіталу господарського товариства та розроблення акта оцінки; розроблення, за необхідності, рекомендацій щодо реорганізації об'єктів.

Відповідно до ст. 14 Закону України «Про приватизацію державного майна» комісія з приватизації складає проект плану приватизації об'єкта, який затверджується відповідним державним органом приватизації. Діяльність комісії з приватизації припиняється після видання наказу про затвердження плану приватизації згідно з наказом Фонду державного майна України від 15.07.1997 р. № 743.

Надзвичайно важливим елементом плану приватизації є визначення способу приватизації відповідного об'єкта. Так, згідно із ст. 15 Закону України «Про приватизацію державного майна» приватизація державного майна здійснюється шляхом: продажу об'єктів приватизації на аукціоні (у тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни); продажу об'єктів приватизації за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону (далі – конкурс); продажу акцій (часток, паїв), що належать державі у господарських товариствах, на аукціоні, за конкурсом, на фондових біржах та іншими способами, що передбачають загальнодоступність і конкуренцію покупців; продажу на конкурсній основі єдиного майнового комплексу державного підприємства, що приватизується, або контрольного пакета акцій акціонерного товариства; викупу об'єктів приватизації; продажу акцій на міжнародних фондових ринках, у тому числі у вигляді депозитарних розписок; іншими способами, які встановлюються спеціальними законами, що регулюють особливості приватизації об'єктів окремих галузей.

Слід зазначити, що для об'єктів групи А, Д, Ж Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» встановлені окремі способи приватизації (ст. 3), а саме – викуп; продаж на аукціоні (в тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни); продаж за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону (далі – конкурс). При цьому з урахуванням ст. 18^2 вказаного Зако-

ну вважаємо за необхідне з метою захисту прав сумлінних орендарів, які правомірно, відповідно до законодавства здійснили поліпшення нерухомого майна, включити до ст. 3 Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» такий спосіб приватизації як оренда з викупом, ст. 25 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» доповнити таким текстом: «Приватизація об'єкта оренди здійснюється відповідно до чинного законодавства. У разі якщо орендарем за згодою орендодавця за рахунок власних коштів здійснено поліпшення орендованого майна, яке неможливо відокремити від відповідного об'єкта без завдання йому шкоди, в розмірі не менш як 25 % ринкової вартості майна, за яким воно було передано в оренду, визначеної суб'єктом оціночної діяльності – суб'єктом господарювання для цілей оренди майна, орендар одержує переважне право на викуп такого майна у разі прийняття рішення про приватизацію орендованого державного або комунального нерухомого майна (будівлі, споруди, приміщення).

Ця стадія включає також інформаційне забезпечення приватизації державного майна.

Продаж об'єктів приватизації. Серед нормативно-правових актів, що регулюють порядок продажу об'єктів приватизації, можна виділити такі: наказ Фонду державного майна України «Про затвердження Порядку продажу об'єктів малої приватизації шляхом викупу, на аукціоні (в тому числі за методом зниження ціни, без оголошення ціни), за конкурсом з відкритістю пропонування ціни за принципом аукціону» від 02.04.2012 р. № 439; Положення про продаж цілісних майнових комплексів державних підприємств, які за класифікацією об'єктів приватизації віднесені до груп В, Г, затверджене наказом Фонду державного майна України від 26.07.2002 р. № 1336; рішення Державної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 01.08.2002 р. № 222, розпорядження Антимонопольного комітету України від 26.07.2002 р. № 226-р (у редакції розпорядження Антимонопольного комітету України від 26.04.2012 р. № 255-р).

За загальним правилом ця стадія включає: підготовку до проведення аукціону, конкурсу, а саме – прийняття рішення про строки проведення аукціону, конкурсу; може включати початкову ціну продажу об'єкта приватизації, розроблення умов аукціону, конкурсу; підготовку інформаційного повідомлення, затвердження та забезпечення його опублікування; утворення конкурсної комісії; проведення засідання конкурсною комісією, торгів ліцитатором і встановлення переможця конкурсу, аукціону; підписання та затвердження протоколів конкурсу, аукціону; укладення договору купівлі-продажу, оплата в повному обсязі вартості об'єкта та складання акта приймання-передавання; здійснення опублікування інформаційного повідомлення про результати приватизації.

Серед проблемних аспектів продажу об'єктів приватизації заслуговують на увагу *закритість* доступу до участі в конкурсі з продажу об'єктів малої приватизації, що стає наслідком відсутності конкуренції, сприяє корупції, унеможливлює проведення продажу на основі принципів законності, рівності прав участі громадян України у процесі приватизації, про що свідчать положення нормативно-правових актів щодо закритості розгляду пропозицій учасників конкурсу та визначення списку учасників конкурсу, допущених до подання конкурсних пропозицій ціни; *затвердження списку учасників,* які подали конкурсні пропозиції ціни до дати проведення конкурсу (наприклад, п. 4.16 Положення про продаж цілісних майнових комплексів державних підприємств, які за класифікацією об'єктів приватизації віднесені до груп В, Г; п. 7.4 наказу Фонду державного майна України від 02.04.2012 р. № 439).

У зв'язку з цим пропонуємо змінити процедуру проведення конкурсу шляхом розгляду конкурсних пропозицій, кваліфікаційних документів на участь в аукціоні, конкурсі на відкритому засіданні конкурсної комісії. Це забезпечить доступ до участі в конкурсі всім претендентам.

Висновки

Для захисту прав сумлінних орендарів, які правомірно, відповідно до законодавства здійснили поліпшення нерухомого майна, пропонуємо включити до ст. 3 Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» такий спосіб приватизації, як оренда з викупом, а також внести зміни до Закону України «Про оренду державного та комунального майна» та Закону України «Про приватизацію невеликих державних підприємств (малу приватизацію)» з метою закріплення за орендарем переважного права на викуп орендованого ним нерухомого майна.

Що стосується продажу об'єктів приватизації на основі принципів законності, рівності прав участі громадян України, пропонуємо змінити процедуру проведення кон-

курсу шляхом розгляду конкурсних пропозицій, кваліфікаційних документів на участь в аукціоні, конкурсі на відкритому засіданні конкурсної комісії.

Висвітлення порядку приватизаційного провадження у сфері використання та розпорядження нерухомим майном зумовлює необхідність подальшого його вивчення та вдосконалення.

Список використаних джерел

1. *Бандурка О. М., Тищенко М. М.* Адміністративний процес. – К., 2002. – 287 с.

2. *Алданов Ю. В.* Приватизація державного майна як спеціальна підстава набуття права власності: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2006. – 296 с.

3. *Антипенко І. В.* Адміністративно-правові засади діяльності державних органів у сфері приватизації: дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2012. – 227 с.

4. *Постанова* Вищого господарського суду України у справі № 6/387 від 10 лютого 2010 р. про визнання права на приватизацію та зобов'язання вчинити дії // Вищий господарський суд України. Офіційний веб-сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/docs/28_2682751.html.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

The article deals with privatization proceedings in the sphere of utilization and disposal of the real estate, offered suggestions for improvement of its conduct.

В статье рассматривается приватизационное производство в сфере использования и распоряжения недвижимым имуществом, формулируются предложения по совершенствованию порядка его проведения.

УДК 351.77

Юлія Козаченко,
здобувачка кафедри адміністративного права
та адміністративної діяльності
Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ПАЦІЄНТА В УКРАЇНІ: шляхи вдосконалення

У статті досліджується питання необхідності вдосконалення адміністративно-правового регулювання забезпечення прав пацієнта, пропонуються шляхи оптимізації системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення прав пацієнта, інститутів адміністративної та дисциплінарної відповідальності медичних працівників.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання, забезпечення прав пацієнта, служба уповноважених з прав пацієнтів, адміністративна відповідальність медичних працівників, дисциплінарна відповідальність медичних працівників.

В Україні права пацієнта є однією з найменш забезпечених груп прав людини. Тому серед питань організації системи охорони здоров'я проблема забезпечення прав пацієнтів найбільше обговорюється представниками вітчизняної наукової правової та медичної спільноти. На перший погляд, держава створила механізм реалізації та захисту цих прав: життя та здоров'я людини проголошені у числі основних соціальних цінностей держави; правову основу статусу пацієнта утворюють конституційні норми; існують численні законодавчі акти, що визначають спеціальні права пацієнтів і порядок їх реалізації, наприклад, закони України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», «Про психіатричну допомогу», «Про захист населення від інфекційних хвороб» тощо; створені суб'єкти забезпечення прав у сфері охорони здоров'я, у тому числі діє профільне Міністерство охорони здоров'я; функціонує система медичних закладів та установ; існує механізм забезпечення прав пацієнта, що охоплює такі засоби, як стандартизація медичної допомоги, ліцензування господарської діяльності з медичної практики, акредитація закладів охорони здоров'я тощо; вищими органами влади неодноразово приймалися нормативні акти, спрямовані на вдосконалення вітчизняної системи охорони здоров'я, наприклад, укази Президента України «Про невідкладні заходи щодо реформування системи охорони здоров'я населення» від 06.12.2005 р. № 1694/2005, «Про додаткові заходи щодо реформування системи охорони здоров'я населення» від 27.01.2010 р. № 70/2010.

Провідні дослідники з медичного права В. Галай, В. Глуховський, А. Коваль, З. Надюк, І. Паращич, В. Стеценко, С. Стеценко, І. Сенюта, Я. Шатковський визнають групу прав людини у сфері охорони здоров'я такою, що через різноманітні соціальні, економічні, політичні й інші фактори повною мірою не гарантується державою.

Неналежне забезпечення прав пацієнтів сприяє збільшенню кількості захворювань, зменшенню чисельності осіб з високими показниками здоров'я, підвищенню рівня смертності людей працездатного віку, скороченню тривалості життя та продовженню демографічної кризи на віддалену перспективу. Такі обставини створюють реальну небезпеку відтворення низьких показників здоров'я наступних поколінь, свідчать про дисфункцію системи охорони здоров'я у нашій державі та несуть загрозу національній безпеці [1, с. 16–17]. За таких умов актуалізується потреба у суттєвому підвищенні рівня правової захищеності пацієнтів з урахуванням можливостей адміністративного права.

Отже, проблема адміністративно-правового регулювання забезпечення прав пацієнтів зачіпає життєві інтереси всього населення України, що свідчить про актуальність теми дослідження.

Адміністративно-правове регулювання забезпечення прав пацієнта є складовою частиною загального механізму адміністративно-правового регулювання та справляє цілe-

© Ю. Козаченко, 2015

спрямований владно-організуючий вплив органів управління у межах їх повноважень, спрямований на впорядкування суспільних відносин у сфері охорони здоров'я, створення надійних умов для реалізації прав пацієнтів, їх гарантування, захист і охорону.

Удосконалення адміністративно-правового регулювання забезпечення прав пацієнта можливе лише за умови втілення у життя комплексу заходів, здатних вплинути на процес подолання кризи охорони здоров'я в Україні та вирішення традиційних проблем у сфері медичної діяльності. Серед напрямів удосконалення адміністративно-правового регулювання забезпечення прав пацієнта: удосконалення законодавства України у сфері забезпечення прав пацієнтів, оптимізація засобів адміністративно-правового забезпечення їх прав, посилення ресурсного забезпечення закладів охорони здоров'я, підвищення якості кадрового забезпечення системи охорони здоров'я.

Метою цієї статті є обґрунтування важливих напрямів удосконалення адміністративно-правового регулювання забезпечення прав пацієнта, перш за все оптимізації системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення прав пацієнта й інститутів адміністративної та дисциплінарної відповідальності медичних працівників.

В Україні діють різноманітні суб'єкти забезпечення прав пацієнта: Верховна Рада України, Президент України, Кабінет Міністрів України, Міністерство охорони здоров'я України (далі – МОЗ України), інші центральні органи виконавчої влади, місцеві органи виконавчої влади, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, органи місцевого самоврядування, Національна академія медичних наук України, заклади охорони здоров'я, громадські правозахисні організації. Основним недоліком вітчизняної системи суб'єктів адміністративно-правового забезпечення прав пацієнта є відсутність спеціалізованого органу захисту прав особи, яка звернулася за медичною допомогою або якій надається медична допомога. У зв'язку з цим права пацієнта мають мало шансів стати пріоритетом і бути захищеними.

З метою оптимізації системи суб'єктів забезпечення прав пацієнтів в Україні вважаємо за доцільне використати можливості інституту омбудсмена. Адже уповноважені парламенту чи уряду з прав пацієнтів та їх служби успішно функціонують у більшості розвинутих країн, зокрема у Норвегії, Фінляндії, Австрії, Польщі, Новій Зеландії, Німеччині [2, с. 15]. У Великобританії інститут медичного омбудсмена запроваджений ще у 1972 р., але й сьогодні залишається найбільш дієвим серед засобів гарантування та забезпечення прав пацієнтів [3, с. 64].

В Україні службу уповноважених з прав пацієнтів доцільно створити при МОЗ України. «Виконавчі омбудсмени у своїй діяльності, як правило, демонструють приклади незалежності, неупередженості та високої професійності у царині захисту прав людини» [4, с. 157].

Основними напрямами діяльності служби уповноважених з прав пацієнтів при МОЗ України мають бути: доведення до відома та роз'яснення населенню змісту вітчизняного законодавства з питань забезпечення прав пацієнтів; проведення консультацій щодо прав пацієнтів і сприяння в їх реалізації; здійснення перевірок, контролю та нагляду, незалежної експертизи якості медичної допомоги; видання юридично значущих довідок за результатами перевірки для пред'явлення до суду та правоохоронних органів; представлення інтересів пацієнтів у суді (у випадках захисту прав дітей, інвалідів, малозабезпечених, інших уразливих верств населення); винесення акта реагування про усунення порушень прав пацієнтів (із застосуванням відповідальності у разі невиконання положень акта); складання протоколів про адміністративні правопорушення у медичній сфері; накладення адміністративних стягнень на медичних працівників; ініціювання притягнення медичних працівників до дисциплінарної відповідальності.

Основним завданням служби уповноважених з прав пацієнтів має стати здійснення юридично значущих дій у сфері охорони здоров'я, вирішення питань, що потребують знань медицини та права. Тому кадровий склад такого органу доцільно формувати з експертів – юристів і медиків, оскільки результати діяльності служби цілком залежатимуть від кваліфікації та компетенції її кадрів.

Найбільшим недоліком інституту виконавчого омбудсмена є те, що він призначається на посаду керівником органу виконавчої влади, залежить від нього і, відповідно, може бути не повністю об'єктивним під час розгляду справи. Але, незважаючи на специфіку правового статусу, виконавчі омбудсмени ефективно здійснюють своє історичне призначення, яке полягає, перш за все, у захисті прав і свобод людини, недопущенні їх порушень з боку органів державного управління, публічно-правових установ, інших державних органів, налагодженні партнерських відносин громадян з державою в особі її органів [4, с. 165].

На нашу думку, служба уповноважених з прав пацієнтів при МОЗ України є необхідним і корисним інститутом, який зробить про-

цес забезпечення прав пацієнтів більш демократичним, гнучким, ліберальним. Діяльність служби сприятиме поліпшенню якості медичної допомоги, підвищенню професійного рівня медичних працівників, правової культури у медичному середовищі.

У ході професійної діяльності медичні працівники нерідко допускають ті чи інші порушення, наприклад: необґрунтована відмова від надання медичної допомоги; невідповідність якості й обсягу медичної допомоги встановленим стандартам, що спричинили шкоду здоров'ю; застосування жорстких больових методів лікування при можливості їх уникнення або використання інших безболісних методів; необґрунтоване стягнення або вимога оплати за лікування; порушення умов і режиму лікування; порушення прав пацієнта у частині його інформованості про діагноз, можливий ризик, наслідки та результати лікування; розголошення відомостей, що належать до лікарської таємниці; дефекти оформлення, надання недостовірної медичної, статистичної та фінансової документації або її відсутність. Самовпевненість і недбалість медичних працівників, як правило, пояснюється елементарною професійною неграмотністю, медичним невіглаством, суб'єктивною переоцінкою своїх можливостей [5, с. 152–153]. За невиконання чи неналежне виконання медичними працівниками обов'язків, які передбачені чинними нормативними документами та входять до їх компетенції, вони можуть бути притягнені до цивільно-правової, адміністративної, дисциплінарної або кримінальної відповідальності.

Важливою гарантією забезпечення прав пацієнта є передбачена законодавством можливість застосування адміністративної відповідальності у випадку вчинення правопорушення з боку медичного працівника. *Адміністративна відповідальність медичного працівника* – це різновид юридичної відповідальності, що полягає у застосуванні адміністративних стягнень до медичних працівників, які вчинили адміністративні проступки [6, с. 278]. Відповідно до ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. № 8073-X (далі – КУпАП) адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, що посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачена адміністративна відповідальність.

У КУпАП відсутні норми, які б встановлювали адміністративну відповідальність медичних працівників за невиконання чи неналежне виконання своїх професійних обов'язків. Медичні працівники при виконанні службових обов'язків можуть піддаватися адміністративній відповідальності за порушення санітарно-гігієнічних і санітарно-епідеміологічних правил, за порушення посадовими особами законодавства про працю і правил з охорони праці. Серед правопорушень, які передбачені чинним КУпАП і мають найбільше відношення до забезпечення прав пацієнтів, такі: порушення обмежень, встановлених для медичних і фармацевтичних працівників під час здійснення ними професійної діяльності (ст. 44^2); порушення встановленого порядку взяття, переробки, зберігання, реалізації та застосування донорської крові та (або) її компонентів і препаратів (ст. 45^1); порушення законодавства про захист прав споживачів (ст. 156^1); виконання робіт, надання послуг громадянам-споживачам, що не відповідають вимогам стандартів, норм і правил (ст. 168^1) та деякі інші.

Про необхідність доповнення КУпАП низкою статей, які б встановлювали адміністративну відповідальність за порушення умов і порядку надання медичної допомоги пацієнту, свідчить, наприклад, те, що в Україні права людини, яка звертається за медичною допомогою або отримує її, досить часто порушуються. Правопорушення, які вчинюються медичними працівниками є суспільно небезпечними або шкідливими, підривають авторитет лікарів і закладів медицини, тягнуть негативні наслідки, спричиняють утрату здоров'я або призводять до смерті пацієнта. Кримінальний кодекс (далі – КК) України від 05.04.2001 р. № 2341-III передбачає відповідальність за злочини у медичній сфері (статті 138–145), але у сучасній судовій практиці випадки притягнення медичних працівників до кримінальної відповідальності за цими статтями є поодинокими.

На сьогодні, на жаль, не ведеться офіційна узагальнена статистика про стан і динаміку злочинності у медичній сфері, розгляд і вирішення так званих медичних справ [7, с. 39]. Однак аналіз практики національних судів на підставі даних, що розміщені у Єдиному державному реєстрі судових рішень, свідчить: кількість випадків притягнення до кримінальної відповідальності осіб, які вчинили злочини у медичній сфері, є досить незначною. Судовий розгляд медичних справ, як правило, закінчується винесенням постанови про закриття або виправдувального вироку. Ще частіше справи навіть не доходять до суду, а закриваються на етапі досудового розслідування. З. Гладун вважає, що до судового розгляду доходить менше 0,5 % «медичних справ» [2, с. 15]. Представники медичної сфери зазначають, що причиною такої ситуації в більшості випадків є не відсутність

у діяннях медиків складу злочину, а недоліки у роботі слідчих і судових органів [7, с. 45], що, як правило, пов'язано із своєрідністю предмета доказування, особливостями аналізу й оцінювання зібраної інформації, відсутністю спеціальних знань з медицини.

Оскільки «об'єктом» діяльності медичних працівників є життя та здоров'я людини, що відповідно до Конституції України є найвищою соціальною цінністю, то такий «об'єкт» має бути максимально захищений, у тому числі шляхом встановлення адміністративної відповідальності за порушення умов і порядку надання медичної допомоги пацієнту. Адже відсутність складу злочину не означає відсутність у діях медичного працівника порушення, яке могло б охоплюватися складом адміністративного проступку.

У зв'язку з викладеним ми вважаємо за необхідне внести зміни до глави 5 КУпАП «Адміністративні правопорушення у галузі охорони праці і здоров'я населення» та передбачити адміністративну відповідальність: за порушення умов і порядку надання медичної допомоги пацієнту, що встановлені державними медичними стандартами, нормами та правилами; за порушення законодавства про лікарську таємницю; за порушення прав пацієнта під час клінічних випробувань. Повноваження щодо розгляду та вирішення таких справ доцільно покласти на органи служби уповноважених з прав пацієнтів при МОЗ України.

Значення встановлення адміністративної відповідальності за порушення прав пацієнтів важко переоцінити. По-перше, це надасть можливість у випадках, коли у діях медичного працівника відсутній склад злочину, притягнути його до адміністративної відповідальності. По-друге, запровадження механізму притягнення медиків до адміністративної діяльності сприятиме подоланню безкарності, що існує в медичній сфері. По-третє, така інновація матиме превентивний характер, сприятиме запобіганню вчинення нових правопорушень як самим порушником, так й іншими особами.

У ході професійної діяльності медичні працівники нерідко допускають порушення трудової дисципліни, які можуть кваліфікуватися як дисциплінарні проступки. Відповідно до ст. 147 Кодексу законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII за вчинення дисциплінарного проступку керівник медичної організації має право застосувати до медичного працівника дисциплінарне стягнення у вигляді догани або звільнення. З метою оптимізації інституту дисциплінарної відповідальності медичних працівників, підвищення дисципліни у закладах охорони здоров'я та більш свідомого ставлення медичних працівників до своїх професійних обов'язків МОЗ України доцільно розробити та затвердити Положення про дисциплінарну відповідальність медичних працівників, яке має поширювати свою дію на лікарів і молодших спеціалістів з медичною освітою закладів охорони здоров'я державної та комунальної форм власності. У Положенні необхідно передбачити, що правом застосування дисциплінарних стягнень користуються керівник закладу охорони здоров'я та керівники структурних підрозділів (відділень). При накладенні дисциплінарного стягнення повинні враховуватися тяжкість проступку, обставини, за яких він вчинений, попередня робота і поведінка працівника, наявність заохочень, отриманих під час роботи у медичному закладі.

Положення про дисциплінарну відповідальність медичних працівників має закріпити більш широкий перелік дисциплінарних стягнень (зауваження, догана, попередження про звільнення, звільнення) та передбачити, що у закладах охорони здоров'я застосовується система поєднання дисциплінарних стягнень із заходами економічного впливу на порушників дисципліни (наприклад, позбавлення медичного працівника отримання додаткових виплат до заробітної плати протягом певного строку). Так, за одноразове порушення трудової дисципліни (запізнення на роботу, невиконання законних розпоряджень адміністрації, порушення правил внутрішнього трудового розпорядку, посадових інструкцій, технічних правил, правил з техніки безпеки, стандартів надання медичної допомоги і т. д.) у закладі охорони здоров'я доцільно передбачити стягнення у вигляді: зауваження, що оголошується усно керівником закладу охорони здоров'я або структурного підрозділу; догани, що оформлюється наказом керівника закладу охорони здоров'я чи підрозділу.

За систематичне порушення трудової дисципліни й у випадку інших серйозних порушень (відсутність працівника без поважної причини на роботі більше трьох годин протягом робочого дня, відмова працівника без поважних причин від виконання трудових обов'язків, поява на робочому місці у нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння тощо) до медичного працівника можуть бути застосовані такі види дисциплінарних стягнень: попередження про звільнення; звільнення. Рішення про винесення попередження про звільнення або звільнення із закладу охорони здоров'я приймає керівник закладу охорони здоров'я за власною ініціативою або за клопотанням керівника структурного підрозділу.

Прийняття Положення про дисциплінарну відповідальність медичних працівників, на на-

шу думку, позитивно вплине на рівень дисципліни у закладах охорони здоров'я, сприятиме свідомому ставленню медичних працівників до своїх професійних обов'язків.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що утворення служби уповноважених з прав пацієнтів при МОЗ України, оптимізація інститутів адміністративної та дисциплінарної відповідальності медичних працівників у поєднанні з іншими заходами сприятимуть захисту прав людини при зверненні за медичною допомогою або під час її отримання, зміцненню здоров'я населення України та збереженню генофонду нації.

Список використаних джерел

1. *Пашков В. М.* Господарсько-правова політика у сфері охорони здоров'я: проблеми вітальної безпеки. – К., 2007. – 152 с.

2. *Гладун З.* Скарга пацієнта: правові підстави та порядок розгляду // Медичне право. – 2014. – № 1. – С. 11–17.

3. *Паращич І. М.* Міжнародно-правові норми захисту прав пацієнтів і національне законодавство: питання адаптації // Економіка та держава. – 2009. – № 3. – С. 64–65.

4. *Роль* Уповноваженого Верховної Ради з прав людини у забезпеченні прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина / А. Є. Шевченко, В. М. Бесчастний, В. О. Січкар та ін.; За ред. О. В. Марцеляк. – Д., 2011. – 364 с.

5. *Громов А. П.* Права, обязанности и ответственность медицинских работников. – М., 1976. – 168 с.

6. *Стеценко С. Г., Стеценко В. Ю., Сенюта І. Я.* Медичне право України. – К., 2008. – 507 с.

7. *Голованова І. А., Шерстюк А. О.* Практичні проблеми формування медичного права в Україні: основні тенденції судової практики в сфері захисту права на охорону здоров'я // Теоретико-правові засади формування сучасного медичного права в Україні: Збірник матеріалів наук.-практ. конф. – Полтава, 2014. – С. 38–46.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

In the article we were investigated the question of the necessity of improvement of the administrative-legal regulation of ensuring the rights of patient. We were proposed the direction of optimization of the system of subjects of the administrative-legal regulation of ensuring the rights of patient. We were researched the direction of improvement of administrative and disciplinary responsibility of the medical workers.

В статье исследуется вопрос необходимости совершенствования административно-правового регулирования обеспечения прав пациента, предлагаются пути оптимизации системы субъектов административно-правового обеспечения прав пациента, институтов административной и дисциплинарной ответственности медицинских работников.

УДК 346.1

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

НАПРЯМИ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОПТИМІЗАЦІЇ КАПІТАЛЬНОГО БУДІВНИЦТВА

Стаття присвячена дослідженню напрямів використання господарсько-правових засобів для підвищення ефективності капітального будівництва в сучасних умовах.

Ключові слова: господарсько-правові засоби, капітальне будівництво, оптимізація капітального будівництва.

Капітальне будівництво є сферою економічної діяльності, що має потенціал до вирішення сукупності взаємопов'язаних соціально-економічних завдань: визначення рівня економічного розвитку та забезпечення ефективної роботи всієї системи фінансово-господарського комплексу країни, забезпечення задоволення інтересів і потреб людей на основі підвищення якості їх рівня життя, зокрема стандартів проживання, створення матеріальної основи для сталого розвитку суспільства. Разом із тим у нашій країні тривалий час не демонструється реалізація зазначеного позитивного потенціалу на практиці. Так, у сфері житлового будівництва проблеми створення економічного, доступного житла практично не вирішуються. Майже 42 % сімей в Україні забезпечені житловою площею менше ніж 13,65 м^2 на одну особу, що не відповідає встановленим навіть у Житловому кодексі (далі – ЖК) України житловим стандартам, а за критеріями ООН мінімальним стандартом забезпеченості житловою площею є 30 м^2 на особу. В країнах ЄС запроваджено стандарт будування, за яким необхідно зводити 1 м^2 житла в розрахунку на душу населення на рік, що з урахуванням євроінтеграційних сподівань України вимагає від нашого будівельного комплексу введення 46 млн м^2 щорічно (з 2000 р. в Україні кожен рік будувалося від 5,5 до 10,5 млн м^2, у середньому всього 7,7 м^2 на рік).

Однією з причин неефективності капітального будівництва є стан підприємств будівельного комплексу нашої країни, адже для них характерним є високий ступінь зносу основних фондів, який сягає майже 80 %. При нормальному відтворенні основних фондів ступінь їх зносу не повинен бути більше 25–30 %. Будівельні організації мають незадовільне забезпечення сучасними будівельними механізмами, устаткуванням, технологіями, не запроваджують сучасні проектні рішення й управлінські схеми організації виробничих відносин оскільки не мають вільних коштів, залишаються в основному збитковими.

Питання застосування господарсько-правових засобів для державного впливу на економічну сферу розглядались у працях Г. Знаменського, В. Мамутова, О. Подцерковного, В. Щербини. Проте щодо капітального будівництва таких досліджень не проводилося.

Правовому забезпеченню застосування державного впливу на будівельну галузь України приділялась увага у дисертаційних дослідженнях. І. Миронець з позицій адміністративно-правового регулювання проаналізувала вплив держави на будівельну діяльність в Україні. Правове регулювання проведення капітального будівництва за державні кошти були ґрунтовно досліджені І. Банасевич та Г. Гриценко. Питання господарсько-правового забезпечення якості будівельних робіт розглядалися Н. Трофуненко. Проте можливості застосування господарсько-правових засобів для оптимізаційного впливу на розвиток капітального будівництва не досліджувалися. Разом із тим вирішення проблеми, що розглядається, необхідне як з теоретичних (для розвитку теорії господарсько-правових засобів впливу на сферу економіки), так і практичних міркувань (для забезпечення розвитку сфери капітального будівництва).

Метою цієї статті є визначення оптимізаційних можливостей господарсько-правових засобів щодо капітального будівництва в Україні.

© В. Олюха, 2015

Для виконання завдань дослідження необхідно визначити поняття «оптимізація капітального будівництва». За основу тут можна взяти підхід, запропонований в економіко-математичному словнику Л. Лопатникова: оптимізація – це визначення такого стану досліджуваної системи, який буде найкращим із точки зору пропонованих до неї (системи) вимог і розгляд такого стану як цілі [1, с. 277]. Комплекс заходів з оптимізації має забезпечити перехід від несприятливого стану до бажаного, сприятливого, в якомусь конкретному відношенні, що відповідає цілям або адаптивним нормам і програмам у керованих матеріальних та ідеальних системах різного роду. Наслідком оптимізації має бути підвищення ефективності функціонування, яка визначається такими основними показниками: досягнення поставлених цілей; ефективність використання ресурсів. З урахуванням викладеного, вирішення завдань оптимізації розвитку капітального будівництва за допомогою господарсько-правових засобів в Україні – це пошук певного набору змінних, якому відповідає оптимальне значення критерію оптимізації відповідно до мети та завдань її запровадження, які у кінцевому підсумку підвищують його ефективність. Ефективність системи може розглядатись за декількома критеріями, а щодо такої складної системи, як капітальне будівництво, то це здатність забезпечувати високі економічні показники у поєднанні з можливістю вирішення соціальних проблем.

Економічна ефективність капітального будівництва у макроекономічному сенсі визначається величиною витрат, необхідних для створення одиниці національного доходу. Відповідно, у макроекономіці процес зниження витрат на капітальне будівництво, необхідних для створення національного доходу, є підвищенням економічної ефективності капітального будівництва.

На мікроекономічному рівні необхідно забезпечити прибутковість господарської будівельної діяльності для конкретних операторів підприємницької діяльності у цій сфері. Одним із напрямів підвищення прибутковості у капітальному будівництві є зниження рівня трансакційних витрат. За підходом, запропонованим К. Ерроу, трансакційними є витрати експлуатації економічної системи [2, с. 53]. Досягнення мінімальних показників трансакційних витрат забезпечується раціональним використанням матеріальних, інформаційних, трудових ресурсів. Належний рівень правової роботи на підприємстві, раціональна організація тривалих зв'язків із контрагентами на основі кооперації та взаємовигідної співпраці знижують витрати на переддоговірну, договірну, контрольну, претензійну, позовну роботу.

Ю. Атаманова обґрунтувала необхідність господарсько-правового забезпечення інноваційної політики держави як самостійного напряму її економічної політики [3]. Інноваційні методи проектування, проведення технічних робіт у будівництві знижують виробничі витрати, рівень споживання енергетичних ресурсів, підвищують рівень складності будівництва, отже, впливають на економічну ефективність. Тому окремим напрямом оптимізації капітального будівництва є забезпечення його розвитку як інноваційної системи.

Слід зазначити, що розвинуте на інноваційних засадах капітальне будівництво здатне забезпечити вирішення не тільки економічних, а й соціальних проблем: екологічності будівельних робіт, їх ресурсної економії, зокрема зниження рівня споживання електроенергії, газу, пару. Дійсно, запровадження сучасних, науково обґрунтованих передових методів проектування, виконання робіт, нового високотехнологічного устаткування й обладнання дозволяє не тільки отримувати додатковий прибуток, а й знижує навантаження на екосистему в цілому. Таким чином, запровадження інновацій у будівельній господарській діяльності є складовою сталого розвитку як капітального будівництва, так і суспільства в цілому. Концепція функціонально-цільової підсистеми сприяння сталому розвитку господарсько-правовими засобами висунута О. Шаповаловою [4]. Ми вважаємо, що така функціонально-цільова підсистема може використовуватись як напрям оптимізації капітального будівництва не тільки на макроекономічному рівні, а й щодо окремих підприємств, що займаються будівельною господарською діяльністю. При цьому умовою сталого розвитку суспільства є його розвиток за трьома основними складовими: економіка, гідні умови життя для людей, забезпечення збереження навколишнього природного середовища.

Викладене свідчить, що метою господарсько-правового впливу має бути формування капітального будівництва як динамічної інноваційно-індустріальної системи, здатної забезпечувати зростання рівня добробуту людей і стандартів проживання, розвиток промисловості країни з дотриманням сучасних світових стандартів енергоефективності та ресурсозбереження, раціонального землекористування, захисту навколишнього середовища, тобто на основі сталого розвитку.

Доцільність використання правових засобів для здійснення регулюючого впливу на економіку доведена у працях учених науки господарського права, але єдності думок щодо конкретного переліку господарсько-правових засобів, необхідних для вирішення соціально-

економічних проблем, не існує. О. Шаповалова під господарсько-правовими засобами сприяння сталому розвитку розуміє: способи матеріально-процедурного й іншого операційного рівня, які мають практичний зміст розв'язання організаційно-майнових завдань господарського використання природних ресурсів; засоби законотворчого рівня (правові конструкції, цільові комплекси норм тощо), спрямовані на вдосконалення правового режиму використання природних ресурсів у сфері господарювання; не лише юридичні інструменти, а й юридичні утворення господарсько-правових засобів у сукупності з технологіями правового регулювання, які збільшують силу первинних елементів останнього, а саме – норм права [4].

Ю. Атаманова запропонувала поділ господарсько-правових засобів регулювання діяльності суб'єктів господарювання в інноваційній сфері на [3, с. 26]:

- загальні, що використовуються для врегулювання будь-яких видів господарської діяльності в різних галузях національної економіки (вони закріплені в ст. 12 Господарського кодексу (далі – ГК) України);
- спеціальні, що пристосовані для використання саме в інноваційній сфері (спеціальний режим інноваційної діяльності, державна реєстрація та державна експертиза інноваційних проектів, інноваційних продуктів, технологій, технопарків, їх проектів, спеціальні організаційно-правові засоби державної підтримки інноваційної діяльності (центри інноваційного розвитку, трансферу технологій, наукові парки).

Н. Дятленко до господарсько-правових засобів попередження ухилень від сплати податків відносить норми господарського права; інститути господарського права (відповідальність, договір); інструменти та методи, якими регулюється сфера оподаткування; юридично значущі дії (насамперед акти застосування права) [5, с. 6]. Н. Трофуненко прийнятною для господарсько-правових засобів якості будівельних робіт відносить [6, с. 35]:

- господарсько-правові засоби-інструменти, що формують у сукупності «правову матерію», тобто модельні засоби, за допомогою яких суб'єкти господарювання задовольняють свої інтереси щодо якісного виконання будівельних робіт. До засобів-інструментів належать закони, підзаконні акти Кабінету Міністрів України, Мінрегіонбуду, юридичні факти (наприклад, прийняття закінченого об'єкта в експлуатацію), пільги, заборони, суб'єктивні права та обов'язки (закріплені у будівельних нормах і правилах, нормах пожежної безпеки), заохочення та покарання (визначені у договорах підряду);
- господарсько-правові засоби-технології, які виступають, перш за все, як акти реалізації прав та обов'язків та означають завершальний етап досягнення цілей і задоволення відповідних потреб (ліцензія на провадження будівельної діяльності, приписи Державної архітектурно-будівельної інспекції щодо усунення порушень будівельних норм, позовна заява про стягнення збитків, зумовлених неякісним виконанням будівельних робіт).

Викладене свідчить, що окреслення господарсько-правових засобів відбувається з урахуванням специфіки об'єкта, щодо якого відбувається їх застосування, та мети такої правової діяльності. Очевидно визначити конкретний перелік, єдиний для всіх випадків правової діяльності, неможливо та не доцільно. У той самий час необхідно враховувати стан системи, яка піддаватиметься регулюючому впливу, адже тільки такий підхід дозволить встановити не абстрактне їх коло, а найбільш ефективний ряд господарсько-правових засобів. Для цього необхідно визначити базові підходи. Основоположними принципами застосування господарсько-правових засобів для оптимізації капітального будівництва мають бути системність, програмність, економність.

У кризових умовах, коли хронічно не вистачає бюджетних коштів, необхідним є *пошук ефективних та економних господарсько-правових засобів*. У зв'язку з цим украй обережно та виважено маємо використовувати для оптимізації капітального будівництва такі затратні правові інструменти, як субвенції, дотації, фінансова державна допомога, податкові пільги, державне замовлення. Необхідно передбачати перспективу використання об'єктів, що побудовані з використанням державних коштів на умовах прибутковості, та можливості їх автономного функціонування у подальшому.

Держава має отримувати не тільки зиск у вигляді вирішення певних соціальних проблем, а й можливість повернення вкладених коштів, а також отримання прибутку. Такий підхід стимулюватиме ефективність господарювання, відповідальне ставлення господарюючих суб'єктів до проведення власної діяльності з використанням державних ресурсів, забезпечить повернення державних коштів. Винятком може бути проведення капітального будівництва в інтересах забезпечення обороноздатності країни, інших подібних важливих для існування держави завдань. З урахуванням зазначеного принципу перевагу необхідно надавати таким господарсько-правовим засобам, які створюють певні сприятливі умови у веденні бізнесу, але не породжують паразитичний настрій у окремих суб'єктів господарювання. Наприклад, такий засіб непрямої державної підтримки,

як удосконалення чинного законодавства робить його зручним у користуванні, усуває прогалини, врешті-решт знижує рівень трансакційних витрат будівельних підприємств, отже, опосередковано підвищує їх прибутковість. Удосконалення господарського законодавства, щодо капітального будівництва, може полягати у гармонізації положень Цивільного кодексу (далі – ЦК) України та ГК України у регулюванні підрядних відносин, удосконалення норм ГК України про капітальне будівництво, зокрема відображення у главі 33 організаційно-господарських зобов'язань вдосконаленні норм про виробничо-господарські зобов'язання, а також гармонізації вітчизняних нормативно-правових актів із актами ЄС, що регулюють аналогічну сферу.

Іншими господарсько-правовими засобами, які дозволятимуть знижувати трансакційні витрати, є господарські договори, необхідні для нестандартної організації праці – договір аутсорсингу та договір аутстафінгу. Широкому їх запровадженню у практику господарювання з ведення будівельних робіт заважає недостатнє законодавче забезпечення. Безумовно, запровадження таких господарських договорів дозволяє знижувати організаційні витрати, але тут необхідним є забезпечення прав працівників будівельних підприємств, дотримання законодавства про охорону праці.

Програмність полягатиме у тому, що основні цілі та завдання оптимізації відображатимуться у певних правових документах. Тому такий господарсько-правовий засіб, як державні програми цільового розвитку повинні мати пріоритет, адже таким чином можна формалізувати завдання оптимізації, окреслити інші необхідні для їх реалізації господарсько-правові засоби, визначити необхідні для цього ресурси, виконавців, правову базу, критерії контролю та показники реалізації цілей, що об'єктивно свідчитимуть про стан реалізації проекту. Адже державна цільова програма – це комплекс взаємопов'язаних, науково обґрунтованих завдань і заходів, що запроваджуються на системній основі для отримання позитивних, конкретно визначених за кількісними й якісними показниками результатів, необхідних для розв'язання найважливіших проблем розвитку держави та суспільства, окремих галузей економіки або адміністративно-територіальних одиниць, здійснюються з використанням коштів Державного бюджету України, коштів місцевих бюджетів, приватних осіб на умовах державно-приватного партнерства, узгоджені за строками виконання, складом виконавців, ресурсним забезпеченням і переліком засобів державного впливу.

Принцип системності дозволить застосовувати необхідні господарсько-правові засоби у їх сукупності, таким чином, щоб один підсилював регулюючу дію іншого. За такого підходу забезпечуватиметься і принцип економічності у застосуванні господарсько-правових засобів. Наприклад, такий господарсько-правовий засіб, як державно-приватне партнерство у застосуванні з програмним підходом дозволив би залучати кошти приватних осіб для реалізації проектів із реконструкції об'єктів інфраструктури, нового будівництва, переклав би на приватний бізнес визначення необхідних для ефективного проведення капітального будівництва заходів, забезпечення прибутковості від подальшої експлуатації збудованих у такий спосіб об'єктів.

Разом із тим необхідно застосовувати господарсько-правові засоби, що забезпечуватимуть дотримання суспільних інтересів. Так, капітальне будівництво має забезпечувати не лише прибутковість і досягнення інших економічних показників, а й дотримання безпеки робіт, екологічності кінцевої будівельної продукції. Вирішенню таких завдань має слугувати система ліцензування, сертифікації спеціалістів і матеріалів, атестації спеціалістів архітектурно-будівельної сфери.

Ліцензування провадження діяльності у будівництві, пов'язаної із створенням об'єктів архітектури – це діяльність уповноважених державою відповідних компетентних органів щодо надання суб'єктам підприємницької діяльності дозволу на здійснення видів будівельної діяльності за умови дотримання ними певних умов, передбачених законодавчими актами, а також контроль за дотриманням ними ліцензійних умов і застосування заходів оперативного реагування в разі допущення правопорушень у цій сфері. Безумовно ліцензування у будівельній сфері має відбуватися на прозорій основі, процедури отримання ліцензії не повинні бути занадто складними.

У перспективі необхідно запроваджувати перехід від ліцензування до сертифікації, а від сертифікації до атестації спеціалістів архітектурно-будівельної сфери, що сприятиме, з одного боку, зниженню трансакційних витрат, а з іншого – забезпеченню дотримання публічних, суспільних інтересів при проведенні такої діяльності. Таким чином можна буде досягти синергетичного ефекту від застосування господарсько-правових засобів оптимізації капітального будівництва в Україні. Підвищення ефективності капітального будівництва створить кумулятивний позитивний ефект і для інших галузей промисловості. Тому оптимізація капітального будівництва є необхідною не тільки для нього, а й для інших галузей.

Висновки

Господарсько-правові засоби можуть бути використані для реалізації такої мети, як оптимізація капітального будівництва. При цьому оптимізація має забезпечити перехід від несприятливого, кризового стану, в якому перебуває капітальне будівництво нашої країни, до побудови його як ефективної, інноваційно-індустріальної системи, що функціонує на умовах сталого розвитку та здатне вирішувати завдання створення сучасної будівельної продукції, забезпечення на цій основі сталого розвитку суспільства, прибутковості власної господарської діяльності.

Принципами застосування господарсько-правових засобів для оптимізації капітального будівництва у сучасних умовах є економічність, програмність, системність. Їх реалізацію слід провадити на засадах єдності та взаємної обумовленості.

Список використаних джерел

1. *Лопатников Л. И.* Словарь современной экономической науки. – М., 2003. – 520 с.

2. *Эрроу К.* Возможность и пределы рынка как механизма распределения ресурсов // THESIS. – 1993. – Т. 1, вып. 2. – С. 53–68.

3. *Атаманова Ю. Є.* Основні проблеми системного господарсько-правового регулювання відносин в інноваційній сфері: дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2009. – 458 с.

4. *Шаповалова О. В.* Адаптація господарського законодавства до вимог сталого розвитку: дис. ... д-ра юрид. наук. – Луганськ, 2007. – 511 с.

5. *Дятленко Н. М.* Господарсько–правові засоби попередження ухилень від сплати податків: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2002. – 20 с.

6. *Трофуненко Н. В.* Господарсько-правове забезпечення якості будівельних робіт: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2011. – 214 с.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

The article investigates the uses of economic-legal means to improve the efficiency of capital construction in modern conditions.

Статья посвящена исследованию направлений использования хозяйственно-правовых средств для повышения эффективности капитального строительства в современных условиях.

УДК 346.3 : (339.338 : 615.2/3) (447)

Марія Остап'юк,
здобувачка кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАСТОСУВАННЯ НОРМ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО САНКЦІЇ» У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ЛІКАРСЬКИХ ЗАСОБІВ

У статті аналізуються окремі проблеми застосування норм Закону України «Про санкції» у сфері державних закупівель лікарських засобів, формулюються пропозиції щодо приведення положень Закону України «Про здійснення державних закупівель» у відповідність із Законом України «Про санкції», підвищення добросовісної конкуренції у сфері здійснення державних закупівель лікарських засобів.

Ключові слова: державні закупівлі, ринок державних закупівель, лікарські засоби, санкції, конкуренція.

Сучасний ринок державних закупівель базується на фундаментальному правовому принципі недискримінації учасників конкурсних торгів, порушення якого, як правило, призводить до їх нерівності у тих чи інших формах і пов'язаний з іншим принципом здійснення закупівель – добросовісна конкуренція серед учасників. Із метою забезпечення національної безпеки, оборони чи інших загальносуспільних інтересів законом можуть встановлюватися обмеження на ринку (ч. 3 ст. 18 Господарського кодексу (далі – ГК) України).

Державні закупівлі лікарських засобів, якщо вартість предмета закупівлі (без урахування податку на додану вартість) дорівнює або перевищує 100 тис. грн, здійснюються у порядку та на умовах, визначених Законом України «Про здійснення державних закупівель» від 10.04.2014 р. № 1197-VII. Відповідно до ч. 1 ст. 5 зазначеного Закону вітчизняні й іноземні учасники беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах. У зв'язку з цим будь-які обмеження стовно здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у певного кола юридичних осіб, що застосовуються державою, безпосередньо впливають на здійснення процедур державних закупівель (якщо участь у них беруть такі суб'єкти).

12 вересня 2014 р. набрав чинності Закон України «Про санкції» від 14.08.2014 р. № 1644-VII, яким передбачається застосування спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів, до яких відноситься, зокрема, заборона здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у певного кола суб'єктів господарювання (п. 10 ч. 1 ст. 4). Однак на сьогодні законодавчо не регламентовані умови та порядок реалізації згаданої санкції під час здійснення процедур державних закупівель товарів, робіт і послуг. Відсутність порядку реалізації тієї чи іншої норми законодавства призводить до неправильного чи неоднозначного її застосування на практиці, а у сфері державних закупівель лікарських засобів – також і до затягування, а то й неможливості, проведення процедур закупівель. Крім того, запровадження зазначеного виду санкцій вплине на формування номенклатури медичних препаратів, які закуповуватимуться за державні кошти, адже на фармацевтичному ринку України присутні як резиденти, так і нерезиденти – суб'єкти господарювання. Заборона здійснення державних закупівель товарів у певного кола суб'єктів господарювання зумовить неможливість закупівлі тих лікарських засобів, які реалізовуються на ринку виключно зазначеними суб'єктами та мають важливе соціальне значення. Викладене свідчить, що дослідження проблем реалізації норм Закону України «Про санкції» під час проведення процедур державних закупівель лікарських засобів є актуальним.

Питання щодо застосування норм Закону України «Про санкції» у сфері державних закупівель лікарських засобів науковці не розглядали. Відсутні також наукові дослідження з приводу застосування заборони здійснення державних закупівель інших товарів, робіт і послуг у юридичних осіб, визначених Законом України «Про санкції». Це пояснюється тим, що запровадження зазначеного виду санкцій є новелою як у науці господарського права, так і в українському законодавстві.

© М. Остап'юк, 2015

Метою цієї статті є аналіз застосування норм Закону України «Про санкції» під час здійснення державних закупівель лікарських засобів і надання відповідних пропозицій щодо шляхів вирішення проблем, що виникають при цьому.

Із метою захисту національних інтересів, національної безпеки, суверенітету та територіальної цілісності України, протидії терористичній діяльності прийнято Закон України «Про санкції», яким передбачається можливість застосування санкцій з боку України по відношенню до іноземної держави, іноземної юридичної особи, юридичної особи, яка перебуває під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність. У зазначеному Законі визначені види санкцій (ст. 4). Однією із них є заборона здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб – резидентів іноземної держави державної форми власності й юридичних осіб, частка статутного капіталу яких є власністю іноземної держави, а також у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовані санкції згідно з цим Законом. Так, у 2014 р. Кабінет Міністрів України схвалив і вніс на розгляд Ради національної безпеки та оборони України пропозиції щодо застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (розпорядження Кабінету Міністрів України «Про пропозиції щодо застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів» від 11.09.2014 р. № 829-р). Одним із видів санкцій, які пропонує Кабінет Міністрів України, є застосування заборони щодо здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг у юридичних осіб – резидентів Російської Федерації державної форми власності й юридичних осіб, частка статутного капіталу яких перебуває у власності Російської Федерації, а також у інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт і послуг походженням із Російської Федерації, крім випадків, коли заміщення таких предметів закупівлі іншими неможливе, що підтверджено Міністерством економічного розвитку і торгівлі України. За змістом ч. 3 ст. 5 Закону України «Про санкції» рішення про застосування, скасування та внесення змін до санкцій щодо окремих іноземних юридичних осіб, юридичних осіб, які знаходяться під контролем іноземної юридичної особи чи фізичної особи-нерезидента, іноземців, осіб без громадянства, а також суб'єктів, які здійснюють терористичну діяльність (персональні санкції), приймається Радою національної безпеки та оборони України і вводиться в дію указом Президента України. На сьогодні рішення щодо застосування санкцій, визначених у згаданому розпорядженні Кабінету Міністрів України, Радою національної безпеки та оборони України не прийнято. У той самий час системний аналіз законодавства свідчить, що запровадженню санкцій у сфері державних закупівель, зокрема лікарських засобів, має передувати одночасне здійснення заходів щодо: внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель»; посилення конкуренції на ринку державних закупівель лікарських засобів.

Внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» зумовлене тим, що ст. 5 цього Закону декларується рівна участь вітчизняних та іноземних учасників у процедурах закупівель. Але правовий аналіз положень Закону України «Про санкції» та розпорядження Кабінету Міністрів України «Про пропозиції щодо застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів» свідчить про те, що згаданими нормативно-правовими актами запроваджуються певні обмеження щодо рівної участі у процедурах закупівель вітчизняних та іноземних учасників. Все це, безумовно, впливатиме на реалізацію принципів недискримінації учасників і добросовісної конкуренції під час проведення процедур державних закупівель.

Слід зазначити, що у Законі України «Про здійснення державних закупівель» будь-яких винятків щодо питання, яке розглядається, не передбачено. Відповідно до ч. 2 ст. 2 згаданого Закону умови, порядок і процедури закупівель товарів, робіт і послуг можуть установлюватися або змінюватися виключно цим Законом, крім випадків, передбачених цим Законом. Тому внесення змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» у зв'язку з прийняттям Закону України «Про санкції» є необхідною передумовою запровадження відповідних санкцій у сфері державних закупівель товарів, робіт і послуг. На нашу думку, насамперед необхідно внести зміни до ч. 1 ст. 5 Закону та передбачити, що вітчизняні й іноземні учасники беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах, за винятком випадків, передбачених законодавством. Також необхідно розширити перелік підстав відмови в участі у процедурі закупівлі учасникам конкурсних торгів у зв'язку з належністю до переліку суб'єктів господарювання, на яких поширюється дія Закону України «Про санкції», що потребує внесення відповідних змін до ч. 2 ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель».

Ще одна проблема, яка потребує врегулювання на законодавчому рівні, стосується розгляду скарги суб'єкта господарювання, до якого застосовуються положення Закону України «Про санкції» Антимонопольним комітетом (далі – АМК) України як органом оскарження у сфері державних закупівель. Цьогорічна ситуація із численними оскарженнями процедур державних закупівель лікарських засобів і медичних виробів довела важливість оперативного прийняття рішень АМК України [1; 2; 3]. Практика свідчить, що оскарження однієї і тієї ж процедури закупівлі різними суб'єктами господарювання може призвести до неможливості проведення процедури закупівлі у бюджетному році, як це, наприклад, відбулося у 2014 р. із державними закупівлями ендопротезів [4]. А тому доцільно передбачити серед повноважень Постійно діючої адміністративної колегії АМК України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель право на залишення скарги без розгляду у разі звернення суб'єкта господарювання, до якого застосовуються положення Закону України «Про санкції». З огляду на це, пропонуємо доповнити ч. 1 ст. 18 Закону положенням, яке передбачає перелік додаткових документів, що мають надаватися скаржниками у разі оскарження ними рішень замовників, прийнятих на підставі застосування до них Закону України «Про санкції». До таких документів слід віднести розширений витяг з Єдиного державного реєстру юридичних і фізичних осіб-підприємців за формою згідно з п. 3.9 розділу ІІІ Порядку надання відомостей з Єдиного державного реєстру юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців, затвердженого наказом Міністерства юстиції України від 14.12.2012 р. № 1846/5 і зареєстрованого в Міністерстві юстиції України 18.12.2012 р. за № 2105/22417. Також, на нашу думку, скаржники мають надавати інформацію про найменування та місцезнаходження виробника медичних товарів, які ними пропонуються для закупівлі, що дасть можливість ідентифікувати країну походження пропонованого товару.

Посилення конкуренції на ринку державних закупівель лікарських засобів зумовлено тим, що на фармацевтичному ринку України присутні іноземні компанії, в тому числі російські. За даними Державного реєстру лікарських засобів України [5], в Україні зареєстровано 306 лікарських засобів виробництва Російської Федерації (245 – готові лікарські засоби та 61 субстанція), або 2,43 % загальної кількості лікарських засобів, дозволених до медичного застосування в Україні [6]. Під час круглого столу, проведеного у Міністерстві охорони здоров'я України 22.09.2014 р., на тему: «Санкції проти Російської Федерації: виклики чи перспективи для українського фармацевтичного ринку?» обговорені можливості застосовування санкцій щодо виробників лікарських засобів з Російської Федерації, їх впливу на пацієнтів, а також перспективи розвитку українських фармацевтичних виробників і дистриб'юторів. Загалом думки провідних фахівців у сфері охорони здоров'я зійшлися у тому, що більшість лікарських засобів, зареєстрованих в Україні, мають аналоги вітчизняного та зарубіжного виробництва. Від переважної більшості російських препаратів і виробів медичного призначення можна відмовитися, і пацієнти не відчують їх зникнення з ринку. Лише 32 міжнародні непатентовані та загальноприйняті назви не мають аналогів в Україні. Саме цим препаратам і слід приділити увагу. Зокрема, потребує обережного підходу питання заборони таких російських вакцин, як БЦЖ, вакцини для профілактики кашлюка, дифтерії та правця з цільноклітинним кашлюковим компонентом (АКДП); анатоксину дифтерійно-правцевого очищеного адсорбованого рідкого (АДП); анатоксину дифтерійно-правцевого очищеного адсорбованого із зменшеним вмістом антигенів, рідкий (АДП-м), анатоксину правцевого (АП) [6].

Згідно з абзацом 2 ст. 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 р. № 2210-ІІІ економічна конкуренція (конкуренція) – це змагання між суб'єктами господарювання з метою здобуття завдяки власним досягненням переваг над іншими суб'єктами господарювання, внаслідок чого споживачі, суб'єкти господарювання мають можливість вибирати між кількома продавцями, покупцями, а окремий суб'єкт господарювання не може визначати умови обороту товарів на ринку. Звідси, відсутність аналогів певних лікарських засобів свідчить про відсутність конкуренції під час здійснення державних закупівель останніх, отже, і про відсутність у замовників права вибору цих ліків у різних виробників. Зазначене доводить необхідність розроблення та затвердження плану заходів щодо зміцнення конкуренції на ринку державних закупівель лікарських засобів. Серед яких, зокрема, слід передбачити проведення аналізу фармацевтичного ринку країни на предмет наявності медикаментів, не лише російського, а й іншого іноземного виробництва, яким немає аналогів в Україні, та розроблення Переліку зареєстрованих в Україні лікарських засобів, яким немає аналогів. Такий перелік дозволить визначити, з одного боку – препарати, під час закупівель яких конкуренція на ринку відсутня, з іншої – пріоритетні напрями щодо створення та виробництва в Україні лікарських за-

собів, медичних імунобіологічних препаратів із метою розвитку вітчизняної фармацевтичної промисловості та відповідно розширення конкуренції у сфері охорони здоров'я. Зазначений Перелік, на нашу думку, має бути з відкритим доступом для користувачів, систематично моніторитися й оновлюватися. Також необхідно налагодити широке міжнародне співробітництво із виробниками лікарських засобів іноземних держав із метою завезення на територію України медикаментів, які на ринку України наявні тільки в одного виробника, що тим самим сприятиме конкуренції між учасниками конкурсних торгів під час проведення державних закупівель відповідних препаратів. План заходів із посилення добросовісної конкуренції у сфері державних закупівель лікарських засобів доцільно затвердити розпорядженням Кабінету Міністрів України, враховуючи те, що вони стосуються організаційно-розпорядчих питань (п. 1 пр. 30 Регламенту Кабінету Міністрів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18.07.2007 р. № 950 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 09.11.2011 р. № 1156).

Висновки

Результати проведеного дослідження свідчать, що проблемами застосування норм Закону України «Про санкції» щодо заборони здійснення державних закупівель товарів, робіт і послуг, у тому числі лікарських засобів, у певного кола суб'єктів господарювання є невідповідність між собою положень зазначеного Закону та Закону України «Про здійснення державних закупівель», а також слабка конкуренція на ринку закупівель лікарських засобів. З метою вирішення зазначених проблем пропонуємо внести до Закону України «Про здійснення державних закупівель» такі зміни:

ч. 1 ст. 5 викласти у новій редакції: «1. Вітчизняні й іноземні учасники беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах відповідно до положень цього Закону, за винятком випадків, коли застосовуються обмеження передбачені законодавством»;

ч. 1 ст. 17 доповнити п. 8 такого змісту: «8) суб'єкт господарювання (учасник або учасник попередньої кваліфікації) є юридичною особою – резидентом іноземної держави державної форми власності, або юридичною особою, частка статутного капіталу якої знаходиться у власності іноземної держави, або суб'єктом господарювання, що здійснює продаж товарів, робіт, послуг походженням із іноземної держави, до якої застосовані санкції згідно з законодавством»;

ч. 1 ст. 18 доповнити абзацом 9 такого змісту: «У разі оскарження рішень, прийнятих на підставі застосування норм Закону України «Про санкції», суб'єктом оскарження додатково до документів, зазначених в абзаці 8 ч. 1 цієї статті, надаються розширений витяг з Єдиного державного реєстру юридичних і фізичних осіб-підприємців за формою згідно з законодавством та документи, що містять інформацію про найменування і місцезнаходження виробника товарів, які пропонувалися суб'єктом оскарження для закупівлі»;

ч. 6 ст. 18 Закону доповнити абзом 6 такого змісту: «суб'єкт оскарження є юридичною особою – резидентом іноземної держави державної форми власності, або юридичною особою, частка статутного капіталу якої знаходиться у власності іноземної держави, або суб'єктом господарювання, що здійснює продаж товарів, робіт, послуг походженням із іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно з законодавством».

Необхідно також розробити та затвердити розпорядженням Кабінету Міністрів України План заходів з підвищення добросовісної конкуренції у сфері державних закупівель лікарських засобів, яким слід передбачити:

здійснення аналізу фармацевтичного ринку України з метою визначення зареєстрованих в Україні лікарських засобів, яким немає аналогів;

розроблення Переліку зареєстрованих в Україні лікарських засобів, які не мають аналогів в Україні (далі – Перелік);

забезпечення постійного моніторингу, систематичного оновлення та відкритого доступу до Переліку;

визначення пріоритетних напрямів створення та виробництва в Україні лікарських засобів, медичних імунобіологічних препаратів, включених до Переліку;

налагодження ефективної міжнародної співпраці з іноземними виробниками лікарських засобів, включених до Переліку з метою імпортування їх на територію України та розширення кола учасників конкурсних торгів різної державної належності на закупівлю лікарських засобів, включених до Переліку.

Внесення запропонованих змін до Закону України «Про здійснення державних закупівель» та запровадження заходів із підвищення добросовісної конкуренції у сфері державних закупівель лікарських засобів, на нашу думку, вирішить проблемні питання застосування норм Закону України «Про санкції» під час здійснення державних закупівель лікарських засобів, у разі їх запровадження. Порушені у статті питання стосуються також розвитку вітчизняного фармацевтичного виробництва, підвищення рівня добросовісної

конкуренції у сфері державних закупівель лікарських засобів, що може стати предметом подальших наукових досліджень.

Список використаних джерел

1. *Звіти* про діяльність Антимонопольного комітету України як органу оскарження [Електронний ресурс]: Антимонопольний комітет України. – Режим доступу: http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/printable_article/89139;jsessionid=4D5F6A8F9395A301D31CA3D8A42D1F4. – Заголовок з екрану.

2. *АМКУ* намагається допомогти хворим, не порушуючи букву Закону [Електронний ресурс]: Антимонопольний комітет України. – Режим доступу: http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/108926. – Заголовок з екрану.

3. *Блокування* державних закупівель: Антимонопольний комітет шукає шляхи вирішення проблеми [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.apteka.ua/. – Заголовок з екрану.

4. *Закупівля* ендопротезів та імплантів у 2014 р. не відбудеться через оскарження процедури в АМКУ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.apteka.ua/. – Заголовок з екрану.

5. *Державний* реєстр лікарських засобів України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.drlz.kiev.ua.

6. *Барміна Г.* Санкції проти Росії: вплив на український фармринок // Аптека. – 2014. – 24 вересня. – Режим доступу: http://www.apteka.ua/article/307450. – Заголовок з екрану.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

Article researched and analyzed some of the problems of application of norms of the law of Ukraine «On sanctions» in the sphere of public procurement of medicines. The proposals to bring the Law of Ukraine «On Public Procurement» to the Law of Ukraine «On sanctions» and proposed measures to increase competition in public procurement of medicines.

В статье анализируются отдельные проблемы применения норм Закона Украины «О санкциях» в сфере государственных закупок лекарственных средств, формулируются предложения относительно приведения положений Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» в соответствие с Законом Украины «О санкциях», повышения добросовестной конкуренции в сфере осуществления государственных закупок лекарственных средств.

УДК [342.2 + 342.5 + 346.22] : 339.9

Євген Школьний,
аспірант кафедри цивільного та трудового права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет
ім. Вадима Гетьмана»

ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ ДЕРЖАВИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ НЕЮ ЗОВНІШНЬОЕКОНОМІЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті досліджується правовий статус держави у ході здійснення нею зовнішньоекономічної діяльності в контексті норм національного законодавства у сфері господарської та зовнішньоекономічної діяльності, наукових досліджень.

Ключові слова: зовнішньоекономічна діяльність, суб'єкти господарської діяльності, учасники господарської діяльності, суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності, держава.

Правовідносини, що виникають у сфері зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД), поділяються на адміністративно-правові відносини щодо регулювання цієї діяльності, а також на господарсько-правові відносини з безпосереднього її здійснення.

Держава, крім здійснення функцій з державного регулювання ЗЕД, наділена також компетенцією і щодо безпосередньої участі у ній. Про це свідчать положення національного законодавства, а також практика здійснення ЗЕД. У зв'язку з цим у наукових колах виникає дискусія відносно можливості надання державі статусу суб'єкта господарювання та суб'єкта ЗЕД у ході безпосереднього здійснення нею цієї діяльності, адже вона наділена і державною владою. Саме тому це питання набуває актуальності.

Питання правового статусу держави у ході здійснення господарської діяльності та ЗЕД досліджували такі науковці, як А. Омельченко, С. Теньков, Д. Притика, І. Булгакова, Д. Тупчієнко, В. Петрина та інші. Однак воно потребує більш детального аналізу та дослідження в контексті норм зовнішньоекономічного законодавства.

Метою цієї статті є аналіз правового статусу держави як суб'єкта ЗЕД у контексті норм національного законодавства та наукових досліджень, виявлення проблемних аспектів даного питання та напрацювання відповідних пропозицій.

Аналіз законодавства України, що регулює сферу ЗЕД, дозволяє зробити висновок, що держава може виступати суб'єктом цієї діяльності. Так, у ч. 2 ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16.04.1991 р. № 959-XII, де визначається перелік суб'єктів такої діяльності, зазначено, що Україна в особі її органів, місцеві органи влади й управління в особі створених ними зовнішньоекономічних організацій, які беруть участь у зовнішньоекономічній діяльності, а також інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, діють як юридичні особи згідно з ч. 4 ст. 2 цього Закону і законами України. Про можливість держави набувати статус суб'єкта ЗЕД свідчить і норма ч. 4 ст. 2 даного Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність». Крім того, правові засади здійснення державою ЗЕД відображені у нормах таких нормативних актів, як закони України «Про режим іноземного інвестування» від 19.03.1996 р. № 93/96-ВР, «Про інвестиційну діяльність» від 18.09.1991 р. № 1560-XII, «Про приватизацію державного майна» від 04.03.1992 р. № 2163-XII, «Про концесії» від 16.07.1999 р. № 997-XIV та у ряді інших актів.

Однак деякі науковці категорично не погоджуються з можливістю держави виступати як суб'єкт господарювання та суб'єкт ЗЕД. Так, не визнають можливість держави набувати статусу суб'єкта ЗЕД Д. Тупчієнко, С. Мостовенко, С. Деледивка. Вони зазначають, що з точки зору статусу органів державної влади, їх функцій і завдань, здійснення ними господарської діяльності, у тому числі діяльності з метою отримання прибутку, суперечило би призначенню та суті таких органів. Саме тому, на думку дослідників, ч. 1 ст. 8 визначає, що держава, органи державної влади й органи місцевого самоврядування не є

© Є. Школьний, 2015

суб'єктами господарювання. Однак для забезпечення матеріальних потреб здійснення власних повноважень у випадках і порядку, передбачених законодавством щодо статусу таких органів, останні можуть здійснювати некомерційну господарську діяльність, вступаючи при цьому у відповідні господарські відносини із суб'єктами підприємництва [1, с. 17].

Ми не поділяємо наведену думку. Здійснення державою господарської, у тому числі зовнішньоекономічної, діяльності не суперечить статусу органів державної влади, їх функціям і завданням, оскільки ці дії держави спрямовані на забезпечення належного здійснення нею її основоположних конституційних завдань, а саме – забезпечення життєдіяльності держави та суспільства. Прибуток, що отримується державою від здійснення зовнішньоекономічної діяльності, надходить до державної казни та витрачається нею у публічних інтересах, а не в інтересах окремих посадових осіб. За рахунок цих коштів здійснюється державне фінансування потреб різних сфер життєдіяльності суспільства, у тому числі потреб соціального забезпечення населення.

Не можна погодитись також із твердженням науковців щодо здійснення органами державної влади лише некомерційної, тобто неприбуткової, господарської (зокрема, зовнішньоекономічної) діяльності. Так, господарські правовідносини у сфері приватизації державного майна, інвестиційної діяльності, у сфері концесії й оренди державного майна, як правило, мають своїм результатом отримання державою прибутку, що надходить до державної скарбниці.

С. Теньков вважає, що безпосереднім суб'єктом господарювання можуть бути не самі органи управління, а спеціально створені ними для цієї мети господарські структури (комунальні підприємства, банки тощо). Отже, вважає науковець, лише вони і можуть бути стороною у відповідних господарських договорах [2, с. 44]. З цією науковою позицією також важко погодитися. Норми законодавства України свідчать про інше. Так, згідно з ч. 3 ст. 7 Закону України «Про приватизацію державного майна», державні органи приватизації у межах своєї компетенції виступають орендодавцем майна, що перебуває у державній власності, згідно з законодавством; продають майно, що перебуває у державній власності, в процесі його приватизації; укладають угоди щодо проведення підготовки об'єктів до приватизації та їх продажу; контролюють виконання умов договорів купівліпродажу державного майна. Законом України «Про концесії» концесієдавцем визначено орган виконавчої влади або відповідний орган місцевого самоврядування, уповноважений відповідно Кабінетом Міністрів України чи органами місцевого самоврядування на укладення концесійного договору (ст. 1).

Д. Притика та І. Булгакова вважають, що участь держави та місцевого самоврядування у сфері господарювання характеризується таким чином [3, с. 25]:

- органи державної влади та місцевого самоврядування можуть мати господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків);
- органи державної влади та місцевого самоврядування, наділені господарською компетенцією, визнаються учасниками відносин у сфері господарювання відповідно до ст. 2 Господарського кодексу (далі – ГК);
- органи державної влади та місцевого самоврядування виконують владно-політичні функції, тому їх участь у господарсько-правових відносинах носить неосновний характер;
- органи державної влади та місцевого самоврядування не здійснюють безпосередньо господарську діяльність, тому не є суб'єктами господарювання.

Наведені тези містять низку дискусійних аспектів. Так, згідно з ч. 1 ст. 2 ГК України органи державної влади, наділені господарською компетенцією, визнаються учасниками відносин у сфері господарювання. Але поняття «учасник відносин у сфері господарювання» є ширшим за поняття «суб'єкт господарювання», оскільки останні, відповідно до згаданої статті, входять до кола учасників відносин сфери господарювання.

Слід зазначити, що згідно з Великим тлумачним словником сучасної української мови, учасник – це той хто бере (брав) участь у чому-небудь; участь – це виконання разом із ким-небудь якоїсь роботи, співробітництво в чомусь; суб'єкт – це особа, група осіб, організація, держава тощо, які мають певні права й обв'язок; особа або група осіб – це колектив, організація, що виступає активним діячем у якому-небудь акті, процесі [4, с. 1224, 1130, 1131]. Із цього випливає, що держава у ході здійснення нею зовнішньоекономічної діяльності підпадає під обидва вказані поняття й є як учасником цієї діяльності, так і суб'єктом.

Можна погодитися з тезою дослідників відносно того, що участь органів державної влади у господарській діяльності носить неосновний характер для держави, оскільки головне її призначення – виконання владно-політичних функцій. Однак це не означає, що держава не може виступати суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності. Так, національне законодавство надає можливість органам державної влади укладати договори з іноземними суб'єктами підприємницької діяльності за результатами приватизації державного майна, концесійні договори, договори оренди державного майна, інвестиційні договори тощо. В цих конкретних правовідносинах держава виступає саме суб'єктом зовнішньоекономічної діяльності, оскільки має бути рівноправним контрагентом для іншої сторони, і за умовами договору на неї

покладаються певні обов'язки, крім надання прав. Іншими словами, правовідносини влади-підпорядкування відсутні. У цьому контексті заслуговує на увагу п. 3 Інформаційного листа Верховного Суду України «Щодо застосування господарськими судами України положень процесуального законодавства стосовно розмежування компетенції між спеціалізованими адміністративними і господарськими судами» від 26.12.2005 р. № 3.2.-2005, в якому зазначено: «Якщо ж суб'єкти (в тому числі орган державної влади, органи місцевого самоврядування, їхні посадові чи службові особи), хоча б і на реалізацію своїх повноважень, вільно укладають договір відповідно до норм ЦК України, під час укладання такого договору його сторони вільно домовляються про зміст та обсяг прав і обов'язків за договором, можуть відмовитись від його укладання, то такий договір може бути цивільним (господарським), але не адміністративним, оскільки в змісті цього договору відсутні відносини влади і підпорядкування, що є обов'язковими для адміністративного договору, а кожний суб'єкт такого договору виступає як рівний один до одного».

Власні аргументи проти визнання держави суб'єктом ЗЕД має В. Петрина. Дослідник критично ставиться до положення ч. 2 ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», де зазначається про участь держави в цій діяльності. В. Петрина вважає, що нечіткість формулювань зазначеного положення Закону призводить до питання: чи може держава, державні органи або органи місцевого самоврядування бути суб'єктами ЗЕД? Відповідь на це питання, на думку автора, буде негативною з таких причин [5, с. 175, 176]:

- по-перше, «держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання» і, таким чином, суб'єктами ЗЕД. Разом із тим зазначає В. Петрина, суб'єктний склад, а саме – участь у зовнішньоекономічних правовідносинах, з одного боку, українських суб'єктів господарювання, а з іншого – іноземних суб'єктів господарювання є кваліфікуючою ознакою зовнішньоекономічної діяльності як правовідносин. Таким чином, неучасть у правовідносинах одночасно українських суб'єктів господарювання (з одного боку) й іноземних суб'єктів господарювання (з іншого) дає нам підстави не вважати такі правовідносини зовнішньоекономічними. Це означає, що навіть у випадку, якщо б держава, певний орган державної влади чи місцевого самоврядування вступив у приватноправові відносини з іноземним суб'єктом господарювання як рівноправний учасник відносин (наприклад, уклав договір купівлі-продажу автомобіля), то такі відносини не вважалися би зовнішньоекономічними;
- по-друге, в основу регулювання ЗЕД покладено принципи «свободи її суб'єктів добровільно вступати у зовнішньоекономічні відносини, здійснювати їх у будь-яких формах, не заборонених законом, та рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності». Це означає, стверджує автор, що зовнішньоекономічні правовідносини є приватноправовими відносинами, тобто відносинами, «які ґрунтуються на засадах юридичної рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності, суб'єктами яких є фізичні та юридичні особи». Ті ж правовідносини за участю органів державної влади чи органів місцевого самоврядування, у які суб'єкти ЗЕД змушені вступати у зв'язку із здійсненням ними ЗЕД (наприклад, відносини щодо сплати податків, розмитнення товарів, отримання різноманітних дозволів тощо), є за своєю природою публічно-правовими відносинами (відповідно податковими, митними, адміністративними тощо) і характеризуються всіма ознаками публічно-правових відносин.

Викладена наукова позиція є дискусійною, і з нею складно погодитися. Відносно першого аргументу науковця слід зазначити, що хоча в обох визначеннях ЗЕД, що закріплені у ГК України та Законі України «Про зовнішньоекономічну діяльність» вказуються лише суб'єкти господарювання України (у Законі також іноземні суб'єкти господарської діяльності), у нормах останнього чітко зазначається, що держава може безпосередньо здійснювати ЗЕД (ч. 2 ст. 3, ч. 4 ст. 2). Коли держава здійснює цю діяльність, вона діє як юридична особа і виступає її суб'єктом (отже, і суб'єктом господарювання).

Дійсно, ГК України не відносить державу до суб'єктів господарської діяльності, але Закон України «Про зовнішньоекономічну діяльність» є спеціальним відносно нього, а тому норма Закону стосовно можливості здійснення державою ЗЕД має пріоритетне значення. Саме тому з метою узгодження норм цих двох нормативних актів у ГК України необхідно вилучити ч. 1 ст. 8, а визначення зовнішньоекономічної діяльності привести у відповідність із Законом.

Що стосується другого аргументу, то у ч. 4 ст. 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» зазначено, що принцип юридичної рівності та недискримінації полягає, зокрема, у рівності перед законом усіх суб'єктів ЗЕД, незалежно від форм власності, у тому числі держави, при здійсненні зовнішньоекономічної діяльності. Отже, цей принцип поширюється і на державу при здійсненні нею ЗЕД. Що ж до принципу свободи зазначених суб'єктів добровільно вступати у зовнішньоекономічні відносини, здійснювати їх у будь-яких формах, то у такі відносини за участі держави інші суб'єкти ЗЕД можуть вступати добровільно. Наприклад, вони можуть добровільно брати участь у конкурсі щодо приватизації державного майна, добро-

вільно укладати договір оренди державного майна, концесії тощо. Натомість автор вказує на адміністративно-правові відносини у сфері ЗЕД, тобто відносини з її державного регулювання, але не щодо її безпосереднього здійснення.

Визнають можливість держави виступати суб'єктом ЗЕД такі науковці, як А. Омельченко [6, с. 30] та В. Поєдинок [7, с. 26].

Правовий статус держави як суб'єкта ЗЕД має свої особливості, які полягають у тому, що:

- держава діє як юридична особа (згідно з ч. 2 ст. 3 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»);
- держава позбавляється юрисдикційних імунітетів. Зокрема, це відмова від імунітету власності (ч. 1 ст. 34 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»);
- держава зобов'язана підкорятися принципу рівності перед законом усіх суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності, тобто бути рівним контрагентом відносно іншої сторони у ході правовідносин із здійснення ЗЕД (згідно з ч. 4 ст. 2 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність»).

Господарське законодавство має суперечності відносно визначення держави суб'єктом ЗЕД. ГК України, на відміну від Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», не допускає можливості держави діяти у цьому статусі. Так, у ст. 378, де надано перелік суб'єктів ЗЕД (із відсиланням до пунктів 1, 2 ч. 2 ст. 55 цього Кодексу), не зазначена держава. Крім того, відповідно до ч. 1 ст. 8 ГК, держава, органи державної влади й органи місцевого самоврядування не визнаються суб'єктами господарювання (отже, і суб'єктом ЗЕД). У той самий час у ч. 3 цієї статті зазначено, що безпосередня участь держави, органів державної влади й органів місцевого самоврядування у господарській діяльності може здійснюватися лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України.

У зв'язку з цим у ГК України необхідно внести зміни:

ч. 2 ст. 378 викласти у такій редакції: «*Зовнішньоекономічну діяльність можуть здійснювати також Україна в особі її органів, інші держави, які беруть участь у господарській діяльності на території України, та зовнішньоекономічні організації, що мають статус юридичної особи, утворені в Україні відповідно до закону органами державної влади або органами місцевого самоврядування*»;

ч. 1 ст. 8 необхідно вилучити, оскільки вона вступає у суперечність із ч. 3 цієї ж статті.

Викладене дозволяє зробити **висновок,** що національне законодавство та практика здійснення ЗЕД свідчить про можливість держави набувати статус суб'єкта цієї діяльності. Оскільки держава є суб'єктом владних повноважень, її статус видається привілейованим відносно статусу її контрагентів у ході правовідносин із здійснення ЗЕД. Саме тому держава діє як юридична особа за даних відносин, позбавляється юрисдикційних імунітетів і підкоряється принципу рівності перед законом усіх суб'єктів ЗЕД. У зв'язку з цим, норми ГК України потребують удосконалення.

Список використаних джерел

1. *Господарський* кодекс України: Наук.-практ. коментар Станом на 18.03.2013 р. / Д. Л. Тупчієнко, С. В. Мостовенко, С. Г. Деледивка та ін. – К., 2013. – 672 с.

2. *Теньков С. О.* Науково-практичний коментар до Господарського кодексу України. – К., 2007. – 720 с.

3. *Господарський* кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. Д. М. Притики, І. В. Булгакової. – К., 2010. – 1088 с.

4. *Великий* тлумачний словник сучасної української мови. – К., 2009. – 1332 с.

5. *Петрина В. Н.* Зовнішньоекономічна діяльність як предмет правового регулювання [Електронний ресурс] // Часопис Київського університету права. – 2014. – № 1. – С. 174–179. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Chkup_2014_1_40.pdf.

6. *Омельченко А. В.* Адміністративно-правові засади зовнішньоекономічної діяльності в Україні. – К., 2011. – 309 с.

7. *Поєдинок В. В.* Правове регулювання зовнішньоекономічної діяльності. – К., 2006. – 288 с.

Стаття надійшла до редакції 10.04.2015 р.

The article investigates a legal status of the state in the process of foreign business activity. The research has been made in the contest of national legislation's rules in the field of business and foreign business and scientific researches.

В статье исследуется правовой статус государства в процессе осуществления им внешнеэкономической деятельности в контексте норм национального законодательства в сфере хозяйственной и внешнеэкономической деятельности, научных исследований.

УДК 349.415 : 34.03

Олена Літошенко,
канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правового регулювання економіки
Київського національного економічного університету ім. Вадима Гетьмана

СПЕЦІАЛЬНИЙ ВИД ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗЕМЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

У статті досліджуються питання застосування дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності за земельні правопорушення, аналізуються специфічні ознаки земельно-правової відповідальності.

Ключові слова: земельне правопорушення, дисциплінарна відповідальність, цивільно-правова відповідальність, адміністративна відповідальність, кримінальна відповідальність, земельно-правова відповідальність.

Відповідальність за порушення земельного законодавства – важлива складова правового забезпечення раціонального використання й охорони земель, спрямована на стимулювання дотримання земельно-правових норм, відновлення порушених прав суб'єктів, а також запобігання вчиненню земельних правопорушень. У літературі є багато визначень юридичної відповідальності [1, с. 152–153; 2, с. 268; 3, с. 232–233; 4, с. 557 та ін.], але найбільше заслуговує на увагу точка зору А. Мірошниченка, який розглядає юридичну відповідальність як правовідносини із примусового покладення на правопорушника додаткових обов'язків негативного характеру або позбавлення його прав у зв'язку із вчиненням правопорушення [5, с. 476].

Традиційно виділяють такі види юридичної відповідальності, як цивільно-правова, кримінальна, адміністративна та дисциплінарна. Вони перелічені, зокрема, у ст. 92 Конституції України. Крім того, останнім часом виділяють ще й такі види відповідальності, як конституційна, фінансова, еколого-правова, земельно-правова та інші. Із прийняттям Господарського кодексу (далі – ГК) України з'явилися підстави для виділення господарсько-правової відповідальності [5, с. 477].

Проблема встановлення спеціального виду юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства порушувалася багатьма науковцями у галузі земельного права. Зокрема, вона аналізується у працях О. Вівчаренка [6], А. Мірошниченка [5; 7], М. Шульги [3] та інших учених. Вагомий внесок у дослідження питання земельно-правової відповідальності зроблений відомим українським ученим у сфері земельного права О. Погрібним [4]. Однак питання, що розглядається, не знайшло свого остаточного вирішення ні в земельно-правовій доктрині, ні в нормативно-правових актах.

Метою цієї статті є дослідження спеціального виду юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства, вироблення пропозицій щодо доцільності запровадження такої відповідальності на рівні нормативно-правових актів.

У спеціальній літературі зазначається, що відповідальність за порушення земельного законодавства є міжгалузевим правовим інститутом, оскільки реалізується з використанням різних за характером заходів впливу на правопорушників [3, с. 234]. Специфіка їх застосування у кожному випадку залежить від характеру правопорушення та конкретних обставин. У більшості випадків порушення земельного законодавства є одночасно і порушенням правових норм інших галузей права (зокрема, трудового, цивільного, адміністративного чи кримінального). Таким чином, земельне правопорушення може бути підставою для застосування заходів кримінальної, цивільно-правової, адміністративної чи дисциплінарної відповідальності, якщо воно одночасно є злочином, цивільно-правовим порушенням, адміністративним чи дисциплінарним проступком.

© О. Літошенко, 2015

Із теорії права відомо, що юридична відповідальність настає за наявності сукупності фактичних і нормативних (юридичних) підстав [1, с. 153]. Наявність фактичної підстави, тобто факту вчинення правопорушення, зумовлює формування правовідносин відповідальності. Але виникнення цих відносин пов'язане з необхідністю того, щоб модель конкретного правопорушення була передбачена у правовій нормі. Крім того, деякі вчені вважають, що необхідним є також правозастосовчий акт, в якому дається об'єктивна та всебічна оцінка обставин і особи, яка вчинила правопорушення, а також міститься юридична кваліфікація її діяння та мотивоване юридичне рішення [2, с. 272]. Іншими словами, йдеться про третю підставу юридичної відповідальності – процесуальну підставу.

Згідно з теорією права земельне правопорушення як суспільно небезпечна дія або бездіяльність, що суперечить нормам земельного права та за вчинення якої винна, деліктоздатна особа несе юридичну відповідальність, характеризується такими загальними ознаками: суспільна небезпека, протиправність, винність і караність [2, с. 263–265]. До складу правопорушення традиційно належать об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона [2, с. 266–267].

Перелік видів порушень земельного законодавства закріплений у ст. 211 Земельного кодексу (далі – ЗК) України, згідно з якою громадяни й юридичні особи несуть цивільну, адміністративну або кримінальну відповідальність відповідно до законодавства за такі порушення, як укладення угод з порушенням земельного законодавства, самовільне зайняття земельних ділянок, псування або забруднення сільськогосподарських угідь та інших земель, розміщення, проектування, будівництво, введення в дію об'єктів, що негативно впливають на стан земель, невиконання вимог щодо використання земель за цільовим призначенням, знищення межових знаків тощо. Але наведений перелік правопорушень не є вичерпним, у зв'язку з чим у ч. 2 ст. 211 ЗК України передбачено, що законом може бути встановлено відповідальність і за інші порушення законодавства.

Можливість застосування до осіб, винних у вчиненні земельних правопорушень, дисциплінарної відповідальності ст. 211 ЗК прямо не передбачена. Але з цього не випливає, що притягнення порушників земельного законодавства до такого виду відповідальності виключається. Відповідно до чинного законодавства при скоєнні правопорушень працівниками сільськогосподарських підприємств усіх форм власності та форм господарювання застосовуються відповідні норми Кодексу законів про працю України. Крім того, за певних умов можуть застосовуватися заходи дисциплінарної відповідальності, передбачені в статутах і правилах внутрішнього розпорядку цих підприємств. Підставами їх застосування є вчинення дисциплінарних проступків (винне невиконання трудових обов'язків під час роботи).

Цивільно-правова відповідальність за вчинення земельних правопорушень виконує компенсаційно-відновлювальну, організаційно-стимулюючу, запобіжно-превентивну та карально-штрафну функції [4, с. 578]. Законодавчою підставою застосування такої відповідальності є ст. 211 ЗК України та статті 1166–1194 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Відповідно до вимог цивільного законодавства заподіювач шкоди, яка виникла внаслідок порушення земельного законодавства, зобов'язаний відшкодувати її власнику землі чи землекористувачу в повному обсязі.

Найбільш поширеним видом юридичної відповідальності за земельні правопорушення є адміністративна відповідальність, яка має, разом із кримінальною відповідальністю, каральний характер. Основний вид адміністративного стягнення – штраф, що стягується з суб'єкта правопорушення в дохід державного бюджету (а не на користь потерпілої сторони, як у випадку цивільно-правової відповідальності) з метою покарання правопорушника. Адміністративна відповідальність застосовується за адміністративні правопорушення, якими згідно із ст. 9 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, що посягає на громадський порядок, власність, права та свободи громадян, встановлений порядок управління і за яку законодавством передбачена адміністративна відповідальність. Слід зазначити, що адміністративна відповідальність настає лише за порушення, які за своїм характером не тягнуть кримінальної відповідальності. Перелік видів земельних правопорушень і порядок притягнення до адміністративної відповідальності за їх вчинення визначений КУпАП.

Кримінальна відповідальність – найбільш суворий вид юридичної відповідальності за земельні правопорушення і має яскраво виражений каральний характер. Вона настає за вчинення злочину, яким визнається суспільно небезпечне винне діяння, заборонене Кримінальним кодексом (далі – КК) України під загрозою покарання. Кримінальній відповідальності за порушення земельного законодавства притаманні такі ознаки, як виключно особистий характер, особливий порядок притягнення особи до цього виду відповідальності й обмеженість підстав її виникнення. Чинний КК України передбачає низку скла-

чинів у сфері земельно-правових відносин, які перелічені переважно у розділі VIII «Злочини проти довкілля». Крім того, з огляду на підвищений рівень суспільної небезпеки правопорушень у вигляді самовільного зайняття земельних ділянок, у 2007 р. такі діяння були криміналізовані шляхом доповнення КК України ст. 197[1] (розділ VI «Злочини проти власності»).

Таким чином, за порушення земельного законодавства можуть застосовуватися заходи дисциплінарної, цивільно-правової, адміністративної та кримінальної відповідальності, що прямо передбачено ст. 92 Конституції України. Крім того, земельне законодавство містить низку самостійних заходів впливу на правопорушників, що дало підстави окремим науковцям виділяти як традиційні види юридичної відповідальності, так і спеціальний вид відповідальності за порушення земельного законодавства. Він, як правило. іменується земельно-правовою відповідальністю. Разом із тим, у науковій літературі відсутня єдність щодо найменування цього виду відповідальності: одні вчені називають його спеціальним видом відповідальності [8, с. 362], інші – земельно-правовим [9, с. 7–8].

Земельно-правова відповідальність у правовій доктрині визначається як застосування державно-правових санкцій, що безпосередньо передбачені земельним законодавством, до правопорушника, у результаті чого останній зазнає негативних наслідків земельно-правового характеру [9, с. 7–8].

Дослідники обґрунтовують визначення та застосування спеціальної земельно-правової відповідальності за земельні правопорушення так [4, с. 587–588]:

- земля як об'єкт природи має певну специфіку, що відрізняється від інших об'єктів матеріального світу, тому застосування традиційних засобів юридичної відповідальності є недостатнім для забезпечення належного правового режиму її використання та охорони;
- основною метою законодавчого закріплення та практичного застосування спеціальних земельно-правових заходів відповідальності є відновлення попереднього стану у земельних відносинах;
- спеціальні заходи відповідальності полягають не стільки у настанні несприятливих матеріальних наслідків для порушника земельного законодавства, скільки у відшкодуванні витрат, завданих незаконним використанням земельної ділянки.

До спеціальної земельно-правової відповідальності у зазначеній сфері пропонується віднести примусове припинення права користування земельною ділянкою, обов'язок знести власником земельної ділянки чи землекористувачем самовільно зведеного об'єкта або повернути самовільно зайняту земельну ділянку [3, с. 233–234; 4, с. 588] тощо. Разом із тим за самовільне зайняття земельної ділянки передбачена кримінальна відповідальність за ст. 197[1] КК України та адміністративна – за ст. 53[1] КУпАП.

О. Погрібний пропонує застосування не лише кримінальної або адміністративної відповідальності до порушника, а й заходів земельно-правової відповідальності, оскільки земельно-правові заходи впливу на правопорушників за своєю природою, цілями й умовами застосування, порядком притягнення до відповідальності відрізняються від адміністративної відповідальності такими ознаками [4, с. 588]:

- об'єктом земельного правопорушення є суб'єктивні права і законні інтереси власників землі та землекористувачів, а об'єктом адміністративного правопорушення є встановлений порядок використання й охорони земель;
- застосування заходів адміністративної відповідальності за самовільне зайняття земельної ділянки саме собою не вирішує питання про повернення ділянки законному власнику чи користувачу, а накладення цього заходу впливу не звільняє правопорушника від застосування до нього земельно-правових заходів відповідальності;
- земельно-правова відповідальність передбачає систему дій, спрямованих на приведення земельної ділянки у придатний стан для використання за призначенням (знесення будинків, будівель і споруд, відновлення межових знаків тощо), що здійснюється винними особами чи за їх рахунок, а адміністративна відповідальність передбачає стягнення штрафу або інші заходи впливу, які безпосередньо не впливають на стан земельної ділянки;
- земельно-правова відповідальність може застосовуватися виключно у судовому порядку в межах строків позовної давності, а адміністративна відповідальність може застосовуватися уповноваженими органами по земельних ресурсах у межах строків, встановлених ст. 38 КУпАП.

Слід зазначити, що земля як частина природи нерозривно пов'язана з іншими природними об'єктами. Тому застосування заходів земельно-правового впливу на правопорушників доповнює існуючі види юридичної відповідальності, спрямовані на раціональне використання й ефективну охорону природних об'єктів, їх ресурсів [4, с. 588]. Разом із тим заходи впливу на правопорушників, що самовільно зайняли земельну ділянку чи вчинили інше правопорушення, дійсно передбачені чинним земельним законодавством [3, с. 234]. Але за своєю сутністю вони є специфічними санкціями, які в адміністративному порядку

застосовуються судовими й іншими органами до правопорушників. Ці санкції можуть стосуватися як носіїв земельних прав, так і інших осіб – правопорушників, тому, на думку М. Шульги, введення в обіг нарівні з традиційними інших видів відповідальності, навряд чи доцільно [3, с. 234].

Виділення земельно-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності залишається спірним питанням. Як зазначають провідні науковці у галузі земельного права [5, с. 485; 7, с. 425], його вирішення є складовою більш загальної дискусії щодо виділення галузевих видів юридичної відповідальності (конституційно-правової, фінансової, еколого-правової тощо). Так, О. Вівчаренко вказує, що припинення права користування земельною ділянкою за порушення законодавства врегульоване виключно нормами земельного законодавства, тому можна вести мову про існування «земельної відповідальності» [6, с. 156]. З іншого боку, М. Шульга висловлює логічні аргументи на користь того, що специфіка землі підтверджує тезу не про формування нового виду відповідальності, а про специфіку застосування існуючих видів відповідальності за конкретні земельні правопорушення [10, с. 215].

Деякі вчені відносили до заходів земельно-правової відповідальності застосування так званої земельно-правової реституції – повернення земельної ділянки законному користувачу [11, с. 303, 316–317]. З цього приводу заслуговує на увагу точка зору А. Мірошниченка, згідно з якою «земельно-правова реституція» ґрунтується насамперед на положеннях цивільного законодавства і не може бути віднесена до суто «земельно-правової» відповідальності [7, с. 426].

Вважаємо аргументованою також позицію Ю. Шемшученка з приводу того, що застосування заходів впливу на правопорушників у сфері земельного права не є достатньою підставою для виділення нового виду юридичної відповідальності, оскільки позбавлення права землекористування здійснюється переважно на підставі норм адміністративного права та в адміністративному порядку, а тому є адміністративною відповідальністю [12, с. 29].

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що питання про виділення земельно-правової відповідальності залишається відкритим, оскільки є складовою більш загальної дискусії щодо виділення галузевих видів юридичної відповідальності, що, у свою чергу, може бути предметом окремого дослідження. На нашу думку, аргументи на користь виділення окремого виду юридичної відповідальності за порушення земельного законодавства не є переконливими, а існуючі класичні види юридичної відповідальності (дисциплінарна, цивільно-правова, адміністративна, кримінальна) виглядають такими, що містять достатній інструментарій для забезпечення дотримання земельно-правових норм усіма суб'єктами земельних відносин.

Разом із тим у земельному праві юридичну відповідальність можна визначити як *комплексний міжгалузевий правовий інститут, який охоплює сукупність правових норм, що закріплюють види, заходи та порядок застосування заходів юридичної відповідальності до порушників земельного законодавства.*

Список використаних джерел

1. *Теорія* держави і права / А. М. Колодій, В. В. Копейчиков та ін. – К., 1995. – 185 с.

2. *Теорія* держави і права / С. Л. Лисенков, А. М. Колодій, О. Д. Тихомиров, В. С. Ковальський; За ред. С. Л. Лисенкова. – К., 2005. – 448 с.

3. *Земельне* право України / М. В. Шульга, Г. В. Анісімова, Н. О. Багай та ін.; За ред. М. В. Шульги. – К., 2004. – 368 с.

4. *Земельне* право України / За ред. О. О. Погрібного, І. І. Каракаша. – К., 2009. – 600 с.

5. *Мірошниченко А. М., Марусенко Р. І.* Науково-практичний коментар до Земельного кодексу України. – К., 2011. – 516 с.

6. *Вівчаренко О. А.* Гарантії права власності на землю в Україні: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 199 с.

7. *Мірошниченко А. М.* Земельне право України. – К., 2011. – 678 с.

8. *Ерофеев Б. В.* Земельное право / Под ред. Г. В. Чубукова. – М., 1998. – 544 с.

9. *Измайлов О. В.* Ответственность за нарушение земельного законодательства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1973. – 23 с.

10. *Шульга М. В.* Актуальные правовые проблемы земельных отношений в современных условиях. – Х., 1998. – 224 с.

11. *Общая* теория советского земельного права. – М., 1983. – 360 с.

12. *Шемшученко Ю. С., Мунтян В. Л., Розовский Б. Г.* Юридическая ответственность в области охраны окружающей среды. – К., 1978. – 280 с.

Стаття надійшла до редакції 22.04.2015 р.

The article researches into the problems of legal responsibility for violation of land legislation. Expose the features of disciplinary, civil, administrative and criminal responsibility for the land offences. Analyzes the specific features of the land responsibility.

В статье исследуются вопросы применения дисциплинарной, гражданско-правовой, административной и уголовной ответственности за земельные правонарушения, анализируются специфические признаки земельно-правовой ответственности.

УДК 349.4

Тіна Ситнік,
аспірантка Інституту держави і права ім. В. М. Корецького НАН України

УПРАВЛІННЯ ВІДНОСИНАМИ ЩОДО ЗЕМЕЛЬ НАСЕЛЕНИХ ПУНКТІВ, ЗАЙНЯТИХ ЗЕЛЕНИМИ НАСАДЖЕННЯМИ: окремі аспекти

У статті розглядаються теоретичні підходи до визначення поняття «управління у сфері використання й охорони земель», на основі яких запропонована дефініція поняття «управління у сфері використання та охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах».

Ключові слова: зелені насадження, населений пункт, земельні відносини, управління, функції управління.

Важливою складовою правового режиму земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах, є управління поведінкою відповідних суб'єктів по відношенню до таких земель. Зважаючи на це, виникає потреба в аналізі самого поняття «управління у сфері використання й охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах», та окресленні відповідних основних функцій управління, що і є **метою статті.**

Необхідність наукових пошуків у напрямі, що розглядається, підтверджується також низьким ступенем розроблення проблеми в юридичній науці. Питання управління земельними відносинами вивчалися багатьма вченими у галузі земельного права, наприклад, В. Андрейцевим, О. Анісімовим, В. Балєзіним, А. Гетьманом, Б. Єрофєєвим, М. Козирем, Н. Малишевою, А. Мірошниченком та іншими, але спеціального дослідження саме щодо земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах, не проводилося.

Слід зазначити, що слово «управління» тлумачиться як спрямування ходу якогось процесу, вплив на розвиток, стан чого-небудь [1, с. 469], керівництво, спрямовування діяльності когось чи чогось [2, с. 726], цілеспрямований вплив на керований об'єкт для досягнення кінцевої мети [3, с. 75]. Що стосується земель, то наразі земельне законодавство (зокрема, Земельний кодекс (далі – ЗК) України) оперує поняттям «управління в галузі використання і охорони земель». У науковій доктрині вживаються як терміни «управління у галузі земельних відносин» [4, с. 259–291], «управління земельними відносинами» [5], так і терміни «управління землями» [6, с. 465], «управління земельним фондом» [7, с. 197–239], «управління земельними ресурсами» [8]. Відштовхуючись від наведеного значення терміна «управління» не зовсім коректно вести мову про управління землями чи земельними ресурсами, оскільки об'єкт нерухомості не може мати соціальних зв'язків із суб'єктом управлінської діяльності. Про це зазначав А. Анісімов, який вважав, що потрібно вести мову саме про *відносини з управління земельними ділянками* [9, с. 196], з чим ми повністю погоджуємося. Можливим є й застосування термінів *«управління земельними відносинами», «управління у галузі (сфері) використання й охорони земель».*

У вітчизняній земельно-правовій доктрині управління у сфері використання й охорони земель визначається як організаційно-правова діяльність уповноважених органів із забезпечення раціональної та ефективної експлуатації земель усіма суб'єктами господарювання у межах, визначених земельним законодавством України [10, с. 179]. Що стосується поняття «управління земельними відносинами» безпосередньо у межах населених пунктів, то слід згадати представників російської юридичної науки. Так, А. Анісімов визначає поняття «управління землями поселень» як виконавчо-розпорядчу діяльність державних органів виконавчої влади й органів

© Т. Ситнік, 2015

місцевого самоврядування в межах їх компетенції, спрямовану на регулювання земельних відносин у міських і сільських поселеннях із метою забезпечення раціонального використання й охорони земель незалежно від форм власності, інших прав на землю [9, с. 207]. На нашу думку, таке визначення не враховує всіх суб'єктів, що мають повноваження з управління земельними відносинами в населених пунктах.

Н. Лісіна визначає управління у сфері використання земель поселень як засновану на законі цілеспрямовану діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування, громадян та їх об'єднань щодо забезпечення раціонального й ефективного використання земель поселень, сприятливого середовища життєдіяльності населення, а також сталого розвитку поселень відповідно до містобудівної документації та правил землекористування і забудови [11, с. 182]. Оскільки землі, зайняті зеленими насадженнями, входять до складу земель населених пунктів, наведене поширюється і на управління відносинами щодо них. Проте слід розрізняти й особливості такого управління, виходячи з його об'єкта – земельних ділянок, на яких розміщені саме зелені насадження.

Викладене свідчить, що під управлінням у сфері використання й охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах, потрібно розуміти діяльність уповноважених органів, спрямовану на раціональне й ефективне використання та всебічну охорону цих земель.

Управління земельними відносинами (у тому числі у розглядуваній нами сфері) розкривається та реалізується через функції управління, тобто через певні напрями діяльності уповноважених суб'єктів.

Функції управління землями досліджувалися та визначалися ще з середини XX ст. Враховуючи тогочасні політико-економічні реалії, розкривалися в основному функції управління єдиним державним земельним фондом. До таких належали: облік і реєстрація земель, проведення землеустрою, контроль за належним використанням землі [12, с. 216–217; 13, с. 53]. Вивчалися також функції управління землями населених пунктів, до яких В. Балєзін та Б. Єрофєєв віднесли планування земель міст, державний облік і реєстрацію землекористування, розподіл і перерозподіл земель міст, державний контроль за використанням земель міст, вирішення земельних спорів [14, с. 20–32; 15, с. 58–117]. Разом із тим функції управління не є статичними, вони нерозривно пов'язані з розвитком суспільних відносин, економічними та політичними процесами. Тому функції управління у сфері земельних відносин, визначені за радянських часів, у сучасних умовах зазнали суттєвих змін.

Нині функції управління (у тому числі у сфері використання та охорони земель) класифікують за органами, що їх виконують, територією, на яку поширюються, часом існування, напрямами здійснення; поділяють на внутрішні та зовнішні [16, с. 369], постійні та тимчасові [17, с. 74], загальні, спеціальні та допоміжні [18, с. 259], безпосередні й опосередковані [8, с. 48–49] тощо.

Якщо базуватися на об'єкті управління, яким у даному разі є відносини щодо використання й охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах, то візьмемо за основу їх поділ на *загальні* та *спеціальні*. До загальних належать функції управління, які застосовуються до відносин щодо всіх земель України. Вчені, які досліджували цю проблематику, розробили різні переліки таких функцій. На думку В. Циплухіної, це: нормативно-методичне забезпечення регулювання земельних відносин, державний контроль за використанням та охороною земель, організація землевпорядних робіт, проведення державного моніторингу та ведення державного кадастру [19, с. 87]. О. Сакаль вважає, що функції управління земельними ресурсами охоплюють: облік земель, планування використання земель, організацію використання земель, мотивацію ефективного землекористування, моніторинг землекористування, контроль землекористування [20, с. 186]. Дещо інший «набір» функцій управління пропонує О. Євграфов, відносячи до них ще й стандартизацію та нормування в галузі охорони земель, економічне регулювання раціонального землекористування, вирішення земельних спорів, маркетинг, інноваційну-інвестиційну політику, забезпечення науково-технічною інформацією, вивчення і картографування земельних ресурсів тощо [21, с. 82]. І. Ігнатенко запропонувала такі функції, як: здійснення землеустрою; облік земельних ділянок; організація та проведення інвентаризації земель, інших об'єктів нерухомості; здійснення державного контролю за використанням та охороною земель; ведення моніторингу земель; надання та вилучення земельних ділянок; створення й організація діяльності органів виконавчої влади із спеціальними функціями з управління земельними ресурсами поселень; забезпечення громадян та їх об'єднань інформацією; охорона земель [22, с. 195].

Ми не заперечуємо ці підходи, але все ж вважаємо, що загальні функції управління від-

носинами у сфері використання і охорони земель закріплені ЗК України. За розділом 7 цього нормативного акта ними є: встановлення та зміна меж адміністративно-територіальних одиниць; планування використання земель; землеустрій; контроль за використанням та охороною земель; моніторинг земель; державний земельний кадастр; економічне стимулювання раціонального використання й охорони земель.

Спеціальні функції управління відносинами щодо використання та охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах, виводяться із загальних, але спрямовані не на всі землі, а лише на землі в межах населених пунктів. На думку В. Андрейцева, це прогнозування планування та забудови територій, а також ведення містобудівного кадастру [23, с. 360]. І. Ігнатенко відносить до них ще й резервування земельної ділянки, ведення моніторингу об'єктів містобудівної діяльності, планування розвитку територій, а також територій міських і сільських населених пунктів, зонування земель у межах населених пунктів, видачу дозволів на будівництво, оцінку земель [22, с. 195–196].

Ми вважаємо, що оцінка земель досить умовно може вважатися саме спеціальною функцією управління у сфері використання земель населених пунктів, бо здійснюється і для інших земель. Хоча специфіка існує. Виділяють вчені також пріоритетні спеціальні функції управління в галузі використання земель у населених пунктах (зокрема, у містах). Так, Є. Іванова зазначає, що важливу роль відіграє функція планування і забудови земель житлової та громадської забудови [24, с. 11].

Розглядаючи управління відносинами щодо використання й охорони не всіх земель населених пунктів, а лише земель, зайнятих зеленими насадженнями, потрібно ввести ще один «рівень» функцій, який би відобразив специфіку останніх із урахуванням загальних і спеціальних функцій. Назвемо їх *особливими*.

Слід зазначити, що основне призначення зелених насаджень населених пунктів та, відповідно, земель, де вони розміщені – виконувати санітарно-гігієнічні, рекреаційні, декоративно-художні та структурно-планувальні функції. Важливість зелених насаджень у сучасному населеному пункті висуває на перше місце проблему їх збереження та відтворення, яка набуває особливої гостроти в умовах постійно зростаючої вартості земель (передусім міських), інтенсифікації забудови тощо. Тому особливе значення має функція охорони земель, зайнятих зеленими насадженнями в населених пунктах. Існують і специфічні способи її забезпечення (введення Законом України від 02.12.2010 р. № 2739–VI мораторію строком на 5 років на видалення зелених насаджень на об'єктах благоустрою зеленого господарства м. Києва: у скверах, ботанічних садах, парках, лісопарках, рекреаційних зонах, лісах м. Києва; урочищах із стрімкими схилами; на прибудинкових територіях; берегозахисних ділянках і водоохоронних зонах; на островах річки Дніпро в межах території м. Києва. Також особливого значення набуває функція планування розвитку територій населених пунктів із урахуванням норм територій, які повинні займати зелені насадження. Вона може реалізуватися на основі спеціальних програм розвитку та збереження зелених зон населених пунктів. Велике значення має функція зонування в контексті визначення можливого використання земельних ділянок. При цьому використання земель, зайнятих зеленими насадженнями, характеризується високим ступенем обмеженості.

Такі особливі функції випливають із спеціальних і фактично є їх реалізацією з особливим акцентуванням на меті (збереження та збільшення зелених територій у населених пунктах).

Список використаних джерел

1. *Словник* української мови: В 11 т. / За ред. І. К. Білодіда. – К., 1980. – Т. 10. – 652 с.

2. *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. – М., 1985. – 797 с.

3. *Євграфов О. Є.* Теоретичні аспекти державного регулювання земельних ресурсів в Україні // Теорія та практика державного управління. – 2008. – Вип. 4. – С. 75–83.

4. *Лісова Т. В.* Публічно-правові засади управління у галузі земельних відносин / Земельне право / М. В. Шульга, Н. О. Багай, В. І. Гордєєв та ін.; За ред. М. В. Шульги. – Х., 2013. – 520 с.

5. *Строкань В.* Управління земельними відносинами в системі місцевого самоврядування: методологічний аспект [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dridu.dp.ua.

6. *Шеремет А. П.* Земельне право України. – Чернівці, 2008. – 632 с.

7. *Малишева Н. Р.* Державне управління земельним фондом України // Земельне право / В. І. Семчик, В. І. Андрейцев, Г. Ю. Бистров та ін.; За ред. В. І. Семчика, П. Ф. Кулинича. – К., 2001. – С. 197–239.

8. *Третяк А. М., Дорош О. С.* Управління земельними ресурсами. – Вінниця, 2006. – 360 с.

9. *Анисимов А. П.* Теоретические основы правового режима земель поселений в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 2004. – 409 с.

10. *Гетьман А. П.* Правове регулювання управління у галузі використання та охорони земель // Земельне право / М. В. Шульга, Г. В. Анісімова, Н. О. Багай, А. П. Гетьман та ін.; За ред. М. В. Шульги. – К., 2004. – С. 197–239.

11. *Лисина Н. Л.* Правовой режим земель поселений. – М., 2004. – 296 с.

12. *Аксененок Г. А.* Право государственной собственности на землю в СССР. – М., 1950. – 307 с.

13. *Козырь М. И.* Государственное управление земельным фондом в СССР // Советское государство и право. – 1968. – № 8. – С. 49–58.

14. *Балезин В. П.* Правовой режим земель населенных пунктов. – М., 1980. – 96 с.

15. *Ерофеев Б. В.* Правовой режим земель городов. – М., 1976. – 200 с.

16. *Скакун О. Ф.* Теорія держави і права. – Х., 2001. – 656 с.

17. *Загальна* теорія держави і права / За ред. В. В. Копейчикова. – К., 2001. – 320 с.

18. *Адміністративне* право України: Академічний курс. У 2 т. – К., 2007. – Т. 1. – 592 с.

19. *Циплухіна В. С.* Еволюція державного управління земельними ресурсами // Теорія і практика державного управління. – 2014. – Вип. 4. – С. 85–90.

20. *Сакаль О. В.* Функції системи управління земельними ресурсами // Економіка природокористування і охорони довкілля. – 2012. – С. 181–188.

21. *Євграфов О. Є.* Теоретичні аспекти державного регулювання земельних ресурсів в Україні // Теорія та практика державного управління. – 2008. – Вип. 4. – С. 75–83.

22. *Ігнатенко І. В.* Правове забезпечення зонування земель в межах населених пунктів. – Х., 2014. – 274 с.

23. *Андрейцев В. І.* Земельне право і законодавство суверенної України: актуальні проблеми практичної теорії. – К., 2005. – 445 с.

24. *Іванова Є. О.* Правове регулювання використання земель житлової та громадської забудови у містах України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 18 с.

Стаття надійшла до редакції 14.05.2015 р.

Theoretical approaches to the definition of the concept «management in the sphere of land use and protection» is considered in the article on the basis of which the definition of the concept «management in the sphere of use and protection of lands occupied by the green spaces on the settlements» was proposed.

В статье рассматриваются теоретические подходы к определению понятия «управление в сфере использования и охраны земель», на основе которых предложена дефиниция понятия «управление в сфере использования и охраны земель, занятых зелеными насаждениями в населенных пунктах».

УДК 343.13

Олександр Петрович Мілевський,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Національного університету ДПС України

ЗАСАДИ СУДОВОГО ПРОВАДЖЕННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

У статті аналізуються історичні, нормативно-правові та наукові підходи до визначення проблем судового провадження в кримінальному процесі, генезис його розуміння і нормативно-правового регулювання у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві.

Ключові слова: судове провадження, кримінальний процес, судочинство, судова влада.

Отримання процесуальної форми кримінального провадження в суді першої інстанції є запорукою ухвалення законного, обґрунтованого, вмотивованого судового рішення, унеможливлення судової помилки, гарантією реалізації завдань кримінального судочинства в цілому. Тому виокремлення проблем судового провадження у першій інстанції, як центральної частини кримінального провадження, комплексний розгляд їх сутності має вагоме значення для теоретико-наукового усвідомлення відповідних правових категорій та інститутів, належної правової регламентації здійснення судочинства щодо кримінальних правопорушень, яке характеризується високими кількісними показниками та визнається одним із напрямів державної діяльності, що сприяє встановленню правопорядку у суспільстві, режиму законності, заснованим на верховенстві природних прав людини.

Судове провадження в кримінальному процесі не перебуває поза увагою наукової спільноти у всі часові періоди розвитку кримінальної процесуальної науки. Його окремі категорії, суб'єкти, етапи, дії та рішення, тактика проведення, історичні аспекти висвітлені у працях багатьох вітчизняних і зарубіжних учених – А. Аверіна, С. Альперта, Ю. Грошового, В. Гончаренка, Т. Долгіх, Л. Лобойка, Є. Лук'янчикова, В. Маляренка, О. Михайленка, В. Назарова, В. Нора, В. Тертишника, М. Шумила та інших. Разом із тим, зважаючи на оновлені законодавчі підходи до сутності категорії «судове провадження», порядку судового провадження у першій інстанції в кримінальному процесі, заслуговує на увагу генезис розуміння його змісту, у тому числі через призму нормативно-правової регламентації у кримінальному процесуальному законодавстві, доцільність подальшого запозичення зарубіжного досвіду, моніторинг ефективності виокремлення особливих порядків судового провадження у першій інстанції. Залишаються актуальними ознаки судового провадження у першій інстанції, розподіл судових стадій на етапи, завдання та значення підготовчого судового провадження, проблеми правозастосування, комплексне бачення яких дозволяє системно представити судове провадження і запропонувати оптимальні напрями вдосконалення його здійснення. Необхідність подальших досліджень у цій сфері, а також її наукова і практична значущість визначають актуальність дослідження.

Метою цієї статті є аналіз стану наукової розробленості проблем судового провадження у кримінальному процесі та генезису його розуміння і нормативно-правового регулювання у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві.

Судовій владі, її становленню та розвитку в Україні присвячено чимало наукових праць у різних галузях науки. В. Маляренко пропонує поетапний розподіл історії розвитку права України: у перші століття української державності; за часів перебування українських земель у складі Литви, Польщі, Речі Посполитої; в період визвольної війни 1648–1654 рр. і за часів автономії України у складі Росії; під час перебування України у складі Російської та Австрійської (Австро-Угорської) імперій; в період відродження і розбудови української державності (1917–1920 рр.); у радянський період (УРСР); в умовах побудови правової держави [1]. Такий підхід покладено і в основу дослідження генезису сучасного поняття «судове провадження» в кримінальному процесі України, що дозволило констатувати його розвиток від існування давньоруської держави до сьогодення і не погодитись із твердженнями дослідників, які пов'язують «початок розподілу стадій кримінального провадження на дослідчий кримінальний процес і судовий розгляд кримінальної справи та постановлення вироку – із прийняттям Кримінально-процесуального кодексу Франції 1808 року» [2, с. 56].

За часів Київської Русі, під час панування обвинувально-змагального процесу, ще не існувало конкретного розподілу функцій розшуку,

© О. П. Мілевський, 2015

слідства та суду, виокремлення різновидів судочинства, окремих його частин, хоч і розпочинається зародження процесуальної форми, яка ґрунтується поки що на звичаєвому праві; судочинство мало усну форму та створювало рівні можливості сторонам обстоювати свої права й інтереси, відбувалося на змагальних засадах: «боротьба сторін перед судом» [3, с. 15].

Подальший розвиток судового процесу спостерігається у Судебнику Казимира IV 1468 р., який визнається першим кодексом кримінального та кримінально-процесуального права Великого князівства Литовського, під протекторатом якого опинились українські землі у XV ст. Цей правовий документ ґрунтувався на місцевому звичаєвому праві, статтях Руської Правди і судово-адміністративній практиці. У ньому закріплювався порядок захисту маєткових прав, визначався порядок досудового провадження, судового розгляду кримінальних і земельних справ, окреслювалися види покарань. Слідчі дії провадив сам потерпілий («право сліду») або воєвода, який міг застосовувати до підозрюваних запобіжний захід у вигляді тримання у в'язниці, а злочини, пов'язані із самовільною порубкою лісу, розбої, грабежі були підвідомчі королю [4].

Окремий вид судочинства існував у Запорізькій Січі, де процес був менш формалізований, але динамічніший. Судові функції виконували посадові особи: полковник та отамани кошовий і курінний, а з другої половини XVI ст. більшість кримінальних справ розглядалася військовим суддею (друга за значенням особа після отамана), що обирався військової радою, а найбільш тяжкі – військовою радою, яка могла втручатися як у судовий розгляд, так і у виконання вироку. Це був колегіальний орган, до складу якого входила «деяка кількість чесних персон» [5, с. 56–57].

Судочинству у добу Гетьманщини приділялась значна увага і на так званому нормативному рівні, що підтверджують видані універсали, інструкції, грамоти, інші документи (так, у 1722–1723 рр. П. Полуботок видає три універсали, в яких приписує усунути неполадки в діяльності судів, вимагає дотримання інстанційного порядку подання апеляцій; Інструкція гетьмана Данила Апостола судам від 13.07.1730 р. встановлювала порядок розгляду справ у сільських, сотенних і полкових судах, види допустимих доказів; Універсали К. Розумовського 1760, 1763 рр. запровадили судову реформу щодо інстанційності та не відокремили судову владу від адміністративної [6, с. 14–15]).

Важливою пам'яткою права є кодифікаційна збірка «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.), положення якої свідчать про високий рівень і значний розвиток тогочасної правової думки. До неї увійшли норми Литовського Статуту, збірників магдебурзького права «Саксон» і «Порядок» із урахуванням усіх модифікацій, що вносилися судовою практикою. І хоча цей кодекс так і не був затверджений, він мав значне поширення в Україні [1, с. 62], відображаючи змагально-обвинувальний процес, а в деяких випадках і елементи слідчого процесу. Показовою в термінологічному аспекті є гл. 7 «Прав» «Про суди і суддів та інших осіб, що належать до суду, та про зміст правничого порядку в судових справах», в якій вживаються такі терміни, як «судочинство», «судові справи», «судовий процес», закріплюється процесуальний порядок звернення до суду та здійснення у ньому розгляду справи.

Радикальна судова реформа в Російській імперії, як відомо, відбулась із прийняттям у 1864 р. Статуту кримінального судочинства та пов'язаних із ним нормативно-правових актів (Положення про провадження у мирових суддів 1864 р., Уложення про покарання 1885 р. тощо), деякі з яких діяли до 1917 р. Цій реформі та Статуту у різні часові періоди присвячено чи не найбільше наукових праць таких відомих учених, як С. Вікторський, Б. Віленський, Ю. Грошевий, М. Духовський, В. Маляренко, М. Михеєнко, В. Нор, Р. Радуто, В. Случевський, В. Тертишник, М. Чельцова-Бебутова, П. Щербина та ін.

За радянської влади в УСРР прийнято ряд нормативних актів, присвячених суду та його діяльності – від спрощеної процедури, яка не мала нічого спільного із правосуддям (революційні трибунали), до врегулювання питань судочинства в окремому кодифікованому акті (КПК 1922 р.). Аналіз наукових досліджень історичного напряму [5; 7; 8; 9] свідчить, що у більшості нормативних актів йшлося про провадження в судах як про процедурний порядок та про судовий розгляд як стадію кримінального процесу; вперше офіційно з'являється таке поняття, як «віддання до суду» (наприклад, циркуляр 1921 р. «Про провадження кримінальних справ в нарсудах») [1, с. 77].

Прийнятий у квітні 2012 р. Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України виявився набагато досконалішим у порівнянні з попереднім кодифікованим актом і пропонованими проектами, перш за все, в плані використання термінів і термінологічних зворотів, яким присвячено ст. 3. Так, кримінальне провадження визначено як досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність.

Таким чином, дослідження питання генезису поняття «судове провадження» у кримінальному процесі України свідчить, що його еволюція до сучасного нормативно-правового закріплення та розуміння мала закономірний характер, зумовлений, по-перше, мовними особливостями населення на тій чи іншій території України; по-друге, особливостями історичної форми кримінального процесу та періоду розвитку української державності.

Перш за все, звертається увага на те, що, починаючи із Київської Русі, кримінальному процесу властиві окремі елементи інквізиційного (розшукового) процесу (у справах про тяжкі зло-

чини), які вбачаються з положень загальновідомих пам'яток права: Руської Правди, Судебника Казимира IV, Литовських Статутів, Соборного уложення 1649 р., Прав, за якими судиться малоросійський народ – при превалюванні обвинувально-змагальної форми судочинства й ототожненні останнього з поняттям «судовий процес», зосередженням трьох основних процесуальних функцій в одній особі – судді.

Висновки

Історичний екскурс до розвитку форм кримінального процесу й аналіз відомих пам'яток права на предмет здійснення судочинства у кримінальних справах підтверджує наявність окремих елементів інквізиційного (розшукового) процесу (нарівні із змагально-обвинувальним) ще з часів Київської Русі до його остаточного закріплення у Зводі законів Російської імперії 1835 р., що суттєво позначилося на еволюції судового провадження в кримінальному процесі.

Терміни із коренем «суд» вживаються в усіх без винятку правових джерелах у різних (із деякими відмінностями) інтерпретаціях, що зумовлено походженням слова «суд» («сѫдъ») і мовними особливостями у той чи інший історичний період на тій чи іншій території. Найбільш характерними для розглянутих нормативно-правових документів є такі слова та словосполучення: «суд», «судовий процес», «судочинство», «судова процедура», «судовий розгляд» (цей термін з'явився в Статуті кримінального судочинства 1864 р. і Кодексі кримінального процесу Австро-Угорщини 1873 р. як самостійна стадія). Специфічними видаються терміни: «здійснення суду» (Руська Правда), «судовий публічний процес» (Перший Литовський Статут), «судове вершеніє» (Соборне уложення 1649 р.), «судова тяжба» (Стисле зображення процесів чи судових тяжб), «правничий порядок у судових справах» (Права, за якими судиться малоросійський народ), «обряд судовий» (Звід Законів Російської імперії 1835 р.). При цьому всі згадані терміни вживаються як тотожні та відображають здійснення судового провадження в суді.

Уперше термін «провадження» відносно суду першої інстанції вжито у Зводі законів Російської імперії 1835 р. нарівні з терміном «кримінальне судочинство». В Статуті кримінального судочинства 1864 р. уперше закріплено змішану форму кримінального процесу. Стадії ж кримінального процесу вперше на законодавчому рівні згадуються в КПК УСРР 1922 р., в якому виділяються віддання до суду і судовий розгляд, вживається словосполучення «провадження у кримінальних справах» у розумінні всього кримінального процесу. Схожий підхід використано і в КПК України 1960 р., при цьому констатується хаотичне оперування різними «судовими» термінами без роз'яснення їх змісту (порядок провадження у кримінальних справах, завдання кримінального судочинства, провадження судового розгляду тощо). КПК України 2012 р. має логічну побудову та, в цілому, термінологічну узгодженість. Разом із тим потребує уточнення нормативно-правове закріплення поняття «кримінальне провадження» і виокремлення в ньому досудової та судової частин.

Загальний огляд стану наукової розробленості проблеми здійснення судового провадження в кримінальному процесі України свідчить про можливість об'єднання напрямів дослідження у цій сфері за їх предметом, який становить той чи іншій інститут, пов'язаний із судовим провадженням:

судова влада розглядається у політичній, соціологічній, юридичній науках;

становлення і розвиток судів, їх системи в Україні, властивості останньої аналізуються історичною та юридичною науками;

статус суддів, судів, принципи їх діяльності досліджуються в межах спеціальності «судоустрій»;

питання, пов'язані безпосередньо із здійсненням судового провадження, є прерогативою кримінальної процесуальної науки і, попри значну кількість проведених досліджень, вони залишаються актуальними, зважаючи на законодавчі новели та потреби правозастосовчої практики.

Список використаних джерел

1. *Маляренко В. Т.* Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів. – К., 2005. – 512 с.

2. *Бражнік Ю. Ю.* Генезис, поняття, завдання та структура стадії у кримінальному процесі // Форум права. – 2012. – № 3. – С. 56–60.

3. *Охотіна Ю. В.* Виправдання як категорія кримінально-процесуального права України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 242 с.

4. *Бойко І., Бедрій М.* Правовий статус вервних судів у Київській Русі (IX–XII ст.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://radnuk.info.

5. *Мирончук В. Д., Ігошкін Г. С.* Історія України. – К., 2002. – 328 с.

6. *Сиза Н. П.* Суди і кримінальне судочинство України в добу Гетьманщини: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 19 с.

7. *Грошевой Ю. М.* Профессиональное правосознание судьи и социалистическое правосудие. – Х., 1986. – 185 с.

8. *Землянский П. Т.* Уголовно-процессуальное законодательство в первые годы Советской власти (на материалах УССР). – К., 1972. – 348 с.

9. *Мироненко О. М.* Світоч української державності. – К., 1995. – 328 с.

Стаття надійшла до редакції 19.05.2015 р.

The article analyzes the historical, legal and scientific approach to problem determination proceedings in the criminal process and the genesis of his understanding and legal regulation in the domestic criminal procedural law.

В статье анализируются исторические, нормативно-правовые и научные подходы к определению проблем судебного производства в уголовном процессе, генезис его понимания и нормативно-правового регулирования в отечественном уголовном процессуальном законодательстве.

УДК 343.985 (477.41)

Олександр Олександрович Мілевський,
канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Національного університету ДПС України

ЗАСОБИ ПОДОЛАННЯ ПРОТИДІЇ РОЗСЛІДУВАННЮ ЗЛОЧИНІВ, УЧИНЕНИХ У ЧОРНОБИЛЬСЬКІЙ ЗОНІ ВІДЧУЖЕННЯ

У статті аналізуються нормативно-правові та наукові підходи до визначення змісту подолання протидії розслідування злочинів, засоби його здійснення, сформульовані пропозиції щодо вдосконалення чинного законодавства з метою підвищення ефективності розслідування злочинів, учинених у Чорнобильській зоні відчуження.

Ключові слова: протидія розслідуванню злочинів, подолання протидії розслідуванню, кримінальне провадження, Чорнобильська зона відчуження.

Проблеми протидії у сфері кримінального провадження пов'язані з оптимізацією розслідування злочинів, впливають на процес доказування, то їх вивчення по відношенню до тих чи інших різновидів кримінальних правопорушень або обстановки, що виникає при їх розслідуванні, видається актуальним.

Наукова значимість розгляду питань протидії розслідуванню злочинів зумовлена вдосконаленням процесу доказування, важливістю встановлення мотивів, мети, способів протидії, необхідністю розроблення методики розслідування злочинів і запобігання їх вчиненню.

Теоретичні та практичні питання подолання протидії розслідуванню злочинів, її загальних і спеціальних засобів та методів ґрунтовно висвітлені у працях таких учених, як О. Александренко, Е. Бабаєва, В. Бахін, В. Карагодін, Н. Карпов, Н. Клименко, В. Лисиченко, В. Образцов, Р. Шехавцов та інших. Разом із тим оновлені підходи до кримінального провадження, вдосконалення різнорівневих систем подолання протидії його здійсненню свідчать про наявність наукового інтересу до цих питань. О. Александренко зазначає, що неврахування «слідчим такої можливості може потягти за собою неотримання очікуваних результатів слідчих дій і, як наслідок, неповне та необ'єктивне розслідування ... необхідність підготовки слідчих до своєчасного виявлення ознак протидії розслідуванню дозволить ефективніше її нейтралізувати та долати» [1, с. 12].

В українських наукових дослідженнях подолання протидії розслідуванню злочинів розглядається в основному як напрям боротьби із злочинністю [2, с. 57], як напрямок слідчої діяльності, в основі якої лежить мета компенсувати або нейтралізувати негативні умови та труднощі пізнання злочину [3, с. 9–10], або як система адекватних заходів слідчого у вигляді певного порядку дій, заснованого на системі тактичних рекомендацій [4] чи адекватних засобів реагування органів розслідування на певні види протидії [5, с. 10, 21]. Учені розглядають засоби, методи подолання протидії розслідуванню, види та класифікації, поняття «подолання протидії», але, як правило, не наводять їх, а констатують як відомий факт [1; 6; 7].

Загальнотеоретичним питанням протидії розслідуванню злочинів у науці, з одного боку, приділяється значна увага, на що вказують численні дослідження в різні часові періоди, а з іншого – вони видаються найбільш дискусійними та потребують детального опрацювання в методиці розслідування тієї чи іншої групи злочинів, оскільки знання про них впливають на процес доказування у кримінальному провадженні, його оптимізацію, запобігання вчиненню кримінальних правопорушень.

Метою цієї статті є дослідження змісту подолання протидії розслідуванню злочинів і засобів його здійснення у Чорнобильській зоні відчуження та розроблення пропозицій щодо вдосконалення чинного законо-

© О. О. Мілевський, 2015

давства з метою підвищення ефективності розслідування злочинів.

О. Александренко вважає, що при розробленні засобів і методів подолання протидії розслідуванню необхідно враховувати рівні, для яких вони призначені [1, с. 13]:

- розраховані на застосування слідчим, співробітником органу дізнання (тактичні прийоми, комбінації, операції, застосування технічних засобів для пошуку приховуваних слідів, об'єктів, можливості експертиз тощо);
- можливі на рівні органу, відомства: забезпечення захисту учасників кримінального судочинства, оперативне супроводження розслідування та судового розгляду кримінальних справ тощо;
- реалізація яких можлива лише на рівні держави (створення ефективної системи захисту учасників кримінального процесу, належне законодавче та матеріально-технічне забезпечення правоохоронної діяльності тощо) [1, с. 13]. Схожу думку висловлює С. Денисюк, який також виділяє три рівні: від сил конкретного слідчого і оперативного працівника до зусиль відповідних гілок влади, органів, структур [4]. В. Лисиченко і Р. Шехавцов основи подолання протидії розслідуванню визначають через напрями її здійснення [2, с. 57], а І. Грицюк – через тактичні прийоми (як один із різновидів подолання протидії) [6, с. 73].

Отже, слово «подолання» розцінюється як усунення (існуючого, утвореного факту, явища), переборювання перешкод, знищення, «перемога» над чимось виявленим, хоч іноді в рамках подолання протидії розслідуванню злочинів розглядають і питання попередження її здійсненню [1, с. 17]. У будь-якому випадку не викликає заперечень теза про те, що подолання протидії розслідуванню (кримінальному провадженню) здійснюється за допомогою певних засобів (іноді їх ототожнюють із методами чи способами [1, с. 13], але для уникнення тавтології «спосіб протидії – спосіб подолання протидії» термін «засоби» видається, на нашу думку, більш вдалим).

Спираючись на тлумачення терміна «засіб» як спеціальної дії, що надає можливість здійснити що-небудь, досягти чогось; механізми, необхідні для здійснення певної діяльності, вважаємо: під подоланням протидії розслідуванню злочинів слід розуміти процес усунення за допомогою засобів, передбачених законом і розроблених у криміналістичній науці, перешкод, створених суб'єктами протидії під час здійснення кримінального провадження; засобами подолання протидії є комплекс спеціальних дій, що спрямовуються на досягнення мети усунення перешкод здійсненню кримінального провадження; суб'єктами застосування таких засобів виступають не лише державні органи та службові особи, які здійснюють кримінальне провадження, а й сторони кримінального провадження, зокрема захисник, в силу наданих йому правових можливостей реалізації принципу змагальності в кримінальному процесі.

Метою подолання існуючої, виявленої протидії є встановлення належних умов, забезпечення реальних можливостей здійснення кримінального провадження – без перешкоджання з боку певних осіб, усунення суб'єктивних труднощів пізнання суспільно небезпечного діяння. Вплив на таких осіб можливий у двох напрямах: заохочення та примусу. У будь-якому випадку особа, яка долає протидію, повинна використовувати метод переконання (передавання повідомлень із метою схилити людину до певної думки або вчинку, впливаючи на її емоційну, вольову й інтелектуальну сфери [2, с. 117]), щодо суб'єкта протидії, із наведенням аргументів на користь відмови від її здійснення, зокрема роз'яснення: підстав для притягнення до юридичної відповідальності за завідомо неправдиві показання, хабарництво, неправомірне втручання в діяльність інших державних органів із використанням свого службового становища тощо; можливостей забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві; застосування заходів забезпечення кримінального провадження; укладення угоди в кримінальному провадженні тощо.

Слід зазначити, що більшість положень, які дослідниками виокремлювалися серед перспективних напрямів удосконалення засобів подолання протидії розслідуванню, зокрема, розширення засобів доказування; вдосконалення системи запобіжних заходів; визначення меж правомірної протидії з боку підозрюваних (обвинувачених); визначення меж повноважень захисника у кримінальному процесі; створення надійної системи захисту учасників кримінального судочинства; необхідність обмеження або скасування деяких правових інститутів (інституту понятих, повернення справ для додаткового розслідування) [1, с. 16–17], враховані новим кодифікованим актом у кримінально-процесуальній сфері. Так, згідно із ст. 131 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості цього провадження. Перелік таких заходів є вичерпним, а порядок їх застосування ґрунтовно викладено у відповідних нормах КПК [8]. Для унеможливлення свавільного застосування, зміни або скасування

заходу забезпечення кримінального провадження до клопотання слідчого обов'язково додається витяг із Єдиного реєстру досудових розслідувань, який свідчить про те, що кримінальне провадження, в рамках якого подається клопотання, дійсно офіційно ведеться, об'єктом процесуального втручання є права та свободи особи, які мають бути максимально захищені. Г. Кожевніков стверджує, що ці заходи слід розглядати як кримінально-процесуальний примус, оскільки вони забезпечують виконання завдань кримінального провадження [9]. Майже всі заходи забезпечення кримінального провадження у своїй назві містять елементи примусу, що дозволило поставити під сумнів віднесення до таких заходів виклику (судового виклику): «Виклик не може бути заходом примусу, оскільки передбачає добровільне його виконання суб'єктом процесу. Примус настає тільки після неявки без поважних причин за викликом певного учасника процесу і тоді як примусовий захід застосовується привід» [9].

Перелічені у ст. 131 КПК України заходи можуть сприяти подоланню протидії розслідуванню з боку її суб'єктів. Для Чорнобильської зони відчуження найбільш ефективними видаються: виклики з відповідними наслідками неявки (статті 133, 139 КПК), привід (ст. 140 КПК), тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом (ст. 148 КПК), відсторонення від посади – у справах про зловживання службовим становищем та у випадках протидії з боку службової особи правоохоронного органу (ст. 154 КПК), тимчасове вилучення майна (ст. 167 КПК), запобіжні заходи (ст. 176 КПК).

Задекларована у ст. 177 КПК України мета застосування запобіжних заходів визначає запобігання спробам перешкоджати кримінальному провадженню, що прямо свідчить про запобігання протидії розслідуванню (судовому розгляду). На нашу думку, в такій умові застосування заходів забезпечення кримінального провадження, як «можливість виконання завдання, про яке йдеться у клопотанні слідчого, прокурора», припускається наявність даних про існування протидії досудовому розслідуванню. Але, щоб підкреслити важливість боротьби з протидією під час здійснення кримінального провадження та можливість використання при цьому заходів забезпечення кримінального провадження, доцільно уточнити п. 3 ч. 3 ст. 132 КПК таким чином: «неможливо виконати завдання кримінального провадження на тій чи іншій стадії його здійснення, в тому числі подолати протидію його здійсненню». Таке уточнення узгоджуватиметься з метою застосування запобіжних заходів як різновиду заходів забезпечення кримінального провадження.

Для Чорнобильської зони відчуження характерна також так звана негласна угода між правоохоронними органами, з одного боку, і місцевим населенням (самоселами) чи особами, які працюють в зоні, – з іншого. У приватних розмовах представники органів внутрішніх справ і прокуратури зазначають, що вони мають «власні важелі переконання» людини, яка проживає чи перебуває в зоні в силу виконання певних робіт, не протидіяти розслідуванню та допомагати розкриттю злочинів. Безумовно, такі «тактичні» засоби можна визнати різновидом шантажу й їх незаконність не викликає сумніву. Але обмеженість території Чорнобильської зони, добре знання одне одного та постійна взаємодія, невелика кількість «самоселів» без стабільного правового статусу та із залежністю певною мірою від керівництва Зони, тих самих правоохоронних органів, наявність корпоративних інтересів, намагання утриматися на посаді, мати позитивні, високі показники щодо криміногенної обстановки та боротьби із злочинністю створюють відчуття перебування в «окремій державі із власними законами і порядками» та спонукають до широкого використання психологічного впливу на людей з усіма його різновидами, у тому числі незаконними. Прийнятне ставлення до таких методів впливу, задовільне їх сприйняття представниками правоохоронних органів констатується й у психологічних дослідженнях: «Незважаючи на неприпустимість неправомірного психологічного впливу та кримінальну відповідальність за його застосування, такий вплив на етапі досудового слідства достатньо розповсюджений – майже половина слідчих (46 %) вважає, що при застосуванні методів психологічного впливу слідчий іноді змушений використовувати засоби неправомірного психологічного впливу; приблизно 47 % респондентів відносяться до неправомірного психологічного впливу як до звичного, можливого, допустимого та необхідного у деяких випадках елементу практичної діяльності, що дає позитивні результати у розслідуванні злочинів» [10, с. 12].

Висновки

Викладене свідчить, що у Чорнобильській зоні відчуження, крім загальних підходів до нейтралізації, уникнення такого негативного явища, як «протидія», існує певна специфіка, зумовлена особливостями її правового статусу та можливостями здійснення тієї чи іншої діяльності, у тому числі, з розслідування кримінальних правопорушень.

Для Чорнобильської зони відчуження найбільш ефективними видаються такі заходи забезпечення кримінального провадження:

виклики із відповідними наслідками неявки, привід, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади (у справах про зловживання службовим становищем та у випадках протидії з боку службової особи правоохоронного органу), тимчасове вилучення майна (у справах про порушення вимог режиму радіаційної безпеки), запобіжні заходи.

Слід зазначити, що серед можливих проблемних питань у застосуванні інституту угоди про визнання винуватості в кримінальному провадженні, саме цей інститут розцінюється як можливий ефективний засіб подолання протидії розслідуванню у Чорнобильській зоні відчуження, зважаючи на його зміст і правила застосування щодо кримінальних проступків, злочинів невеликої тяжкості, середньої тяжкості, окремих тяжких злочинів, а також лише щодо злочинів, при вчиненні яких завдано шкоду тільки державним чи громадським інтересам, тобто кримінальних правопорушень, найбільш характерних для досліджуваної території.

Щоб підкреслити значення подолання протидії розслідуванню за допомогою заходів забезпечення кримінального провадження пропонуємо уточнити п. 3 ч. 3 ст. 132 КПК України, а також доповнити ст. 178 КПК України п. 6^1 (наявність активної протидії розслідуванню з боку підозрюваного, обвинуваченого – як підстава застосування запобіжних заходів).

Список використаних джерел

1. *Александренко О. В.* Криміналістичні проблеми подолання протидії розслідуванню злочинів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 20 с.

2. *Лисиченко В. К., Шехавцов Р. М.* Основи подолання протидії розслідуванню корисливо-насильницьких злочинів, вчинених організованими групами, злочинними організаціями. – Луганськ, 2004. – 176 с.

3. *Кузьмічов В. С., Чорноус Ю. М.* Слідча діяльність: характеристика та напрями удосконалення. – К., 2005. – 246 с.

4. *Денисюк С. Ф.* Подолання протидії розслідуванню: організаційні і тактичні заходи [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua.

5. *Стулин О. Л.* Тактические основы преодоления умышленного противодействия расследованию преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 1998. – 25 с.

6. *Грицюк І. В.* Протидія розслідуванню злочинів у сфері оподаткування: дис. ... канд. юрид. наук. – Ірпінь, 2012. – 22 с.

7. *Шехавцов Р. М.* Форми та способи протидії розслідуванню злочинів і засоби їх подолання: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 21 с.

8. *Кримінальний* процесуальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.

9. *Кожевніков Г.* Заходи забезпечення кримінального провадження [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.nbuv.gov.ua.

10. *Милорадова Н. Е.* Особливості застосування методів психологічного впливу у професійній діяльності слідчого: автореф. дис. ... канд. психол. наук. – Х., 2004. – 22 с.

Стаття надійшла до редакції 19.05.2015 р.

The article analyzes the legal and scientific approaches to the determination of the content of resistance management of crime investigation, means of implementation and proposals for improving the existing legislation to improve the effectiveness of the investigation of crimes committed in the Chernobyl exclusion zone.

В статье анализируются нормативно-правовые и научные подходы к определению содержания преодоления противодействия расследованию преступлений, средства его осуществления, сформулированы предложения по совершенствованию действующего законодательства с целью повышения эффективности расследования преступлений, совершенных в Чернобыльской зоне отчуждения.

УДК 343.911

Павло Дем'як,
Східноєвропейський національний університет ім. Лесі Українки

ОСОБЛИВОСТІ КЛАСИФІКАЦІЇ НОСІЇВ КРИМІНАЛЬНОЇ СУБКУЛЬТУРИ

У статті розглядаються важливі й актуальні для науки криміналістики питання наукових досліджень класифікації носіїв кримінальної субкультури, сформовані поняття, особливості та класифікація носіїв норм кримінальної субкультури.

Ключові слова: криміногенний стан, злочини, класифікація, носії кримінальної субкультури.

З кінця 80-х – початку 90-х років XX ст. в Україні значно погіршився криміногенний стан. З'явилися раніше маловідомі види злочинності, зокрема, рекет, викрадення людей з метою отримання викупу, торгівля людьми; набули поширення злочини, пов'язані з так званими важкими наркотиками, незаконним обігом вогнепальної зброї. Професійна злочинність почала утворювати легальні об'єднання (охоронні фірми, детективні агентства, клуби за інтересами тощо), які насправді були замаскованими організованими злочинними угрупованнями. У цій ситуації надзвичайна популярність теми «злодіїв у законі» і самих квазінорм кримінальної субкультури призвели до стану сильного криміногенного ураження суспільства. Ситуація стала ще напруженішою у зв'язку із складним політичним і економічним станом у країні.

Метою цієї статті є комплексний кримінологічний аналіз проблем виникнення, функціонування та поширення норм кримінальної субкультури в суспільстві.

Наукове дослідження кримінальної субкультури як такої, а також супутніх їй проблем здійснювало багато вчених, серед яких потрібно виділити Ю. Александрова, В. Анісімкова, Ю. Антоняна, Т. Барило, Л. Білогриць-Котляревського, Г. Брейтмана, М. Биргеу, Ф. Бурчака, Ю. Вакутіна, Б. Водолазського, В. Дзундзу, В. Дрьоміна, А. Долгову, Дж. Говарда, О. Гурова, О. Дубягіну, В. Ігнатенко, О. Ковальову, О. Козлова, М. Корсакевича, В. Кондратишка, О. Костенка.

Незважаючи на велику кількість розробок українських і зарубіжних науковців із питань виникнення та функціонування норм кримінальної субкультури, дії їх криміногенного впливу на злочинність і формування у суспільстві асоціальної орієнтації, досліджень, що розглядають проблему кримінальної субкультури, дуже мало.

Хто є носієм норм кримінальної субкультури? В наукових джерелах поширена думка, про те, що носіями субкультурних взаємовідносин є групи й окремі індивіди традиційної кримінальної та вуличної злочинності [1]. На думку В. Анісімкова, в основу поділу злочинності на декілька видів слід покласти дві взаємопов'язані ознаки – спрямованість кримінальної діяльності та відповідний їй антисуспільний спосіб життя правопорушників. Звідси, відповідно до основних напрямів злочинної діяльності різних кримінальних утворень, можна визначити основних носіїв корпоративних підкультур у суспільстві. До них слід віднести: спільноту «авторитетів» кримінального середовища («злодіїв у законі»); територіальні традиційно-етнічні кримінальні угруповання (кавказькі, циганські тощо); злочинні угруповання, що діють у сфері наркобізнесу; хуліганські вуличні угруповання неповнолітніх та осіб молодіжного віку [2, с. 38].

Носіями кримінальної субкультури є свій, «внутрішній», неофіційний поділ за «мастями» (масть – певне положення в злочинній ієрархії) [3, с. 83]. Більшість авторів-криміналогів використовує соціологічний термін «стратифікація» [4]. В. Анісімков вважає, що стратифікація – це субкультурний розподіл у місцях позбавлення волі за категоріями, кожна з яких займає своє місце в утвореній ієрархії [2, с. 70]. У цьому плані, на нашу думку, автор робить поширену помилку – він виокремлює норми субкультури, що діють у місцях позбавлення волі, від загальних норм. Безумовно, певна специфіка норм поведінки у виховних і виправних колоніях є, але немає необхідності, а інколи і неможливо без втрат виокремити «тюремну субкультуру» від субкультури «кримінальної». Заради справедливості слід зазначити, що В. Анісімков все

© П. Дем'як, 2015

ж уточнює свою позицію пізніше, аналізуючи пенітенціарну і в цілому кримінальну субкультуру [2, с. 73]. Тому пропонуємо під стратифікацією в кримінальній субкультурі розуміти неформальний розподіл осіб, які є носіями кримінальної субкультури за чітко визначеними щаблями ієрархії. Такий розподіл має соціально-психологічні, природно-біологічні та субкультурні підстави, що в сукупності утворюють великі групи засуджених, які відрізняються одна від одної ступенем привілейованого положення у своєрідній спільноті [2, с. 71]. Іншими словами, розподіл провадиться залежно від особистих якостей, дотримання норм кримінальної субкультури, рішення «авторитетів» злочинного світу тощо.

Важливим аспектом визначення місця особи в ієрархії злочинного світу є його попереднє зайняття, професія, місце роботи. Так, офіціант, таксист, продавець та інші особи, які працювали у сфері обслуговування, виконували принизливу, з точки зору норм кримінальної субкультури, роботу, не можуть бути віднесені до касти (чи «масті») «блатних». Так само співробітники МВС, військовослужбовці, які служили у внутрішніх військах, працівники прокуратури не лише не можуть розраховувати на те, що займуть високий щабель у розподілі засуджених, вони мають бути готовими до того, що їх зустрінуть знущаннями, приниженнями, побоями.

Уперше в радянській кримінології проблему ієрархії кримінального світу висвітлив М. Якушин [5]. Але найбільш вдалу ієрархічну драбину запропонував, на нашу думку, В. Анісімков. За його спостереженням, у сучасних субкультурних угрупованнях виділяють такі категорії [2, с. 117]:

- на найвищому щаблі в стратифікації засуджених знаходяться особи, які забезпечують і зберігають пенітенціарну та взагалі кримінальну субкультуру – так звані авторитети кримінального середовища. Існує чимало термінів, що визначають представників даної касти: це «бувалі», «бродяги», «оборотні», «івани», «блатарі», «блатні», «вори», «пахани». У цьому переліку, на нашу думку, В. Анісімков робить помилку, наводячи нарівні з злочинними званнями і злочинні посади: «положенці», «смотрящі», «заправили»;
- наступною групою осіб, які займають місце в ієрархічній драбині кримінальної субкультури, є представники різноманітних кримінальних угруповань;
- нейтральне місце в ієрархії посідають особи, які, як правило, до засудження не належали до субкультурних угруповань. У різні періоди їх називали «вівцями», «бісами», «мужиками» тощо;
- на останній сходинці знаходиться так звана каста знедолених. До неї належать засуджені, які за якусь провину (інколи навіть без неї) переслідуються та караються авторитетами. Найчастіше причиною таких утисків стає порушення різноманітних правил («понятій») кримінальної субкультури.

Майже такий самий поділ пропонує і А. Гуров [6]. С. Лебедєв наводить приблизно таку саму ієрархічну драбину, але використовує дещо іншу термінологію. За його спостереженнями, в кримінальній субкультурі можна виділити такі щаблі «субординаційної злочинної ієрархії» [7, с. 114]:

- привілейовані (авторитети): «вори в законі», «козирні фраєра» («положняки»), «пацани», «фраєри»;
- нейтральний шар: «мужики»;
- непривілейовані: «шестерки», «обіжені», («мастєві», «пєтухи», «чушкарі»).

Є в літературі й інші зразки побудови ієрархічної драбини носіїв кримінальної субкультури, наприклад, вертикальний поділ, запропонований О. Дубягіною та Г. Смирновим: «вор у законі» («в короні»); «смотрящий» зони; «блатні»; «пацани»; «мужики»; «опущені»; «пєтухи» [8, с. 20].

Заслуговує на увагу наявність у наведеному переліку деякої плутанини та неточностей. Перш за все, не розділяються поняття «злочинного» звання та посади (адже «злодій у законі» може бути і «положенцем», і «смотрящим»). Також не зрозуміло, чому «пєтухів» (або пасивних гомосексуалістів) виокремлено з категорії «опущених», адже більшість джерел, що розглядають проблеми кримінальної субкультури, до такої категорії відносять всі непрестижні «масті».

А. Олейнік пропонує свій поділ:

«блатні» («припотілі») – очевидно, автор не розділяє професійних злочинців за ступенем поважності, як це роблять інші спеціалісти (на «авторитетів», «правильних» тощо);

«мужики» («пацани»). Тут ми спостерігаємо альтернативне розуміння терміна «пацан» – більшість авторів наполягає, що «пацан» – це неповнолітній засуджений, який живе за «поняттями», але ще не досяг авторитету, іншими словами, кандидат у «блатні» [3, с. 91];

«масті». До них автор відносить лише неавторитетні категорії засуджених, хоча зазвичай «мастю» називають категорії, на котрі ділиться ієрархічна драбина кримінальної субкультури. Так, Ю. Александров визначає «масть» як певне положення в злочинній ієрархії [3, с. 84]. Тому вважаємо за доцільне використовувати такий термін у загальноприйнятому розумінні;

«козли» або «дятли» – особи, що співпрацюють з тюремною адміністрацією, є інформаторами правоохоронних органів. Слід зазначити, що «дятлом», окрім інформатора, в місцях позбавлення волі називають також активного гомосексуаліста, а «козлом» – пасивного. Велика кількість двозначностей у

жаргоні злочинного світу – умисні пастки для новачків;

«бариги» або «баришники» – особи, засуджені за економічні злочини. Трохи неочікуваний хід – виділення таких осіб в окрему непрестижну категорію, або «масть». Дійсно, підпільні економічні ділки або «тіньовики» не користувалися великою повагою серед «блатних», проте могли бути корисними для останніх у зв'язку з великими фінансовими можливостями допомоги «общаку» [8, с. 113]. Тому більшість «блатних», хоч і ставилася з презирством до «тіньовиків», але відкритої ворожості намагалася не виявляти;

«фуфлижники». До них належали особи, які не мали змоги або відмовлялися виплачувати свій картярський борг. Таке порушення норм кримінальної субкультури вважалося тяжким і тягло за собою серйозні санкції, інколи до насильницького навернення в пасивні гомосексуалісти;

«чорти», тобто особи, які не стежать за своїм виглядом, неохайно одягаються, не дотримуються норм особистої гігієни. Норми кримінальної субкультури регламентують чимало сфер людського життя, і гігієна – одна з них;

«криси» – особи, які заплямували себе крадіжкою у злочинців. Якщо вкрасти у «фраєра» (тобто простої людини, яка не належить до кримінальної субкультури) – не просто допустимо, а й престижно для носія субкультури, то крадіжка «у своїх» – серйозний злочин у середовищі професійних злочинців;

«пєтухи». Пасивні гомосексуалісти, найбільш принижена каста. Не мають фактично ніяких прав у середовищі професійних злочинців.

Серед наведених переліків вважаємо найбільш вдалою ієрархічну драбину, запропоновану В. Анісімковим [2, с. 117]. Зрозуміло, що наведений перелік професійних злочинців, які знаходяться на вершині ієрархічної драбини, не є вичерпним, оскільки не лише кожен регіон, а й кожна виправна установа має свої власні традиції та звичаї. Тому може змінюватись і термінологія.

Особи, які мають звання, що відповідає «авторитету» злочинного світу, займають привілейоване положення автоматично, згідно з раніше набутим статусом, незалежно від того, де вони відбували покарання [6, с. 46]. Свій високий статус вони зберігають і на свободі (що є ще одним доказом неможливості виділення окремої «тюремної субкультури»). Такі особи не можуть працювати, оскільки це вважається принизливим в їх колі та може призвести до зниження статусу. У випадку, коли праця є обов'язковою у виправній установі, де знаходиться «авторитет», його норму виробітку візьме на себе інший в'язень. Щоб не працювати, «вори» навіть свідомо калічать себе – відрубують пальці, провокують зараження крові тощо [8, с. 101].

У будь-якому випадку, саме «вори в законі» є лідерами субкультурних об'єднань професійних злочинців. Така позиція дає лідеру право приймати рішення в тій чи іншій ситуації, карати інших членів субкультурного об'єднання за порушення норм субкультури, мати певні пільги та привілеї тощо. На думку В. Анісімкова, специфіка лідерства в неформальних групах полягає в її зумовленості субкультурними відносинами [2, с. 50]. Іншими словами, не так сам лідер утворює ситуацію домінування в групі, скільки група обирає та формує (культивує) певний тип лідера. Якщо в цивілізованому суспільстві ознаками, що характеризують особу як лідера, є сильний характер, працелюбність, уміння уникати конфліктної ситуації чи «згасити» конфлікт, що вже відбувся, то в субкультурних утвореннях такими ознаками є жорстокість, хитрість, підступність, вміння «зіштовхнути» суперників, спровокувати в потрібний момент конфлікт тощо. Зазначимо, що на рівні «злодія в законі» фізична сила «авторитета» (кримінальний жаргон – досвідчений злочинець, який заслуговує беззаперечної довіри більшості злочинців, може очолювати злочинне угруповання) [8, с. 28] вже не має такого значення, як для новачка в місцях позбавлення волі. Це свідчить про певний рівень цивілізованості субкультурних норм, оцінки моральних якостей особи й її інтелекту при вирішенні питання про місце в ієрархії.

В. Анісімков, проводячи опитування серед ув'язнених, які є членами субкультурних угруповань, встановив перелік найбільш характерних ознак типового лідера в середовищі кримінальних угруповань: володіють добрими організаційними здібностями; вміють вправно впливати на інших; підкреслено стримано поводять себе з оточуючими; мають охайний вигляд; комунікабельні, легко входять у контакт з оточуючими; виявляють непримиримість по відношенню до осіб, які завдали їм будь-якої шкоди [2, с. 52].

Слід зазначити, що йшлося не про бажані риси, а риси, притаманні існуючим лідерам, «авторитетам» кримінального світу. При цьому безпосередня агресивність (не викликана реакцією на сторонню агресію), схильність до вирішення конфліктів насильницьким шляхом, бажання влаштувати своє життя коштом оточуючих не вказувалися респондентами опитування. Якщо до респондентів (членів субкультурних угруповань) не застосовувалися заходи впливу з метою надання неправдивих відповідей (що є абсолютно нелогічним), ми можемо зробити такий висновок: свідомо чи ні (а найімовірніше – і те й інше), але респонденти завищували оцінку лідерів злочинного світу. Жодна з наведених рис не є безпосередньо негативною навіть з

точки зору пересічного члена суспільства, не знайомого з нормами кримінальної субкультури. Отже, схильність носіїв кримінальної субкультури до романтизації, оспівування злочинного шляху життя знаходить своє вираження і в оцінці характерних рис, що притаманні лідерам злочинних угруповань, оскільки і в загальному відношенні до людей, обставин, вчинків така особа має дещо зміщену шкалу цінностей. Її система орієнтирів і цінностей відрізняється (іноді кардинально) від шкали цінностей некриміналізованих членів суспільства.

З приводу формування системи цінностей і життєвих орієнтирів криміналізованих осіб В. Анісімков зазначав, що вони будують таку систему навколо однієї, основної риси, що підкоряє собі всі інші, з чого часто і випливає непохитність асоціальних настроїв і орієнтацій. У системі цінностей, на які орієнтується індивід, є ведучі, які підкорюють собі всіх інших [2, с. 53]. До такого висновку приходили й інші вчені, які займалися проблемою неформального лідерства серед носіїв кримінальної субкультури, у тому числі в місцях позбавлення волі. Так, Ю. Антонян зазначав, що цінності суспільства, з якими ідентифікує себе особа, мають найбільшу силу, що і забезпечує послідовність поведінки [9, с. 4]. Особа не може просто так відмовитися від асоціальної орієнтації, стабільність норм кримінальної субкультури забезпечується суворими санкціями.

Висновки

Кримінальна субкультура – це узгодженість волі та свідомості особи із законами кримінального світу. Норми кримінальної субкультури є чітко визначеними, загальнообов'язковими для осіб, які таку субкультуру сповідують, правилами поведінки. Основною ознакою кримінальної субкультури є дотримання особами, які таку субкультуру сповідують, специфічного «кодексу честі» професійного злочинця, так званих понятій.

Основною метою стратифікаційного поділу суб'єктів кримінальної субкультури є підтримання привілейованого положення осіб, які обрали за зразок злочинний спосіб життя, підкорення їх інтересам осіб, які на ієрархічній драбині займають нижчі щаблі.

Особам, які сповідують кримінальну субкультуру, притаманні жорстокість відносно інших осіб, підтримання жорсткої субординації у спільноті носіїв субкультури.

Особливо сприятливі умови для поширення норм кримінальної субкультури створює відсутність у суспільстві чітких соціальних орієнтирів, складне економічне та політичне положення в країні, соціальна апатія, недовіра пересічного громадянина органам державної влади та правоохоронним структурам.

Чіткий поділ, жорстка стратифікація, обізнаність пересічного громадянина з нормами кримінальної субкультури дозволяє стверджувати, що правила поведінки, прийняті в середовищі злочинців, поширені в сучасному українському суспільстві. Вивчення впливу кримінальної субкультури на розвиток індивіда, зокрема на неповнолітніх, як найбільш схильних до рецепції норм злочинних «традицій», дозволить обґрунтувати необхідність проведення за всіма напрямами боротьби із поширенням такої субкультури в суспільстві.

Список використаних джерел

1. *Кузнецова Н. Ф.* Уголовно-правовая регламентация ответственности за организованную преступность // Вестник Моск. ун-та. Сер. Право. – 1990. – № 4.

2. *Анисимков В. М.* Криминальная субкультура и ее нейтрализация в исправительных учреждениях России: дис. ... д-ра юрид. наук. – Саратов, 1998. – 314 с.

3. *Александров Ю. К.* Очерки криминальной субкультуры. – М., 2001. – 148 с.

4. *Анисимков В. М.* Криминальная субкультура. – Уфа, 1998. – 218 с.

5. *Якушин Н. М.* Предупреждение преступлений среди несовершеннолетних в воспитательно-трудовых колониях (организационно-тактические, правовые и социально-психологические аспекты): дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1985. – 344 с.

6. *Гуров А. И.* Профессиональная преступность: Прошлое и современность. – М., 1990. – 301 с.

7. *Лебедев С. Я.* Традиции, обычаи и преступность: Теория, методология, опыт криминологического анализа. – М., 1995. – 167 с.

8. *Дубягина О. П., Смирнов Г. Ф.* Современный русский жаргон уголовного мира: Словарь-справочник. – М., 2001. – 352 с.

9. *Антонян Ю. М.* Особо опасные лидеры в ИТК и воспитательное воздействие на них. – М., 1989. – 79 с.

Стаття надійшла до редакції 07.04.2015 р.

The scientific article is devoted to consideration of important and relevant issues of the science of criminology research classification criminal subculture carriers. Concept, features and characteristics of the classification criminal subculture based on the synthesis of existing literature and analysis of the practice law enforcement bodies are formed in the article.

В статье рассматриваются важные и актуальные для науки криминалистики вопросы научных исследований классификации носителей криминальной субкультуры, сформированы понятия, особенности и классификация носителей норм криминальной субкультуры.