5 2017 (255)

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

Головний редактор
Крупчан
Олександр
Дмитрович

Редакційна
колегія:

Беляневич О.А.
Бобрик В.І.
Бичкова С.С.
Вавженчук С.Я.
Галянтич М.К.
Долницький Б.
Дрозд О.Ю.
Коструба А.В.
Кубічек П.
Кузнєцова Н.С.
Луць В.В.
Майданик Р.А.
Махінчук В.М.
Мельник М.І.
Торгашин О.М.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Олена Антонюк
Зміст принципу непорушності права власності **5**

Ганна Буяджи
Проблемні питання визначення правової природи трасту **10**

Тарас Гриняк
Відповідальність перевізника за порушення строків доставки вантажу **17**

Ірина Єфремова
Заходи сімейно-правової відповідальності як способи
захисту сімейних прав та інтересів **21**

Олександр Кухарєв
Співвідношення актів цивільного законодавства і договору
у сфері спадкування **25**

Богдан Леко
Медіація в сімейних конфліктах і розлученнях **29**

Дар'я Мінченко
Процесуальний статус учасників судового процесу у справах
про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні **33**

Дмитро Осмоловський, Анастасія Аксютіна
Проблеми здійснення сурогатного материнства **38**

Володимир Цікало
Умови здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій **41**

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Ярослава Білоусова
Суб'єкти дистриб'юторської діяльності **46**

Анастасія Катрич
Позитивна відвідповідальність у господарсько-процесуальному праві **51**

Наталія Костянчук
Особливості посередницького договору на ринку нерухомого майна **55**

Наталія Кучаковська
Правове регулювання договору підряду
на капітальне будівництво: окремі аспекти **58**

Марта Шинкар
Правова природа банкрутства (неспроможності) банківських установ:
доктринальні підходи **63**

ТРУДОВЕ ПРАВО

Роксолана Бутинська
Право на свободу об'єднань роботодавців……68

Ніна Гетьманцева
Вплив оціночних понять на договірне регулювання трудових відносин……72

Галина Трунова
Окремі проблеми правового регулювання загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття……76

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Марія Бахуринська
Порівняльний аналіз правового регулювання процедури вибору приватного партнера на умовах ДПП на прикладі Польщі……81

Ярослав Буряк
Судова практика адміністративних судів у справах про примусове відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності……86

Наталія Кузьменко
Межі повноважень органів місцевого самоврядування щодо прийняття нормативно-правових актів у сфері земельних відносин……90

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

Євген Гілін
Роль державного агентства з питань електронного урядування України в механізмі забезпечення впровадження інноваційних технологій управління в діяльність органів місцевого самоврядування……96

Олег Глуханчук
Поняття та види конституційних гарантій судового захисту……100

Світлана Дегтяръова
Роль податкового навантаження як особливого складника податкової політики України……104

Олександр Капля
«Адміністративна юстиція» як юридичний термін……108

Юлія Легеза
Адміністративно-правові методи публічного управління у сфері використання природних ресурсів……111

Надія Максіменцева
Співвідношення принципів адміністративного права та принципів державного управління……115

Кирило Пряміцин
Удосконалення правового забезпечення досудового врегулювання податкових спорів……119

Ольга Тронько
Адміністративно-правове регулювання в галузі економіки……124

Аліна Чорна
Підприємницька діяльність як об'єкт адміністративно-правового регулювання……128

Юлія Шишка
До питання про об'єкти адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет……133

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО

Руслан Бедрій
Муніципально-правове забезпечення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності……138

Кристина Головачова
Проблеми реалізації прав пацієнтів на медичну допомогу в Україні……143

Павло Куфтирєв
Роль та значення електронної демократії як елементу сучасних конституційно-правових механізмів правового регулювання……147

Анна Новак
Делегування повноважень у механізмі децентралізації державної влади в Україні..... **151**

Ілля Юрійчук
Конституційна скарга та особливості реалізації права на правову допомогу в Україні..... **156**

ФІНАНСОВЕ ПРАВО

Марія Бліхар
Правовий статус органів фінансового контролю
під час здійснення інвестиційної діяльності..... **161**

Максим Болдін
Поняття прогалин нормативно-правових актів діяльності НБУ
у сфері рефінансування банків України та шляхи їх заповнення..... **166**

Юлія Коваль
Проблемні аспекти правового регулювання динаміки
податкового обов'язку податкового агента..... **170**

ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

Володимир Ліпкан, Ігор Діордіца
Національна система кібербезпеки як складова частина системи забезпечення
національної безпеки України..... **174**

Anhelina Pohoriletska, Maryna Bohatyrova
Official information as object of legal regulation..... **181**

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА

Олена Нестеренко
Особливості правової соціалізації внутрішньо переміщених осіб..... **185**

Олеся Нетреб'як
Сутність та значення правової герменевтики..... **189**

Людмила Шестопалова
Відмежування корупційних правопорушень від правопорушень, пов'язаних із корупцією..... **193**

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

Вячеслав Кірієнко
Історичний аналіз законодавства про кримінальну відповідальність
за доведення до самогубства або до замаху на самогубство..... **198**

Юрій Кричун
Проблема відмежування катування від деяких суміжних складів злочинів..... **201**

Дмитро Михайленко
Функціонування корупційних мереж як перешкода формуванню
політичної волі протидіяти корупції..... **205**

Юрій Новосад
Про деякі змістові елементи запобіжної діяльності
та наглядової функції прокуратури України..... **210**

Олександр Семенюк, Фелікс Неміч
Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу..... **214**

КРИМІНОЛОГІЯ

Вікторія Кондратішина
Про деякі віктимологічні аспекти діяльності неспеціалізованих
суб'єктів запобігання злочинам в Україні..... **218**

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС

Андрій Вавриш
Взаємодія слідчих з оперативними підрозділами у протидії злочинам
проти власності у будівельній галузі..... **222**

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

Валерій Жидков
Проведення тимчасового доступу до речей і документів детективами національного антикорупційного бюро……**226**

Андрій Запотоцький
Позапланова виїзна ревізія як спосіб використання спеціальних знань під час розслідування злочинів у сфері будівництва……**231**

Віталій Максименко
Початок досудового розслідування: порівняльно-правовий аспект……**236**

Володимир Маринів
Проблеми оскарження рішень вищих спеціалізованих судів, створених у результаті судово-правової реформи 2016 року……**241**

Віталія Шапула
Цільове призначення касаційного провадження у системі стадій кримінального процесу……**246**

КРИМІНАЛІСТИКА

Віктор Бояров
Особливості допиту підозрюваних у кримінальних провадженнях про екстремістську діяльність……**251**

Владислав Негребецький
Порівняння як метод пізнання під час проведення слідчих (розшукових) дій……**255**

СУДОУСТРІЙ

Марина Деменчук
Деякі аспекти формування суддівського складу Верховного Суду……**260**

МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Катерина Важна
Сутність міжнародного злочину апартеїду відповідно до чинного міжнародного права……**263**

Оксана Вайцеховська, Оксана Руденко
Банківські гарантії як засіб забезпечення виконання договірних зобов'язань у міжнародному приватному праві……**267**

Співзасновники:
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, ТОВ «Гарантія», Адвокатське об'єднання «Gestors»
Видавець: ТОВ «Гарантія»
ISSN 2307-8049

Журнал є фаховим виданням з юридичних наук на підставі Наказу МОН України № 1328 від 21.12.2015 (додаток № 8).

Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща)

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251ПР від 02.11.2009 р.
Журнал рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва ім. академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України (протокол № 5 від 24.05.2017 р.)
Офіційний сайт: pgp-journal.kiev.ua

Підписано до друку 29.05.2017. Формат 70x108 1/16. Папір офсетний.
Друк офсетний. Ум. друк. арк. 31,62. Обл.-вид. арк. 33,20
Тираж – 255. Замовлення № 12-195
Надруковано: Видавничий дім «Гельветика»,
73034, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

© Товариство з обмеженою відповідальністю «Гарантія», 2017.
Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації серія КВ № 15779-4251 ПР від 02.11.2009 р.
Поштова адреса редакції: 01032, м. Київ, вул. Назарівська, 7-Б, оф. 4.
Тел./факс (044) 513-33-16.

УДК 347.23

Олена Антонюк,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецького національного університету імені Василя Стуса

ЗМІСТ ПРИНЦИПУ НЕПОРУШНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню змісту принципу непорушності права власності. На підставі аналізу положень національного законодавства, міжнародних договорів і цивілістичної доктрини виділені основні елементи зазначеного принципу та сформульовані висновки і пропозиції, спрямовані на вдосконалення його нормативного закріплення.

Ключові слова: право власності, непорушність права власності, обмеження права, позбавлення права власності, втручання в здійснення права, конфіскація.

Постановка проблеми. Одним із ключових принципів приватного права традиційно визначається принцип непорушності права власності.

Проте в науковій літературі відсутня єдність у визначенні його змісту, що негативно впливає на правотворчу і правозастосовну діяльність. У законодавстві зміст цього принципу також визначається неоднозначно.

У ст. 41 Конституції України передбачається *непорушність права власності* (тут і далі курсив наш – *О. А*), поряд із якою закріплюється заборона *протиправного позбавлення права власності*. У п. 2 ч. 1 ст. 3 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України як загальна засада цивільного законодавства передбачена *неприпустимість позбавлення цього права*. У ст. 321 ЦК України «*Непорушність права власності*» закріплюється заборона як позбавлення права власності, так і обмеження в його здійсненні. У ч. 6 ст. 319 ЦК України *державі* заборонено *втручатися* в здійснення права власності. У ч. 2 ст. 5 Господарського кодексу України серед конституційних основ правового господарського порядку в Україні зазначені *непорушність лише права приватної власності* й окремо – *недопущення протиправного позбавлення власності*.

Професор І.В. Спасибо-Фатєєва серед гарантій здійснення права власності виокремлює *невтручання держави* в здійснення особою цього права й *непорушність цього права* [1, с. 427–428, 430].

За принципом неприпустимості позбавлення права власності, зауважує професор В.І. Борисова, власникові належить право володіння, користування та розпорядження майном відповідно до закону за своєю волею й не залежно від волі інших осіб; держава не *втручається* в здійснення прав; ніхто не може бути протиправно *позбавлений* цього права чи *обмежений* у його здійсненні: усі заборони й обмеження права власності застосовуються лише як заходи захисту публічних інтересів [1, с. 26–27]. Отже, серед виявів принципу неприпустимості *позбавлення* права власності визначені заборона *обмеження* в здійсненні цього права та *невтручання* держави в його здійснення.

Професор Є.О. Суханов зазначає, що «*недоторканність*» права приватної власності означає захист будь-якої власності від необґрунтованого *втручання* з боку держави [2, с. 234], від довільного вилучення або заборони чи обмеження її використання. Цей принцип робить випадки вилучення майна у власника необхідним і чітко обмеженим винятком із загального правила. Дія цього принципу виключає можливості як необґрунтованого присвоєння чужого майна, так і нових «переділів власності» [3, с. 39].

В.Г. Ротань, А.Г. Ярема, В.В. Кривенко, В.Я. Карабань та О.Є. Сонін визначають непорушність прав власності як *неприпустимість протиправного позбавлення* цього права чи *обмеження* в його здійсненні, що допускаються лише у випадках і порядку, встановлених у законі, і за умови, що таке втручання не порушує справедливу рівновагу між вимогами інтересу суспільства й захистом основних прав особи [4, с. 427].

П.В. Пушкар зазначає, що принцип *непорушності права власності* передбачає *недоторканність цього права* та майна власника, *забороняє свавілля* при втручанні в реалізацію цього права й обумовлює дотримання ключових принципів захисту власності: правомірності, законності, пропорційності, «справедливої збалансованості» втручання у відносини власності, наявності й адекватності компенсації та належних юридичних гарантій захисту від такого втручання [5, с. 105].

Наприклад, Європейський суд з прав людини у справі «Ivanova and Cherkezov v. Bulgaria» від 21 квітня 2016 року зауважує, що втручання *не може вважатися виправданим просто з тієї причини, що ситуація підпадає під дію загальної імперативної норми.* Зацікавленій особі має бути надана можливість оскаржити рішення на підставі його невідповідності (непропорційності) конкретним обставинам справи.

А.С. Гайдук убачає практичне втілення принципу *недоторканості права власності* у вимозі *утримуватися від посягань* на власність, виявом чого є обов'язок третіх осіб утримуватися від будь-яких дій, що заважають власнику здійснювати його правомочності [6, с. 20, 27].

© О. Антонюк, 2017

І.П. Кулікова визначає недоторканність права власності як стан захищеності права власника від *довільного втручання* з боку інших осіб і держави, як мету й результат правового регулювання майнового обігу, що забезпечує власникам можливості безперешкодно здійснювати правомочності щодо належного їм майна [7, с. 3, 8]. Г.М. Куцкір визначає недоторканність права власності як можливість бути захищеним і як фактичний стан охоронюваного державою та суспільством майна власника, що виявляється в сукупності відносин, які відображають *допустимі межі зовнішнього втручання* [8, с. 8].

А.З. Баранюк уважає, що принцип непорушності приватної власності передбачає існування гарантій охорони й захисту цього права від неправомірного позбавлення чи обмеження [9, с. 11]. О.М. Клименко вбачає правову сутність цього принципу в *конституційній гарантії* права власності у формі *абсолютного обов'язку кожного не порушувати право власності, а також у позитивному обов'язку держави щодо охорони й захисту прав усіх власників* [10, с. 51, 52].

Відсутність єдності в нормативному та доктринальному визначенні змісту зазначеного принципу зумовлює необхідність дослідження цього питання.

Метою статті є визначення змісту непорушності права власності як принципу його охорони та захисту.

Виклад основного матеріалу. У ст. 41 Конституції України закріплюється непорушність права власності, проте її зміст не розкривається. Натомість визначається заборона протиправного позбавлення права власності й закладаються засади, з яких має виходити законодавець, урегульовуючи підстави примусового відчуження об'єктів права приватної власності, що відповідає ст. 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

К.І. Скловський зауважує, що в ст. 1 Протоколу 1 ідеться передусім про вилучення майна державою (конфіскація, реквізиція та інші механізми переходу майна від приватної особи до держави), тобто описується проблема *меж втручання публічної влади у відносини власності*. Хоча можуть виникати й спори між мешканцями будинку, району міста тощо. Критеріями допустимості такого втручання є виконання вимог закону; здійснення в суспільних інтересах; дотримання справедливого балансу інтересів [11, с. 225–226, 228].

Аналіз положень Конституцій інших держав свідчить про відсутність єдиного підходу до врегулювання змісту принципу непорушності права власності. Так, у ч. 3 ст. 14, ст. 15 Конституції ФРН 1949 року йдеться про умови допустимого відчуження та вилучення власності. Конституція Італії містить норми щодо допустимості примусового відчуження приватної власності (ч. ч. 2–3 ст. 42) та обмеження приватної власності на земельну ділянку (ст. 44). У ст. 33 Конституції Іспанії закріплена заборона позбавлення права власності. У ст. 68 Конституції Словенії мова йде про умови примусового відчуження нерухомості на користь держави й обмеження прав на неї. Конституції Чеської (ст. 11) та Словацької (ст. 20) Республік передбачають умови допустимості позбавлення і примусового обмеження права власності. У ст. 105 Конституції Латвійської Республіки передбачені умови допустимого обмеження права власності та її примусового відчуження. У поправці V до Конституції США заборонене позбавлення власності *без належної правової процедури й вилучення* приватної власності *для громадського користування* без *справедливого відшкодування*.

Особливістю закріплення принципу непорушності права власності в Конституції України є розміщення відповідної норми в розділі ІІ, що стосується лише прав людини (рішення Конституційного Суду України від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99).

О.М. Клименко на підставі ч. 4 ст. 13 Конституції України робить висновок, що цей принцип стосується всіх власників, оскільки йдеться не про визнання, визначення змісту чи обсягу конкретного суб'єктивного права, а про юридичні умови та правовий рівень його забезпечення [10, с. 51]. Професор З.В. Ромовська зауважує, що непорушною має бути всяка власність [12, с. 32].

Оскільки відсутні підстави для звуження сфери застосування принципу непорушності права власності лише до права власності фізичної особи, то доцільним є його закріплення в ст. 13 Конституції України.

Конституційні положення щодо непорушності права власності конкретизуються на галузевому рівні. Як наголошував професор С.С. Алексєєв, усі підрозділи й усі інститути цивільного права в кінцевому підсумку націлені на забезпечення недоторканності власності, а в разі порушення – на повне відновлення відповідних прав [13, с. 150]. Саме цивільно-правовий інструментарій дає змогу найбільш ефективно здійснювати цей принцип на практиці, реально забезпечувати захист права власності [6, с. 129–130].

У ст. 3 ЦК України серед засад цивільного законодавства закріплена неприпустимість позбавлення права власності (п. 2 ч. 1), хоча власник може вимагати усунення й тих порушень, що не призвели до позбавлення права власності. У ст. 321 ЦК України зміст непорушності права власності охоплює також заборону обмеження в його здійсненні.

Крім того, у законодавстві використовуються терміни «припинення» та «позбавлення» права власності, а також «примусове вилучення» і «примусове відчуження» об'єкта права власності. Так, конфіскація в ст. 354 ЦК України визначена як *позбавлення* права власності. Про неприпустимість *позбавлення* права власності йдеться в ч. 4 ст. 41 Конституції України, п. 2 ч. 1 ст. 3 і ч. ч. 1, 2 ст. 321 ЦК України. У ч. 5 ст. 41 Конституції України та ч. 3 ст. 321 ЦК України містяться норми щодо *примусового відчуження* об'єкта права власності. У ст. 9 Закону України «Про режим іноземного інвестування» йде мова про *примусове вилучення* об'єкта права власності внаслідок націоналіза-

ції або реквізиції. Терміни *протиправне позбавлення права приватної власності* та *примусове відчуження її об'єктів* використані в ст. 4 Закону України від 17 листопада 2009 року № 1559-VI.

Варто зауважити, що не є позбавленням права власності крадіжки, грабежі, розбій, оскільки вони не призводять до припинення права власності.

О.С. Харченко визначає припинення права власності як абсолютну та безповоротну втрату правового зв'язку між власником і належною йому на праві власності річчю внаслідок різноманітних юридичних фактів (правочинів, рішень суду, юридичних вчинків, подій, споживання майна тощо) [14, с. 8].

Професор З.В. Ромовська визначає *позбавлення права* власності як *відібрання цього права* в особи за рішенням суду з передачею його іншій особі або з метою знищення речі. Підставами позбавлення права власності є, зокрема, примусові викуп, продаж, знищення майна [12, с. 137–138, 180–181].

Отже, позбавленням права власності є примусовим припиненням державою права власності особи, внаслідок чого право власності на річ виникає в іншого суб'єкта публічного або приватного права чи припиняється у зв'язку зі знищенням речі (наприклад, непридатного для споживання харчового продукту, який становить безпосередню загрозу для здоров'я людини).

Серед важливих виявів дії непорушності права власності називаються вичерпний перелік підстав припинення права власності [15, с. 104–105] і виключно судовий порядок вилучення майна [16, с. 11]. Проте національне законодавство не передбачає як загальне правило судовий порядок позбавлення права власності, а також не містить вичерпного переліку його підстав.

Перелік підстав припинення права власності передбачений у ст. 346 ЦК України, частина з яких не залежить від волі власника (п. п. 3, 5, 6, 8–10). До інших, не передбачених у цьому переліку підстав належить припинення права власності внаслідок його виникнення в іншої особи за набувальною давністю (ст. 344 ЦК України), на знахідку (ст. 338 ЦК України), бездоглядну домашню тварину (ст. 341 ЦК України), безхазяйну річ (ст. 335 ЦК України). Рішення суду передбачене лише щодо окремих підстав припинення права власності (ч. 4 ст. 344, ст. 365 ЦК України). За останній час підстави позбавлення права власності розширені за рахунок вилучення необґрунтованих активів (гл. 9 Цивільного процесуального кодексу України).

Принцип непорушності не означає «безмежності» права власності, адже воно має певні межі й може піддаватися обмеженням та обтяженням. При цьому, як констатував професор Г.Ф. Шершеневич, унаслідок пружності під тиском законних і договірних обмежень право власності стискається, але набуває знову колишньої форми одразу, як усувається перешкода [17, с. 169–170]. Професор Й.О. Покровський порівнює право власності з пружиною, яка прагне вирівнятися (*принцип еластичності права власності*), проте ніколи цього не досягає з огляду на гирі, що стискає її. Чим складніше даються умови співжиття, тим настійнішою є потреба у взаємному обмеженні, у більшій «солідаризації» й «соціалізації», що має проводитися з найбільшою охороною індивідуальної свободи [18, с. 202, 205, 206].

Поєднання в ст. 41 Конституції України, п. 2 ч. 1 ст. 3 і ст. 321 ЦК України засад недоторканості та обмеженості права власності зумовлене соціальною функцією власності.

Професор В.І. Синайський наголошував на тому, що право власності є найменш обмеженим речовим правом, проте цивільне право все сильніше пронизується соціальними началами й усе більше його обмежує [19, с. 205–206].

Професор В.І. Сергєєвич зазначав, що з метою суспільного блага можуть бути встановлені деякі обмеження власника: він платить повинності з власності; не може спалити свій будинок у разі загрози небезпеки сусідові тощо [20, с. 515].

Наголошуючи на абсолютності права власності, професор З.В. Ромовська одночасно зауважує на існуванні межі та недопустимості фетишизації права власності: у нормах закону, моралі і звичаю можуть установлювати певні обтяження й обмеження (своєрідні гальма) на користь іншого – члена сім'ї, родича, співвласника, сусіда, громади, держави. Звуження обсягу прав конкретного власника може бути визначено в договорі [12, с. 31].

Уся історія розвитку цивільного права свідчить про те, що держава в різні періоди і для різних власників установлювала законодавчі обмеження в інтересах окремих соціальних груп або суспільства загалом. Такі обмеження, безумовно, у розумних межах будуть існувати й у майбутньому, проте мають бути зведені до мінімуму та викликатися суспільним інтересом [21, с. 265–266].

Держава все активніше втручається в регулювання економіки, наказуючи власнику кількість виготовлення продукції, запроваджуючи обмеження задля збереження екології. Розширюються підстави для примусового викупу майна з метою містобудування, землеустрою, розміщення об'єктів в інтересах суспільства. Відомі численні приклади націоналізації цілих галузей економіки. Це свідчить про «соціалізацію» власності, яка зобов'язує власника служити не лише своїм інтересам, а й інтересам суспільства [22, с. 21–22].

Про соціальну функцію приватної власності йдеться в Конституціях Італії (ст. 42) і Словенії (ст. 67). У ст. 33 Конституції Іспанії передбачено, що *соціальна функція* права приватної власності *обмежує* його зміст відповідно до законів.

Професор Є.О. Мічурін розглядає обмеження у правовій державі як вияв необхідності узгодження інтересів і прагнення досягти розумного компромісу між інтересами уповноважених осіб і суспільства, збалансування майнових прав різних осіб для уникнення конфліктів під час здійснення прав [23, с. 114].

Про поєднання приватних і публічний інтересів ідеться в ст. 29 Загальної декларації

прав людини, за якої під час здійснення прав людина має зазнавати лише таких обмежень, що встановлені законом з метою забезпечення належного визнання та поваги прав інших і забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку й загального добробуту в демократичному суспільстві.

Отже, найважливішим завданням цивільного права є знаходження балансу між приватними та суспільними інтересами, створення передумов до того, щоб власники могли реалізовувати закладений у їхній власності позитивний потенціал, але були б обмежені в діях, що суперечать інтересам інших осіб, суспільства й держави [7, с. 4]. При цьому держава має так розподілити тягар публічних обмежень, щоб не перетворити право власності у фікцію [15, с. 79].

У ст. 64 Конституції України обмеження права власності допускається лише у випадках, передбачених у *Конституції*, зокрема в умовах воєнного або надзвичайного стану. Особливості таких обмежень визначаються в Законах України: «Про правовий режим надзвичайного стану» і «Про правовий режим воєнного стану». У ч. 2 ст. 321 ЦК України *обмеження в здійсненні права власності* допускаються у випадках і в порядку, встановлених *законом*.

Наприклад, у Законі України «Про санкції» врегульоване застосування санкцій у формі тимчасового обмеження права особи користуватися та розпоряджатися майном за рішенням РНБО України, що вводиться в дію Указом Президента України (ст. 5). На підставі ст. 14-1 Закону України «Про боротьбу з тероризмом» запроваджені обмеження в здійсненні права власності на певне майно в районі проведення АТО Постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 2017 року № 99 і Наказом Міністерства з питань тимчасово окупованих територій та внутрішньо переміщених осіб України та Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 13 березня 2017 року № 34/357.

Професор Є.О. Мічурін визначає обмеження майнових прав фізичних осіб як *елемент механізму правового регулювання*, спрямований на охорону прав суспільства, інших уповноважених осіб, що має базуватися на таких принципах, як об'єктивність; розумність; обґрунтованість; виняткові; правомірність; пропорційність; установлення законом; соціалізація [23, с. 130, 166, 168].

Професор І.В. Спасибо-Фатєєва звертає увагу на те, що не варто плутати *межі здійснення права власності* у вигляді загальних заборон для всіх власників, *тимчасове обмеження конкретного власника у правомочностях* і *позбавлення права власності*. Обмеження не виключають окремі правомочності зі змісту права власності, а стримують власника в їх здійсненні з метою забезпечення прав і охоронюваних законом інтересів інших осіб [1, с. 431].

Професор З.В. Ромовська зазначає, що заборони (наприклад, щодо рівня шуму, щодо продажу товару із закінченим строком придатності) – це межа права власника на власні дії, а не обмеження цього права, яким є звуження обсягу прав, яким за загальною нормою закону наділені всі власники. Незаконне втручання органу влади в здійснення права власності не є його обмеженням [12, с. 137–138].

Відповідно до роз'яснення Конституційного Суду України, наданого в Рішенні від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005, до обмеження прав належить звуження їх змісту й обсягу, проте сутність змісту основного права не може бути порушена. У п. 2.1 Рішення від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016 Конституційний Суд України зазначив, що обмеження *щодо реалізації* конституційних прав не можуть бути свавільними та несправедливими, мають установлюватися виключно Конституцією й законами, *переслідувати легітимну мету, бути зумовленими суспільною необхідністю її досягнення, пропорційними й обґрунтованими*. При цьому законодавець має запровадити таке правове регулювання, що дасть змогу *оптимально досягти легітимної мети з мінімальним втручанням у реалізацію цього права й не порушувати сутнісний його зміст*.

Висновки

Зміст принципу непорушності права власності полягає в неприпустимості свавільного втручання в це право суб'єктів приватного та публічного права, у тому числі й держави (якій заборонено довільно встановлювати підстави позбавлення права власності та обмеження в його здійсненні, звужувати правомочності власника). Неприпустимість протиправного позбавлення права власності є елементом змісту цього принципу.

Цей принцип реалізується, зокрема, шляхом визначення й дотримання меж допустимого втручання у право власності з боку держави та інших осіб, а також створення й функціонування ефективного механізму правового захисту права власності. Його не можна зводити до «вододілу» між законним і незаконним позбавленням чи обмеженням права власності, адже цей принцип зумовлює право на захист і в разі їх нормативного закріплення.

Запровадження підстав позбавлення або обмеження права власності є допустимим у разі виняткової необхідності забезпечення суспільних інтересів за умови врегулювання цих підстав у законі та дотримання справедливого балансу між засобами й метою втручання.

Доцільно передбачити принцип непорушності права власності в ч. 4 ст. 13 Конституції України; п. 2 ч. 1 ст. 3 ЦК України викласти в такій редакції: «... неприпустимість позбавлення права власності або обмеження в його здійсненні, крім випадків, установлених Конституцією України та законом».

Список використаних джерел:

1. Цивільне право : [підручник] : у 2 т. / за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 2011. – 656 с.

2. Суханов Е.А. Лекции о праве собственности / Е.А. Суханов. – М. : Юрид. лит., 1991. – 240 с.

3. Гражданское право : [учебник] / отв. ред. проф. Е.А. Суханов. – М. : БЕК, 1998. – Т. 1. – 1998. – 816 с.

4. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України / відп. ред. В.Г. Ротань. – Х. : Фактор, 2010. – Т. 1. – 2010. – 800 с.

5. Пушкар П. Принцип непорушності права власності: досвід країн ЄС і його впровадження в Україні / П. Пушкар // Право власності: європейський досвід та українські реалії : збірник доповідей і матеріалів Міжнародної конф. (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 року). – К. : ВАІТЕ, 2015. – С. 93–106.

6. Гайдук А.С. Гражданско-правовой принцип неприкосновенности собственности : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А.С. Гайдук. – Рязань, 2003. – 186 с.

7. Куликова И.П. Право собственности: вопросы соотношения неприкосновенности и ограничений : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / И.П. Куликова. – Рязань, 2003. – 177 с.

8. Куцкір Г.М. Засада недоторканності права власності: поняття, зміст і реалізація у кримінальному провадженні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / Г.М. Куцкір. – Одеса, 2015. – 20 с.

9. Баранюк А.З. Позбавлення права приватної власності : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / А.З. Баранюк. – Львів, 2007. – 220 с.

10. Клименко О.М. Конституційно-правова сутність принципу непорушності права власності / О.М. Клименко // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2012. – № 2. – С. 49–54.

11. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве / К.И. Скловский. – М. : Статут, 2010. – 893 с.

12. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Право власності : [підручник] / З.В. Ромовська. – К. : Алерта ; ЦУЛ, 2011. – 246 с.

13. Гражданское право : [учебник] / под общ. ред. С.С. Алексеева. – М. : Проспект ; Екатеринбург : Институт частного права, 2009. – 528 с.

14. Харченко О.С. Підстави припинення права власності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / О.С. Харченко. – К., 2007. – 20 с.

15. Костин В.В. Принципы осуществления и защиты права собственности : дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / В.В. Костин. – М., 2005. – 177 с.

16. Суханов Е. Приобретение и прекращение права собственности (Комментарий ГК РФ (Продолжение)) / Е. Суханов // Хозяйство и право. – 1998. – № 6. – С. 3–13.

17. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права / Г.Ф. Шершеневич. – М. : Спарк, 1995. – 556 с.

18. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права / И.А. Покровский. – М. : Статут, 2001. – 354 с.

19. Синайский В.И. Русское гражданское право / В.И. Синайский. – М. : Статут, 2002. – 638 с.

20. Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права / В. Сергеевич. – СПб. : Типография И.Н. Скороходова, 1910. – 680 с.

21. Гражданское право Украины : в 2 ч. / под ред. А.А. Пушкина, В.М. Самойленко. – Х. : Ун-т внутренних дел ; Основа, 1996. – Ч. І. – 1996. – 440 с.

22. Гражданское и торговое право капиталистических государств : [учебник] / под ред. Е.А. Васильева. – М. : Междунар. отношения, 1993. – 560 с.

23. Мічурін Є.О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : [монографія] / О.Є. Мічурін. – Х. : Юрсвіт, НДІ приватного права та підприємництва АПрН України, 2008. – 482 с.

Статья посвящена исследованию содержания принципа неприкосновенности права собственности. На основании анализа положений национального законодательства, международных договоров и цивилистической доктрины выделены основные элементы данного принципа и сформулированы выводы и предложения по усовершенствованию его нормативного закрепления.

Ключевые слова: право собственности, неприкосновенность права собственности, ограничение права, лишение права собственности, вмешательство в осуществление права, конфискация.

The article deals with research of principle of inviolability of property rights. On the basis of analysis of provisions of domestic legislation, international treaties and civil doctrine main elements of the mentioned principle are distinguished, as well as conclusions and offers aimed at improving it's legal consolidation are suggested.

Key words: property rights, inviolability of property rights, limitation of the right, deprivation of property rights, interference with the exercise of law, seizure.

УДК 347.23

Ганна Буяджи,

канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
державний секретар
Міністерства юстиції України

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ТРАСТУ

У статті автор аналізує класичні й нові підходи до визначення правової природи довірчої власності, особливостей фідуціарних відносин, а також місця та ролі кожного суб'єкта трасту і специфіки майнових прав довірчого власника й бенефіціара на передане в траст майно. На основі проведеного дослідження автор формулює висновки, які дають підстави для переосмислення можливості використання інституту трасту в країнах континентальної системи права, зокрема й в Україні.

Ключові слова: траст, довірча власність, довірчий власник, бенефіціарій, фідуціарні правовідносини, майновий інтерес, бенефіціарний інтерес, загальне право, право справедливості, «розщеплення» права власності.

Постановка проблеми. Траст, який є одним із найбільш популярних інструментів у країнах загального права, протягом останніх років почав активно використовуватися в країнах, які традиційно не визначали цей інститут. Науковці та практики країн континентального права сьогодні переглядають свої доктринальні підходи до цього явища й формують нове бачення трасту як такого, а також створюють нові правові інструменти, які дають змогу досягати аналогічних цілей, що і траст. При цьому в різних країнах такі інструменти можуть називатися по-іншому, проте за своєю правовою природою бути аналогом трасту або, навпаки, мати таку саму назву, але юридично бути абсолютно іншою правовою конструкцією. Для того, що правильно розуміти й використовувати класичний траст і його похідні, які існують у різних країнах, необхідно визначити його сутність, тобто правову природу. При цьому варто додати, що це необхідно робити, поступово відходячи від класичних підходів, які існували протягом тривалого часу в англійському праві, оскільки частина з них є відверто застарілими й досить часто не відповідає наявним тенденціям застосування трасту навіть у самих країнах загального права. Варто наголосити, що траст уже давно активно використовується в країнах цивільного права та інших правових систем, зокрема і мішаних. Як відомо, траст активно й успішно використовується в канадській провінції Квебек, Ізраїлі, Китаї, Японії, Франції та інших країнах. В Італії, яка довго не визнавала цей інститут, унаслідок ратифікації Конвенції про трасти і їх визнання вже існує можливість створювати трасти через вибір іноземного права. Приклади зміни ставлення та прийняття трасту країнами цивільного права можна продовжувати. Це означає, що настав час переглянути принципові підходи до правової природи трасту й відповідність цього інституту публічному порядку України.

Проблемою визначення правової природи трасту займалася ціла низка закордонних і вітчизняних науковців, серед яких найбільших результатів досягли Ч. Вебб, А.С. Генкін, Р.А. Майданик, Ф.У. Мейтленд, П. Моффат, Г.В. Онищенко, О.У. Скотт, С.О. Сліпченко, Л. Сміт, Д. Хейтон та інші. Проте досить часто українські й російські автори базуються на застарілих концепціях, які вже мають більш науково-історичне, аніж практичне значення, тому іноді навіть останні дослідження в цій сфері не враховують нових підходів у науці та практиці країн загального права і права країн Європи, які почали формувати власну практику із цього питання.

Ураховуючи загальносвітову тенденцію поступового відходу від класичного визначення правової природи трасту в країнах загального права й активне розповсюдження цього інституту в країнах, у яких він раніше був невідомий.

Мета статті – по-новому проаналізувати сутність трасту, його специфічні риси та місце серед інших схожих правових явищ, щоб це максимально відповідало потребам, які виникають у сучасній науці права та судовій практиці.

Виклад основного матеріалу. Як свого часу зазначив О.О. Красавчиков, «категорія «юридична природа» міцно ввійшла в нашу термінологію» [1, с. 229]. Вона активно застосовується в науковій дореволюційній, радянській і сучасній літературі, а також у низці нормативних актів. Практично завжди застосування цього терміна вважається як щось зрозуміле та необхідне в рамках дослідження будь-якого правового явища. Проте, якщо взяти сферу застосування цієї категорії, можна дійти сумного висновку, що, незважаючи на активне використання терміна «правова природа», його сутність, зміст та особливості застосування часто залишаються нерозкритими, тому критичні зауваження О.О. Красавчикова, висловлені більше аніж півстоліття тому, лишаються актуальними й до сьогодні.

Якщо звернутися до теоретиків права, заслуговують на увагу слова С.С. Алексєєва, котрий визначає юридичну природу через юри-

© Г. Буяджи, 2017

дичні характеристики правового явища, які дають змогу побачити структуру, місце та роль серед інших правових явищ відповідно до його соціальної природи [2, с. 227]. Подібне визначення дає І.В. Матвєєв, який зазначає, що звернення до терміна «правова природа» зумовлене необхідністю надавати вичерпну характеристику тому чи іншому юридичному факту, процесу, явищу. При цьому І.В. Матвєєв виходить зі значення самого терміна «природа», під яким зазвичай розуміють сутність, основну властивість чого-небудь. Отже, на його думку, визначити правову природу означає визначити місце правового явища в системі права з виявленням його специфічних істотних ознак [3, с. 5].

Загалом підтримуючи наведені підходи до розуміння поняття «правова природа», спробуємо в рамках статті через аналіз особливостей трасту визначити його роль і місце серед інших подібних правових явищ та інститутів. При цьому варто нагадати, що цей процес дещо відрізняється в юридичній науці країн загального та більш близького нам континентального права, оскільки юристи загального права часто уникають чітких визначень і категоричних формулювань, а частіше намагаються описати сутність досліджуваного явища в межах надання коментарів до конкретних справ.

Окремі дослідники починають характеристику трасту з так званих чотирьох «фундаментальних принципів трастового права», викладених у справі *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Isligton* ВС (1996 р.) [4, с. 3]:

1) справедливість спирається на совість власника майнового права. У випадку трасту совість юридичного власника вимагає від нього досягати цілі, задля яких йому була передана власність (виражений траст або передбачуваний траст) або які закон покладає на нього у випадку його недобросовісної поведінки (конструктивний траст);

2) з того моменту, коли совість власника майнового права «постраждала», він не може бути довірчим власником майна. Це триватиме до тих пір, поки він ігноруватиме факти, які призвели до цього, тобто доти, поки він не усвідомить, що він тримає власність на користь інших (у випадку вираженого трасту або передбачуваного трасту), або ігноруватиме фактори, через які «постраждала» його совість (у випадку конструктивного трасту);

3) щоб створити довірчу власність, трастове майно має піддаватися ідентифікації. Єдиним винятком із цього правила є конструктивний траст, що виникає в особи, яка бере участь у нечесному зловживанні довірою і на яку можуть бути покладені фідуціарні обов'язки, навіть якщо вона не отримує ідентифікованого трастового майна;

4) з моменту створення трасту бенефіціар має майновий інтерес у трастовому майні згідно з правами справедливості. Цей інтерес може захищатися від будь-яких наступних власників майна, окрім особи, яка добросовісно та оплатно набула майновий інтерес.

Варто зазначити, що оперування поняттям «совість» *(conscience)* у трастовому праві походить із тих часів, коли лорд-канцлер почав визнавати трасти й надавати правовий захист вигодонабувачам. Першим фундаментальним обов'язком довірчого власника є виконання умов трасту «на совість», лояльне та альтруїстичне служіння інтересам бенефіціарів, більше, ніж власним (за винятком тих випадків, коли документ про створення трасту дозволяє отримувати доходи на його користь). Порушення цих зобов'язань тягне за собою сувору відповідальність. Із часом поняття совісті почало замінюватися поняттям «добросовісність» *(bona fidae),* правилом «розсудливої людини», зрештою, правилом «розсудливого трасті», що було перетворено у правило «розсудливого інвестора». Але про це йтиметься далі.

Класик англійського права Ф.У. Мейтленд, намагаючись визначити поняття трасту, просто перераховує основні його ознаки, які відокремлюють траст від інших схожих правових інститутів. Він зазначає таке: 1) довірчий власник зобов'язаний використовувати свої права в певний спосіб – на користь іншої особи або для досягнення певної цілі. При цьому особа не стає довірчим власником у тому випадку, коли на неї покладається обов'язок не використовувати чиєсь право в певний спосіб; 2) боржник не є трасті для його кредиторів. Навіть якщо передача або уступка прав на майно була анульовано через шахрайство проти кредиторів, боржник не виступатиме довірчим власником майна, оскільки жоден із кредиторів не може вказати на певну річ або певну сукупність речей і вимагати використання його в певний спосіб. Кредитори мають право лише на персональні позови; 3) траст має відрізнятися від передачі на відповідальне зберігання, хоча дуже часто ці правові інститути мають спільні риси; 4) виконавець або адміністратор заповіту не є довірчим власником щодо спадкоємців, хоча за певних умов він може легко стати трасті й часто бувають випадки, коли складно відрізнити, коли особа діяла як виконавець заповіту, а коли – вже як довірчий власник; 5) на першому місці в предметі трасту мають бути не майнові права, не речово-правовий інтерес у землі, не право власності на товари, а лише персональне право, вигоди від контракту або борг [5, с. 44–50].

З позиції юристів континентального права наведені вище характеристики правової природу трасту викладені досить сумбурно й не системно. Проте кожна з наведених особливостей доповнюється розлогими коментарями з наведенням прикладів, які підтверджують або пояснюють коротко сформульовані тези (якщо такі є взагалі). Після ознайомлення з ними стає зрозуміло, що мається на увазі під трастом і чим він відрізняється від інших правових конструкцій. Це чудовий приклад специфічного способу викладення матеріалу юристами загального права.

Водночас, вивчаючи праці юристів країн загального права, можна, зрештою, систематизувати їхні погляди та призвести їх до певного знаменника. Так, більшість учених виділяють такі специфічні риси трасту, як довірчий характер, розподіл повноважень щодо майна між до-

вірчим власником і бенефіціаром, дія в чужому інтересі. Окремі автори також роблять наголос на тому, що титул, який має довірчий власник стосовно переданого майна, є специфічною формою цільової власності, яка виникає зі специфічних підстав тощо. Багато дослідників також аналізують природу прав бенефіціара, тобто питання: має бенефіціар персональне чи речове право в трастовому майні.

На нашу думку, усі наведені особливості дійсно є характерними для трасту, але все-таки найбільш визначальними рисами трасту є довірчий характер, розподіл повноважень щодо трастового майна і специфіка природи прав бенефіціара й довірчого власника. Тому ми пропонуємо визначати **траст** *як довірчі правовідносини, що виникають між власником (довірителем, установником) і довірчим власником (трасті) внаслідок передачі майна останньому у власність для досягнення суспільно корисної мети й/або для управління ним в інтересах наперед визначених осіб (вигодонабувачів, бенефіціаріїв) на засадах добросовісності, розумності, чесності та розсудливості.*

Почнемо з **довірчого характеру** трасту. У статті ми намагатимемося не цитувати юристів континентального права в частині їхнього розуміння поняття фідуціарності, оскільки, безумовно, мимоволі вони визначають це поняття через призму римського права, якому хоча й були відомі окремі довірчі інститути, проте вони не пов'язані з формуванням ідеї трасту як такого. Крім того, за останні роки це питання багато разів порушувалося в працях вітчизняних і російських юристів, тому певне уявлення вже сформувалося.

У країнах загального права термін «довірчий» *(fiduciary)* досить абстрактний і невизначений. Досліджуючи питання фідуціарності, вчені часто цитують відоме визначення А.У. Скотта (A.W. Scott), який зазначав, що «фідуціарієм є особа, яка бере на себе обов'язок діяти в інтересах іншої особи» [6, с. 540]. При цьому така особа має *duty of loyalty,* тобто обов'язок бути лояльною[1] до іншої особи. Водночас, як підкреслюють дослідники, фідуціарний обов'язок діяти лояльно та добросовісно означає більше, аніж обов'язок фідуціарія діяти чесно і справедливо [7, с. 23]. Більше того, у справі *City Bank Farmers Trust Co. v Gannon* (1943 р.) суд наголосив, що «безроздільна лояльність є найвищим мірилом, не обмеженим рамками класифікованих правочинів... Правило розроблено для того, що знищити будь-які конфлікти лояльності, які можуть укластися у фідуціарні правовідносини» [8, с. 1074].

Традиційна доктрина пояснює обов'язок бути лояльним через призму двох правил – правило «доходу» *(«profit» rule)* та правило «конфлікту» *(«conflict» rule)* [9, с. 198]. Ці правила, напевно, беруть свій початок від рішення у справі *Bray v Ford* (1896 р.), у якому суддя лорд Херчел *(Herschell)* указав, що фідуціарність – це «непорушне правило Суду Справедливості, що особа, яка має фідуціарний обов'язок, не має права отримувати доходи, якщо інше прямо не передбачено; вона не має право ставити себе в становище, у якому її інтереси конфліктуватимуть із обов'язком. На мою думку, це правило не випливає з принципів моральності. Я скоріше вважаю, що воно ґрунтується на людській природі, існує небезпека за таких обставин, що в особи, яка має фідуціарний обов'язок, інтерес переважатиме обов'язок, що порушуватиме права того, кого вона зобов'язана була захищати» [4, с. 801].

Надалі суди різних країн загального права неодноразово підтверджували, що саме обов'язок бути лояльним становить зміст фідуціарності. Наприклад, у справі *Bayer v Beran* (1944 р.) суд зазначив, що «фідуціарій має два найважливіші обов'язки: відповідальність і лояльність... Фідуціарій повинен підпорядковувати власні приватні інтереси своєму обов'язку перед компанією в кожному випадку виникнення конфлікту...» [8, с. 1074].

Зазначений обов'язок покладається передусім на довірчого власника щодо майна, переданого в траст, і стосовно самих бенефіціарів. Проте поняття фідуціарності виходить далеко за межі трастового права. Так, починаючи з кінця XVIII – початку XIX століть, у судових справах поняття довіри фігурувало в різних значеннях і в тих випадках, коли майно передавалося в траст на користь іншої особи, і в тих випадках, коли особа покладалася на пораду експерта або професіонала з того чи іншого питання, і тоді, коли особа, яка могла впливати на прийняття рішення, вважалася другом чи близькою людиною. У всіх таких випадках ішлося про довіру *(confidence)* і траст *(trust),* навіть у тих випадках, коли відносини власне трасту й не виникали. Якщо ж особа зраджувала довіру, застосовувався загальний принцип, за яким суди справедливості мали забезпечити захист постраждалої особи.

З часом поняття «фідуціарність» починає застосовуватися переважно щодо трастів, хоча на практиці до цих пір воно зустрічається у справах, пов'язаних із неправомірним впливом і конфіденційною інформацією. Крім того, довірчими відносинами вважаються відносини, які виникають між компанією та її директором, між принципалом та агентом, між партнерами, соліситором (правовим консультантом) і клієнтом, працедавцем і працівником і навіть між батьками та дитиною. Канадські суди доповнили цей перелік відносинами між лікарем і пацієнтом. У деяких із цих відносинах фідуціарний обов'язок покладається на одного з учасників відносин, в інших, зокрема у відносинах партнерства, фідуціарні обов'язки взаємні [9, с. 192–193].

Г. Моффат (G. Moffat) називає вказані довірчі відносини «деякою мірою» фідуціарними правовідносинами *(some extent fiduciary).* Це

[1] Англійський термін loyalty перекладається в статті як лояльність. Проте це не зовсім точний переклад з огляду на практику, яка склалася в країнах англо-американського права. Пояснення цього терміна дається у тексті.

означає те, що учасники цих відносин мають окремі потенційно фідуціарні обов'язки [4, с. 803]. Суди визначають, є правовідношення фідуціарним чи «деякою мірою» фідуціарним у кожному конкретному випадку, виходячи з обставин справи. У зв'язку з цим найбільш доречним, на нашу думку, буде формулювання, що міститься в рішенні Верховного Суду Канади по справі *LAC Minerals v International Corona Ltd* (1989 р.), у якій він визначив три різні випадки, коли термін «фідуціарність» може застосовуватися: 1) у традиційних категоріях довірчих правовідносин; 2) у випадках, коли специфічний довірчий обов'язок виникає з обставин справи; 3) у випадках захисту порушення права, коли довірчі відносини є фікцією. Під час вирішення питання, чи є правовідносини «довірчими», ми повинні бути впевнені в значенні, у якому ми використовуємо слово, оскільки підґрунтя для його застосування може бути різним [4, с. 804].

Отже, з наведеного дуже короткого екскурсу в теорію фідуціарного права стає очевидним, що ознака фідуціарності хоча і є характерною рисою трасту, але вона не є визначальною, оскільки в англо-американських країнах існує невичерпний перелік фідуціарних відносин, жодним чином не пов'язаних із трастом. Іншими словами, усі відносини трасту є фідуціарними, але не всі фідуціарні – трастовими.

З наведеного виникає логічне питання: які ж саме фідуціарні відносини є відносинами трасту? У принципі відповідь зрозуміла: такі відносини, коли особа на засадах довіри управляє переданим їй у власність майном на користь іншої особи або для досягнення певних цілей. Отже, відносини трасту можна охарактеризувати як фідуціарні правовідносини, у яких наявний майновий інтерес, що виникає внаслідок передачі майна у власність довірчому власнику.

Наразі зупинимося на іншій специфічній характеристиці трасту, а саме на **природі права (або інтересу) довірчого власника та бенефіціара в трастовому майні.** До речі, незважаючи на досить велику кількість наукових робіт, присвячених трасту в Росії та Україні, саме це питання залишається поза їх увагою. Дослідники, як правило, обмежуються висловлюваннями на кшталт того, що довірчий власник зобов'язаний здійснювати управління майном на корить бенефіціара, а бенефіціар має право вимагати від трасті виконання його обов'язків – управління майном відповідно до умов документа про створення трасту й передачі йому доходів від такого управління. Зрозуміло, що така схема виглядає дещо спрощено, але загалом це не далеко від істини. Ще досить часто російські й українські юристи під час дослідження природи прав суб'єктів трасту, базуючись на теоретичних засадах цивільного права, намагаються визначати, є такі права речовими чи зобов'язальними, залишаючи поза увагою той факт, що системі загального права невідомий такий поділ. Натомість англійські юристи розрізняють права речові та персональні, а також права, що виникають із загального права (або базуються на законі), і права, що виникають із права справедливості.

Згідно з доктриною загального права, право (інтерес) довірчого власника в майні базується на законі *(legal title)* і є, по суті, речовим правом *(res in rem)*. Протягом часу існування трасту довірчий власник у силу свого права та чітко відповідно до умов трасту повноважний утримувати майно й визначати, як саме воно має використовуватися. Наприклад, саме він може вибирати, як інвестувати трастове майно. Трасті є перед третіми особами єдиним власником, який має право вимагати від усіх інших осіб утриматися від посягання на майно, передане в траст. Якщо третя особа умисно або з необережності заподіє збитки майну чи знищить його, саме довірчий власник повинен буде подавати позов про відшкодування збитків. Така позиція підтверджена низкою судових прецедентів, а саме: *Leigh and Sillivan Ltd v The Aliakmon Shipping Co Ltd* (1986 р.); *MCC Proceeds Inc. v Lehman Brothers International (Europe)* (1998 р.) [10, с. 31]. Із цього погляду конструкція res in rem, грубо кажучи, близька до конструкції речового права в країнах континентального права.

У свою чергу, бенефіціар із позиції загального права не є власником майна, проте йому належить *майнове право* в трастовому майні за правом справедливості (*equitable title*). Право бенефіціара в майні (*beneficiary's interest*) є персональним правом (*res in personam*). Бенефіціар, згідно з умовами трасту, уповноважений отримувати доходи від управління майном. Отже, якщо довірчий власник прийме рішення інвестувати трастове майно, він повинен зробити це так, щоб бенефіціар (а не довірчий власник) отримав максимальну вигоду. У разі порушення довірчим власником своїх обов'язків бенефіціар має право подати позов особисто проти трасті.

Варто звернути увагу на одну деталь, яка залишається поза увагою вітчизняних дослідників. Як підкреслюють англійські юристи, поняття «право бенефіціара в майні» (*beneficial interest, beneficial title*) не є тотожним поняттю «право за правом справедливості» (*equitable title*). Точніше, не завжди є тотожним.

Як зазначає Ч. Вебб (C. Webb), поняття «право» або «титул» бенефіціара (*beneficial interest, beneficial title*) означає «ексклюзивні права на доходи від переданого майна». Звичайно, коли йдеться про траст, такими правами наділений бенефіціар. У такому випадку ці права є правами за правом справедливості. І, навпаки, за відсутності трасту, тобто тоді, коли особа безпосередньо отримує вигоди з майна, вона є власником майна за загальним правом (*legal title*). У такому випадку власник теж має право бенефіціара на це майно (або інтерес у майні), проте він не має права на майно за правом справедливості.

Отже, в англійському праві використовується термін «право бенефіціара за загальним правом» (*legal beneficial title*) для позначення «безпосереднього» права власності, на противагу «голому» праву за загальним правом (*bare legal title*), яким наділений трасті, коли майно передане в траст. Право за правом справедливості виникає лише після створення трасту і припиняється в момент припинення трасту [10, с. 32–33].

Отже, як довірчий власник, так і бенефіціар одночасно наділені майновими правами

(*proprietary rights*) на трастове майно. Проте ці майнові права можуть співіснувати паралельно, оскільки вони є різними за змістом. Кожне із цих прав породжує своєрідне право на майно та специфічне право на позов у разі порушення прав довірчого власника чи бенефіціара, відповідно.

Аналізуючи таку ситуацію, українські й російські науковці зазначають, що в трасті право власності на майно «*розщеплюється*» між двома особами. На нашу думку, таке формулювання є неточним і дещо викривляє сутність явища, хоча в російських та українських джерелах воно прижилося й не належить до дискусійних питань. Якщо звернутися до класичних праць з англійського права, то виявляється, що вони не оперують поняттям «розщеплення» права власності. Таке питання навіть не виникає, оскільки власник на трастове майно завжди один – це довірчий власник.

Отже, як довірчий власник, так і бенефіціар одночасно наділені майновими правами *(proprietary rights)* на трастове майно. Проте ці майнові права можуть співіснувати паралельно, оскільки вони є різними за змістом. Кожне із цих прав породжує своєрідне право на майно та специфічне право на позов у разі порушення прав довірчого власника чи бенефіціара, відповідно.

Варто наголосити, що в англо-американському праві право власності становить єдиний інститут. Навіть якщо згадувати А.М. Оноре (A.M. Honoré), який виокремив 11 повноважень, що формують інститут власності в загальному праві[2] [11, с. 107–147], це не змінило її правової природи як чогось єдиного й неподільного. Аналогічно юристи континентальної правової системи звикли говорити про тріаду повноважень. При цьому країнам романо-германської правової сім'ї відомі випадки, коли повноваженнями з володіння, користування й розпорядження майном наділені різні особи.

Відомий французький цивіліст-класик цивільного права Р. Саватьє ще в 30-х роках XX століття як приклад «розщеплення» права власності на землю наводив право на розробку надр. За його словами, право на родовища належить державі на основі її права на експлуатацію надр. Власником земельної ділянки залишається та особа, якій ця ділянка належить, вона має право на поверхню ділянки. Це дає їй підстави вимагати певної плати, так званої винагороди, за розробку надр від тих, хто експлуатує нафтове родовище. Як правило, держава передає розробку компанії, яка на підставі договору отримує права на родовище. У цю компанію входять акціонери, які через компанію отримують доходи від розробки. Компанія може укладати довгострокові угоди з нафтоочищувальними підприємствами. Отже, на думку Р. Саватьє, «право власності – сукупність усіх прав, які можна мати щодо майна, – може розщепитися тисячею різноманітних способів між багатьма особами, які мають окремі права» [12, с. 55, 92]. Якщо підходити до поняття «розщеплення» саме як до розподілу прав або повноважень, які входять до права власності, то з наведеним прикладом можна погодитися. Проте очевидно, що в наведеній ситуації (як, зрештою, і в трасті) відбувається «розщеплення» повноважень, а не самого права власності.

Отже, грубо кажучи, відмінність у підходах теоретиків загального й континентального права полягає в тому, яка кількість повноважень виділяється у праві власності і які можливі комбінації таких повноважень. Оскільки в загальному праві таких «виокремлених» повноважень власника більше, то й кількість їх комбінацій у рамках тих чи інших правових конструкцій теж більша. Траст, по суті, є одним із варіантів такої комбінації.

На нашу думку, термін «розщеплення» права власності був привнесений юристами континентального права, які намагалися пояснити явище, коли дві особи мають різні майнові права за загальним правом і за правом справедливості. Спробуємо з'ясувати причини появи теорії «розщеплення» права власності.

Відомі компаративісти К. Цвайгерт і Х. Кьотц наголошували, що під час порівняльного дослідження необхідно максимально абстрагуватися від національної специфіки та відмінностей, що існують у кожній правовій системі, тобто «космополітизуватися». При цьому в одних випадках механізм «космополітизації» передбачає «синтез», тобто об'єднання кількох правових інститутів в один і сприйняття їх як єдиного інституту, а в інших випадках, навпаки, необхідне «розщеплення», як при довірчій власності англо-американського права. За їхніми словами, довірча власність, яка «розглядається в цій правовій системі як єдиний інститут, «розщеплюється» відповідно до потреб правового обороту для вирішення юридичних проблем у різноманітних областях права» [13, с. 68–69].

Історично трасті був власником переданого майна за загальним правом, а бенефіціар – власником за правом справедливості. На практиці це означало, що довірчий власник і бенефіціар мають різні права або, іншими словами, різні повноваження на майно. За словами К. Цвайгерта і Х. Кьотца, «майновими правами на який-небудь певний предмет наділяється декілька осіб так, що одна з них може управляти

[2] У відомій праці «Власність» ("Ownership") А.М. Оноре виділяє 11 повноважень, що формують право власності, а саме: 1) право володіння, тобто виключно фізичного контролю над річчю; 2) право користування; 3) право управління, тобто прийняття рішення, як саме й ким річ може бути використана; 4) право на дохід, тобто на блага, що є результатом особистого користування річчю та дозволу іншим особам користуватися нею; 5) право на відчуження, споживання, марнотратство, зміну і знищення речі; 6) право на безпеку, тобто імунітет від експропріації; 7) право передавати річ; 8) відсутність строку або безстроковість власності; 9) заборона шкідливого використання, тобто обов'язок запобігати використанню речі шкідливим для інших способом; 10) відповідальність у вигляді стягнення, тобто можливість відібрання речі в сплату боргу; 11) існування правил, що регулюють відновлення порушених прав власності [11, с. 107–147].

й розпоряджатися ним як довірена особа, тоді як інші – часто в порядку часової черговості – мають певний обсяг прав на частину доходів від цього предмета» [13, с. 56].

Отже, можливо, теорія «розщеплення» з'явилася, щоб якось теоретично й дуже спрощено пояснити ситуацію, яка має місце в трасті. Проте таке спрощення в цьому випадку призвело до викривлення розуміння сутності трасту, оскільки, на наше переконання, «розщеплення» права власності на майно в трасті не відбувається. Більш точно і правильно говорити, що в трасті довірчий власник і бенефіціари володіють різними майновими правами (або, якщо іншими словами, різними повноваженнями) на майно, передане в траст. Якщо сприйняти саме такий підхід, то видається, що юристам континентального права буде легше розуміти траст як такий, оскільки країнам цивільного права відомий розподіл повноважень щодо майна. У більшості наукових праць вітчизняних юристів відзначається, що «розщеплення» права власності є основною (якщо не єдиною) причиною, через яку траст не може бути введений у право України чи Російської Федерації, оскільки це нібито суперечить публічному порядку, а саме основоположному принципові неподільності права власності. Проте, як було доведено вище, це не так.

Більше того, якщо проаналізувати положення законів про траст, які діють сьогодні у світі, виявляється, що в них теж не йдеться про «розщеплення» права власності. Незважаючи на деякі, іноді навіть досить суттєві відмінності між ними, усі вони передбачають перехід права власності на майно до довірчого власника та наявність певних майнових прав у бенефіціара. Країни, які ввели траст у своє право, не мають того середньовічного підґрунтя, що існувало в Англії та яке сприяло формуванню й розвитку трасту. Частині із цих країн навіть не знайомий поділ права на загальне право та право справедливості. Цей поділ частково втратив своє значення навіть в Англії. За таких обставин твердження, що, наприклад, у Японії довірчий власник є власником трастового майна за загальним правом, а бенефіціар – за правом справедливості, не відповідає дійсності й положенням законодавства. Популярність трасту у світі якраз і полягає в тому, що трасті є єдиним законним власником, тоді як бенефіціар, маючи значні повноваження на майно, не є його власником із погляду закону.

Висновки

Отже, проведений нами аналіз дає змогу встановити, що правова природа трасту полягає передусім у довірчому (фідуціарному) характері таких відносин, хоча далеко не всі фідуціарні відносини є відносинами трасту. По-друге, специфіка трасту передбачає одночасну наявність майнових прав на майно як у довірчого власника, так і в бенефіціара. Це, у свою чергу, зумовлює специфіку майнового інтересу трасті й вигодонабувача, а також способи захисту їхніх прав у разі порушення.

Варто наголосити, що єдиним законним власником майна вважається довірчий власник, тому, на наше переконання, у трасті не відбувається «розщеплення» права власності на майно. Цей термін не використовується юристами загального права, скоріш за все був штучно створений у країнах континентального права під час спроби пояснення специфіки трасту. Насправді в трасті відбувається розподіл майнових прав або, іншими словами, повноважень на майно. Саме ж право власності лишається неподільним.

За таких обставин продовжувати далі стверджувати про невідповідність інституту трасту публічному порядку України, як і, зрештою, інших країн континентального права, – це свідомо обмежувати можливість використання універсального і практичного правового інструмента. Українське цивільне право, як і право будь-якої іншої країни, знає випадки розподілу повноважень між різними особами щодо майна, а відтак воно поступово може сприйняти й концепцію трасту. Тим більше, що практика інших країн, яким невідомий поділ права на загальне право та право справедливості, успішно застосовує цей інститут.

Список використаних джерел:

1. Красавчиков О.А. Юридические факты в гражданском праве / О.А. Красавчиков // Категории науки гражданского права. Избранные труды : в 2 т. – М. : Статут (Классика российской цивилистики), 2005. – Т. 2. – 2005. – 494 с.

2. Алексеев С.С. Общие дозволения и запреты в советском праве / С.С. Алексеев. – М. : Юридическая литература, 1989. – 288 с.

3. Матвеев И.В. Правовая природа недействительных сделок / И.В. Матвеев. – М. : Юрлитинформ, 2002. – 176 с.

4. Trusts Law: Text and Materials (Law in Context) // Moffat G., Garton J., Bean G., Prober R. // UK : Cambridge University Press. – 2005. – 1050 p.

5. Maitland F. W. Equity. Also the Forms of Action at Common Law, Edited by A.H. Chaytor and W.J. Whittaker. – Cambridge University Press, 1910. – 412 p.

6. Scott A.W. The Fiduciary Principle. – California Law Review. Dec. 1949. – Vol. 37. – No 4. – P. 539–555.

7. Penner J.E. The Law of Trusts. – Oxford. Oxford University Press, 4-th ed., 2005. – 546 p.

8. Cooter R., Freedman B.J. The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences. – New York University Law Review, Oct. 1991. – Vol. 66:1045. – P. 1045–1075.

9. McCamus J.D. The Evolving Role of Fiduciary Obligation. Meredith Lectures [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://apps.osgoode.yorku.ca/osgmedia.nsf/0/44C2CA2A5B742EB3852571BE00533814/$FILE/The%20Evolving%20Role%20of%20Fiduciary%20Obligation.pdf.

10. Webb C., Akkouh T. Trusts Law. Palgrave Macmillan. 2008. – 433 p.

11. Honore A.M. Ownership // Guest A.G. Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work. – Oxford : Oxford University Press, 1961. – 292 p.

12. Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права : в 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кётц ; пер. с нем. – М. : Междунар. отношения, 2000. – Том I : Основы. – 2000. – 480 с.

В статье автор анализирует классические и новые подходы к определению правовой природы доверительной собственности, особенностей фидуциарных отношений, а также места и рола каждого субъекта траста и специфики имущественных прав доверительного собственника и бенефициара на переданное в траст имущество. На основании проведенного исследования автор формулирует выводы, которые дают основания для переосмысления возможности использования института траста в странах континентальной системы права, в частности и в Украине.

Ключевые слова: траст, доверительная собственность, доверительный собственник, бенефициарий, фидуциарные отношения, имущественный интерес, бенефициарный интерес, общее право, право справедливости, «расщепление» права собственности.

In this Article the author analyzes classical and new approaches to the determination of the legal nature of trust ownership, peculiarities of fiduciary relationship as well as the place and role of each subject to the trust and the specific nature of the property rights of trustee and beneficiary to the property transferred in trust ownership. Based on the conducted research the author draws the conclusions giving grounds for rethinking the possibility of using the institution of trust in the countries of continental system of law, i.a. in Ukraine.

Key words: trust, trust ownership, trustee, beneficiary, fiduciary relationship, property interest, beneficial interest, common law, law of equity, „splitting" the ownership.

УДК 347.763.3

Тарас Гриняк,

аспірант
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
Національної академії правових наук України

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ПЕРЕВІЗНИКА ЗА ПОРУШЕННЯ СТРОКІВ ДОСТАВКИ ВАНТАЖУ

Статтю присвячено особливостям відповідальності перевізника за порушення строків доставки вантажу. Акцентується увага на ознаках порушення перевізником строку доставки вантажу. Проаналізовано випадки ненастання наслідку у вигляді цивільно-правової відповідальності за прострочення доставки вантажу. Запропоновано авторський підхід до визначення розміру штрафу для перевізника у разі допущення порушення строку доставки вантажу.

Ключові слова: договір перевезення вантажу автомобільним транспортом, порушення договору, цивільно-правова відповідальність, строк договору, прострочення, строк доставки, строк транспортабельності.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших елементів належного виконання перевізником зобов'язань щодо перевезення вантажів є своєчасне виконання ним договірних умов. Так, відповідно до ст. 919 ЦК України перевізник зобов'язаний доставити вантаж до пункту призначення у строк, встановлений договором, якщо інший строк, не встановлений транспортними кодексами (статутами), іншими нормативно-правовими актами та правилами, що видаються відповідно до них, а в разі відсутності таких строків – у розумний строк.

Строк дії договору перевезення вантажу, тобто час, необхідний для його виконання, визначається проміжком часу від моменту прийняття вантажу для перевезення до моменту його видачі одержувачу вантажу у пункті призначення [1, с. 119]. Цей проміжок часу може бути передбачений договором, визначений транспортним статутом або відповідними правилами. Але ані в ЦК України, ані в спеціальних нормативно-правових актах не закріплено конкретного строку виконання договору автомобільного перевезення вантажу. Тому загальні строки доставки вантажу встановлюються, як правило, за згодою сторін у договорі, крім випадків перевезення швидкопсувних вантажів, які встановлюються на нормативному рівні або самим вантажовідправником.

Метою статті є проаналізувати випадки ненастання наслідку у вигляді цивільно-правової відповідальності за прострочення доставки вантажу.

Виклад основного матеріалу. Загальний строк доставки вантажів включає в себе кілька елементів: а) час на вчинення дій, необхідних для відправки вантажу; б) час транспортування, тобто перебування вантажу в дорозі; в) час на видачу вантажу, враховуючи строк на оповіщення одержувача про прибуття вантажу. Сукупність усіх трьох елементів складає строк доставки вантажу від станції відправлення до станції призначення.

Однак транспортним законодавством не передбачено обставин, які не включаються в строк доставки вантажу автомобільним транспортом. Такими обставинами, на нашу думку, мають бути: 1) час затримки відправлення вантажу з вини відправника (якщо завантаження здійснюється його засобами); 2) час очікування вантажу в пункті перевантаження, але не більше 10 годин (для швидкопсувних – 3 години); 3) час затримки вантажу в пункті відправлення або перевантаження на вимогу державних органів, санітарних, карантинних та інших установ. Тобто термін доставки вантажу збільшується на той строк, упродовж якого виникла одна із зазначених вище обставин.

Таким чином, умовою відповідальності автоперевізника за прострочення доставки вантажу є недотримання ним визначеного строку. Зазначений строк визначається з урахуванням відстані, з огляду на дорожні умови між пунктами приймання вантажу для перевезення і видачі його в пункті призначення і встановлюється за домовленістю сторін. Порушення цього терміну означає прострочення в доставці і стягнення з перевізника штрафу.

Однак не в кожному випадку наявності факту прострочення для перевізника наставатиме наслідок у виді цивільно-правової відповідальності. Наслідки прострочення залежать від наявності чи відсутності вини перевізника. Як правильно підкреслив Г.П. Савічев, з наявністю вини закон пов'язує лише наслідки, але не власне факт прострочення [2, с. 43]. Натомість П.Д. Камінська вважає прострочення лише винним невиконанням зобов'язання [3, с. 58].

З цієї тези незрозумілим залишається питання можливості лише винного прострочення. Так, аналізуючи ознаку протиправності діяння як умови настання цивільно-правової відповідальності перевізника, доходимо висновку, що факт протиправності має місце вже тоді, коли дія перевізника не відповідає нормам закону та/або умовам укладеного договору. Більше того, може виникнути й інша ситуація, коли дії перевізника є умисними, але ознак проти-

© Т. Гриняк, 2017

правності не мають, а отже, відсутні підстави для його відповідальності, яка настає внаслідок протиправного порушення суб'єктивних прав вантажовідправника. Таким чином, прострочення перевізником виконання обов'язків за договором перевезення вантажу автомобільним транспортом є невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання незалежно від наявності вини перевізника. Автомобільний перевізник звільняється від відповідальності, якщо доведе, що прострочення в доставці вантажу сталося не з його вини. Оскільки вина перевізника презюмується, то тягар доведення обставин, що зумовили затримку в доставці вантажу і виключають його вину, лежить на автотранспортному підприємстві.

Відповідальність за прострочення доставки вантажу передбачена в декількох нормативно-правових актах. Так, відповідно до ст. 923 ЦК України, у разі прострочення доставки вантажу перевізник зобов'язаний відшкодувати другій стороні збитки, завдані порушенням строку перевезення, якщо інші форми відповідальності не встановлені договором, транспортними кодексами (статутами). Як бачимо, ЦК України формою відповідальності перевізника визначає відшкодування завданих збитків, однак не заперечує й іншого прояву відповідальності перевізника, причому визначатися вона може і в договорі.

Норми ГК України, що визначають відповідальність за прострочення в доставці вантажу, суттєво відрізняються від положень ЦК України. Так, згідно зі ст. 313 ГК України розмір штрафів, що стягуються з перевізників за прострочення в доставці вантажу, визначається відповідно до закону. Сплата штрафу за доставку вантажу з простроченням не звільняє перевізника від відповідальності за втрату, нестачу або пошкодження вантажу, що сталися внаслідок прострочення. Тобто норми ГК України передбачають єдину форму відповідальності перевізника – штраф. Крім цього, законодавче положення про відповідальність перевізника відповідно до закону порушує принцип свободи сторін договору щодо визначення форми і розміру відповідальності при його укладенні.

Спеціальні нормативно-правові акти України містять також відповідні норми. Так, ст. 68 Закону України «Про автомобільний транспорт» передбачає, що за прострочення доставки вантажу до пункту призначення перевізник несе перед вантажовідправником (вантажоодержувачем) відповідальність згідно з умовами договору про перевезення вантажу автомобільним транспортом. Із наведеного випливає, що, перевізник несе за прострочення відповідальність, по-перше, передбачену в договорі, а не в законі, а, по-друге, не лише у вигляді штрафу, тобто інші форми відповідальності не заперечуються.

Як бачимо, у вищевказаних нормативно-правових актах не конкретизується відповідальність перевізника за прострочення доставки вантажу. Однак, аналізуючи дані законодавчі норми можна дійти висновку, що за це порушення перевізник має нести відповідальність у виді сплати штрафу, а також за наявності підстав – відшкодувати завдані внаслідок прострочення виконання зобов'язання збитки відповідно до ст. 923 ЦК України. Кожна зі вказаних форм відповідальності перевізника може виступати як додатковою мірою відповідальності, так і альтернативною.

Виникають певні зауваження з приводу розміру штрафу, встановленого законодавцем для перевізника у випадку допущення порушення строку доставки вантажу. Так, згідно з п. 138 САТ за прострочення доставки вантажу перевізник має сплачувати одержувачу штраф в розмірі 12 % провізної плати за кожен день прострочення, але не більше 60 % плати за перевезення. Тобто максимальний штраф, який зобов'язаний сплатити перевізник за прострочення доставки вантажу, встановлюється за 5 днів, по закінченні яких одержувач має право вимагати відшкодування за втрачений вантаж. Для порівняння з іншими видами транспорту, наприклад, на залізниці встановлено відповідальність за прострочення доставки вантажу залежно від кількості днів прострочення до строку доставки – від 10 до 30% провізної плати [4]. При перевезеннях повітряним транспортом перевізник має сплачувати одержувачу штраф в розмірі 5% плати за перевезення за кожен день прострочення, але не більше 50% плати за перевезення [5]. Отже, за п'ять діб прострочення доставки вантажу залізниця сплачує відправнику 30% провізної плати, автомобільний перевізник за цей самий строк сплачує одержувачу 60% плати за перевезення, а повітряний перевізник – за десять діб лише 50% провізної плати. Зважаючи на відмінність автомобільного перевезення від повітряного, яке характеризується великою швидкістю перевезень вантажу і провізна плата через це за повітряне перевезення значно вища, ніж за інші види перевезення, таке співвідношення розміру відповідальності за прострочення є порівняно виправданим. Невиправданим, на нашу думку, є розмір відповідальності автомобільного перевізника, який удвічі перевищує розмір відповідальності під час залізничних перевезень. Це можна пояснити тим, що норма ст. 138 САТ, яка визначає конкретні розміри відповідальності за прострочення в доставці вантажу під час міжміських перевезень не зовсім відповідає сучасним економічним реаліям і на практиці майже не застосовується. Тому в новому САТ необхідно встановити різні розміри штрафу за прострочення доставки вантажу залежності кількості днів прострочення, які не доцільно обмежувати лише п'ятиденним строком.

Враховуючи вищенаведене, вважаємо, що в новому САТ положення щодо відповідальності перевізника за несвоєчасну доставку вантажу необхідно викласти в такій редакції: «Перевізник сплачує одержувачу штраф (якщо не доведе, що прострочення сталося не з його вини) у розмірі:

1) 10% провізної плати – за прострочення на дві доби;

2) 20% провізної плати – за прострочення на три доби;

3) 30% провізної плати – за прострочення на чотири і більше діб».

Прострочення доставки вантажу під час його перевезення може стати причиною його псування або пошкодження. У цьому випадку, крім сплати штрафу за прострочення його доставки, перевізник зобов'язаний відшкодувати збитки, завдані псуванням, пошкодженням вантажу. Підтвердженням наведеного може слугувати думка Т.Є. Абової, яка, аналізуючи питання застосування норми про відповідальність перевізника за порушення встановленого терміну доставки вантажу, зазначає, що встановлена неустойка не є винятковою. Вона не звільняє автомобільного перевізника (іншу винну сторону) від відшкодування спричинених простроченням збитків в розмірі, встановленому законом. Наприклад, якщо в результаті прострочення доставки вантаж прийшов в непридатний стан, перевізник зобов'язаний крім сплати уповноваженій особі штрафу за порушення строків доставки відшкодувати суму, на яку знизилася вартість вантажу, а за неможливості відновлення пошкодженого вантажу – його вартість [6, с. 478].

Варто зазначити, що в літературі з цього приводу існує й інша думка. Наприклад, В.В. Вітрянський зазначав, що у наведеному прикладі йдеться про два різні порушення різних умов договору перевезення вантажу: недотримання встановленого терміну доставки вантажу і незбереження вантажу, що перевозиться, за порушення яких застосовуються, причому самостійно, різні заходи майнової відповідальність, в першому випадку – штраф за прострочення доставки вантажу, у другому – відшкодування шкоди, завданої втратою, нестачею або пошкодженням (псуванням) вантажу [7, с. 176].

Разом з тим незрозуміло, яким чином обставина наявності чи відсутності заподіяних вантажовідправнику збитків впливає на винятковий характер неустойки, встановленої законом у випадку порушення умови договору перевезення вантажу щодо строку його доставки. Підтвердженням цього можуть служити будь-які інші випадки, коли прострочення в доставці вантажу не спричинило його пошкодження (псування). За таких обставин вантажоодержувачу чи вантажовідправнику не доведеться обмежуватися лише стягненням із перевізника штрафу за порушення строку доставки вантажу, він матиме право на відшкодування збитків, завданих його несвоєчасною доставкою, наприклад, у зв'язку зі зміною цін на відповідні матеріальні цінності. Тому, на нашу думку, позиція В.В. Вітрянського з цього приводу є спірною, оскільки відповідальність перевізника за це порушення виражається не лише у виді штрафу, але й збитків. Крім цього, сторонам надано право своєю домовленістю змінювати характер і розмір відповідальності за допущене порушення.

Аналізуючи питання відшкодування перевізником збитків, завданих внаслідок прострочення доставки вантажу, слід зазначити, що факт прострочення доставки сам по собі не може бути підставою для покладання відповідальності за його псування на автоперевізника. За таких умов відповідальність на перевізника покладатиметься лише тоді, коли буде встановлений причинний зв'язок між допущеним простроченням у доставці та псуванням вантажу. Якщо псування сталося через причини, що залежали лише від вантажовідправника, і пов'язане з будь-якими допущеними ним порушеннями (наприклад недодержання технологічного процесу обробки або виготовлення продукції, відвантаження її в неналежній тарі або упаковці), відповідальність має бути покладена на вантажовідправника, незважаючи на прострочення у доставці вантажу.

У практиці вирішення спорів щодо незбереження вантажу питання відповідальності перевізника за псування вантажів, якщо вони доставлені з порушенням відповідного строку доставки (простроченням), є особливо актуальним тоді, коли перевозяться вантажі, що швидко псуються. Тобто йдеться про випадки доставки вантажу з порушенням терміну його доставки, однак в межах строку його транспортабельності. В юридичній літературі з цього приводу зазначається, що у всіх випадках порушення строків доставки швидкопсувного вантажу і прибуття в пункт призначення зіпсованим необхідно встановлювати причинний зв'язок між допущеним простроченням і псуванням вантажу. Якщо буде встановлено, що псування вантажу сталося лише через прострочення доставки, відповідальність повинен нести перевізник незалежно від того, що строк транспортабельності не є порушеним. Якщо вантаж був доставлений на адресу одержувача в межах строку доставки, однак із порушенням строку транспортабельності і перевізник доведе, що таке псування відбулося з причин, які від нього не залежали, відповідальність має бути покладена на вантажовідправника [8, с. 132].

Однак псування вантажу може бути зумовлене як неправильним визначенням строку його транспортабельності, так і порушенням режиму перевезення. У цьому випадку має вирішуватися питання про солідарну відповідальність вантажовідправника та перевізника.

Коли ж псування вантажу не пов'язане з допущеним простроченням у доставці і перевізник доведе, що таке відбулося з причин, що залежали лише від вантажовідправника (наприклад, завантаження перестиглих овочів та фруктів, не розсортованої продукції тощо), відповідальність має покладатися на вантажовідправника. Таким чином, якщо порівнювати строк транспортабельності з строком доставки, можна дійти висновку, що у разі перевезень швидкопсувних вантажів основним строком для автомобільного перевізника має бути строк доставки.

Достатньо дискусійним є питання з приводу обсягу відповідальності перевізника у такому разі, тобто в якому розмірі перевізник зобов'язаний відшкодовувати завдані простроченням доставки збитки. Так, згідно із ст. 22 ЦК України, збитками вважаються: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або має зробити для відновлення свого

порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода).

Однак ст. 924 ЦК України встановлено відповідальність перевізника за втрату, нестачу, псування вантажу у розмірі фактичної шкоди, тобто вона є обмеженою. Застосовуючи принцип аналогії, можна дійти висновку, що за порушення строків договору перевезення вантажу перевізник зобов'язаний нести відповідальність у розмірі фактичної шкоди, яку було завдано відправнику. І.О. Безлюдько вважає, що це досить недоречно, адже в умовах ринкової економіки встановлення строку договору перевезення вантажу і його виконання має суттєве значення для відправника саме в частині одержання доходів, якщо її права не порушені. А якщо з вини перевізника сталося прострочення договору перевезення вантажу, то чому відправник має нести ці витрати в розмірі упущеної вигоди? У такому разі до збитків мають належати реальні збитки та упущена вигода [1, с. 139].

Погоджуючись із вказаною думкою, вважаємо, що з метою запобігання неоднозначного застосування на практиці ст. 923 ЦК України потребує законодавчого врегулювання положення про те, що за наявності вини перевізника у простроченні доставки вантажу, він має нести відповідальність у розмірі фактичної шкоди, завданої відправнику простроченням виконання договору перевезення вантажу, а також упущеної вигоди.

Висновки

Таким чином, доходимо висновку, що за порушення автомобільним перевізником зобов'язання щодо своєчасної доставки ввіреного йому вантажу в пункт призначення, він має нести відповідальність у виді сплати штрафу, а також за наявності причинного зв'язку між його неправомірними діями та шкідливими наслідками, що настали внаслідок такого прострочення, – відшкодувати потерпілій стороні завдані збитки в повному обсязі.

Список використаних джерел:

1. Безлюдько І.О. Договір перевезення вантажу повітряним транспортом за цивільним правом України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. / І. О. Безлюдько – Київ, 2005. – 139 с.

2. Савичев Г.П. Договор воздушной перевозки: Лекция для студентов юридического факультета госуниверситетов / Г.П. Савичева. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1963. – 43 с.

3. Каминская П.Д. Основания ответственности по договорным обязательствам / П.Д. Каминская // Вопросы гражданского права. – М., 1957. – 58 с.

4. Статут залізниць України : Затв. пост. Кабінету Міністрів України від 6 квітня 1998 р. // Офіц. вісн. України. – 1998. – № 14. – Ст. 548.

5. Правила повітряних перевезень вантажів : Затв. наказом М-ва трансп. України від 14 жовтня 2003 р. // Офіц. вісн. – 2003. – № 46. – Ст. 407.

6. Хозяйственное право: Учебник / Под ред. В.В. Лаптева. – М.: Юрид. лит., 1983. – 478 с.

7. Витрянский В.В. Договор перевозки / В. В. Витрянский. – М.: Статут, 2001. – 176 с.

8. Елдашов Гуламирза Алиф оглы. Гражданско-правовое регулирование перевозки грузов автомобильным транспортом : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Елдашов Гуламирза Алиф оглы. – М., 2006. – 132 с.

Статья посвящена особенностям ответственности перевозчика за нарушение сроков доставки груза. Акцентируется внимание на признаках нарушения перевозчиком срока доставки груза. Проанализированы случаи наступления последствий в виде гражданско-правовой ответственности за просрочку доставки груза. Предложен авторский подход к определению размера штрафа для перевозчика в случае нарушения срока доставки груза.

Ключевые слова: договор перевозки груза автомобильным транспортом, нарушение договора, гражданско-правовая ответственность, срок договора, просрочка, срок доставки, срок транспортабельности.

The article deals with the peculiarities of carrier's liability for violation of the terms of delivery of goods. The attention is paid to features of the carrier's violation of the terms of delivery. The cases of non-occurrence of the consequences in the form of civil liability for delay in delivery of goods are analyzed. The authorial approach to determining the amount of the fine for the carrier in case of the admission of violations of the terms of delivery of goods are proposed.

Key words: contract of carriage of goods by road, violation of a contract, civil liability, term of a contract, delay, term of delivery, term of transportability.

УДК 347.61/.64: 347.512

Ірина Єфремова,
аспірант кафедри цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ЗАХОДИ СІМЕЙНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК СПОСОБИ ЗАХИСТУ СІМЕЙНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ

Стаття присвячена аналізу сутності способів захисту сімейних прав та інтересів і заходів сімейно-правової відповідальності. Сформульовано визначення способу захисту сімейних прав та інтересів і заходів сімейно-правової відповідальності. Проведено порівняння правових категорій «спосіб захисту сімейних прав» та «захід сімейно-правової відповідальності», сформульовано висновок, що вони співвідносяться як ціле та частина.

Ключові слова: заходи сімейно-правової відповідальності, способи захисту сімейних прав, засоби захисту, позбавлення батьківських прав, стягнення аліментів, розірвання шлюбу, відшкодування майнової шкоди.

Постановка проблеми. Будь-яке суб'єктивне право за своєю сутністю не може бути незахищеним. Право, що не захищається, втрачає свою сутність. Визнання цього є першою передумовою формування системи способів захисту сімейних прав та інтересів. Друга передумова знаходиться у сфері позитивного права [1, с. 34–35]. Згідно зі ст. 55 Конституції України від 28 червня 1996 р., права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Ще більш широке правило сформульоване в ч. 3 ст. 124 Конституції України: «Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи». З наведених конституційних положень можна зробити висновок, що суд захищає будь-яке право, що потребує захисту.

Судовий захист сімейних прав та інтересів здійснюється способами, перелік яких міститься у ч. 2 ст. 18 Сімейного кодексу (далі – СК) України. Варто відзначити, що у ст. 18 СК України використовується поняття «спосіб захисту сімейних прав та інтересів». Застосовуючи способи захисту сімейних прав та інтересів, суд в деяких випадках застосовує й щодо особи, яка вчинила сімейне правопорушення, певні заходи сімейно-правової відповідальності. Водночас, акти сімейного законодавства України не містять легального визначення поняття «спосіб захисту сімейних прав та інтересів», що певним чином ускладнює з'ясування його сутності та притаманних йому ознак, а в доктрині приватного права не склалося усталеного погляду щодо поняття «заходи відповідальності у сімейному праві».

Сутність поняття «спосіб захисту сімейних прав та інтересів» можливо встановити через аналіз переліку способів захисту сімейних прав та інтересів, вказаному в ст. 18 СК України, та правил їх застосування. Серед основних положень, в яких закріплюються правила застосування способів захисту сімейних прав та інтересів, можна назвати ст. 55 Конституції України, частина 6 якої наголошує, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. У зв'язку з цим варто уваги, що у нормативно-правових актах застосовуються різні терміни: «заходи», «засоби», «способи» захисту. Ці поняття є близькими за своїм значенням та виступають елементами механізму захисту сімейних прав та інтересів. Проте певна різниця між ними все ж таки є. Для більш успішного з'ясування правової сутності поняття «заходи сімейно-правової відповідальності» та співвідношення його з категорією «способи захисту сімейних прав та інтересів» необхідно відмежувати останню правову категорію від суміжних понять.

У різні часи проблеми відповідальності у сімейному праві були досліджені такими науковцями, як Є.М. Ворожейкін, В.І. Данілін, С.М. Лепех, М.В. Логвінова, В.П. Мироненко, О.М. Нечаєва, З.В. Ромовська, Я.М. Шевченко тощо. Проте у сучасній українській доктрині сімейного права *заходи сімейно-правової відповідальності* як способи захисту сімейних прав та інтересів є малодослідженими, здебільшого аналізуються окремі їх види.

Метою статті є визначення сутності заходів відповідальності у сімейному праві як способів захисту сімейних прав та інтересів та встановлення співвідношення між такими правовими категоріями, як заходи відповідальності у сімейному праві та способи захисту сімейних прав та інтересів.

Виклад основного матеріалу. Серед способів захисту сімейних прав та інтересів особливе місце займають заходи сімейно-правової відповідальності. Визначаючи поняття та сутність заходів відповідальності у сімейному праві, варто зважати на те, що заходи відповідальності у сімейному праві є різновидом заходів юридичної відповідальності. Специфіка заходів відповідальності у сімейному праві у тому, що вони не тільки являють собою певні додаткові обтяження для особи, яка вчинила сімейне правопорушення, а можуть полягати й в інших негативних на-

© І. Єфремова, 2017

слідках, зокрема обмеженнях, позбавленнях суб'єктивних прав тощо.

Заходи сімейно-правової відповідальності можна визначити як певні невигідні покладення особистого, майнового або організаційного характеру, спрямовані на припинення сімейного правопорушення та (або) відновлення порушених прав учасників сімейних правовідносин, що застосовуються у судовому або позасудовому порядку до винної особи, яка вчинила протиправне діяння у сфері сімейних правовідносин, та тягнуть за собою інші додаткові правові наслідки, встановлені законом.

До заходів сімейно-правової відповідальності доцільно віднести такі заходи: визнання шлюбу недійсним (ст.ст. 39–41 СК України), позбавлення права одного з подружжя на рівну частку при поділі майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя (ч. 2 ст. 70 СК України), позбавлення батьківських прав (ст. 164 СК України), позбавлення права бути усиновлювачем, опікуном, піклувальником (п. 4 ч. 1 ст. 166 СК України), відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав (ст. 170 СК України), стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів (ст. 196 СК України), недійсність усиновлення (ст. 236 СК України), скасування усиновлення (ст. 238 СК України) тощо.

Для того, щоб з'ясувати сутність заходів відповідальності у сімейному праві як способів захисту сімейних прав та інтересів, необхідно здійснити аналіз поняття «спосіб захисту». Видається необхідним звернутись до розуміння слів «спосіб» та «засіб» у загальній лексиці, до їх етимології. Якщо «спосіб» у довідковій літературі визначають, зокрема, як дію або систему дій, що вчинюються під час виконання роботи чи здійснення діяльності, то «засіб» характеризується більшою кількістю значень, оскільки поняття засобу означає або певний прийом, спосіб дії для досягнення чогось, або знаряддя (предмет, сукупність пристроїв) для здійснення певної діяльності [2, с. 755, 758]. Зважаючи на зміст наведених визначень, спільним для них можна визнати зв'язок із поведінкою людини, її спрямованістю. Під час використання термінів «спосіб» та «засіб» у юридичній науці відбувається присвоєння їм відповідних ознак правового характеру. Як зазначає професор О.В. Малько, категорія правового засобу пов'язує ідеальне (мета) з реальним (результат), включаючи одночасно як фрагменти ідеального – інструменти (засоби – встановлювання), так і фрагменти реального – технологію (засоби – діяння). Загалом під правовими засобами вчений розуміє правові явища, що виражаються в інструментах (встановленнях) та діяннях (технологіях), за допомогою яких задовольняються інтереси суб'єктів права, що забезпечують досягнення соціально корисних цілей [3, с. 360]. В окреслених випадках, *засіб*, на відміну від способу, має подвійне значення, оскільки розглядається з одного боку, як вияв певної поведінки (діяння, технологія), а з другого, як знаряддя (інструмент, пристрій). Засіб за таких обставин виступає одночасно і об'єктом впливу, і дією, а спосіб – лише дією.

У доктринальних визначеннях способів захисту суб'єктивних прав останнє розкривається через поняття «засіб». На думку Я.В. Тріпульського, способом захисту суб'єктивного права є передбачений законодавством засіб, за допомогою якого може бути досягнуто припинення, відвернення, усунення порушення права, його відновлення та (або) компенсація витрат, викликаних порушенням права [4. с. 9]. Г.П. Тимченко способи захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів визначає як *засоби* здійснення цих прав та інтересів у разі їх порушення чи оспорювання [5, с. 37]. Отже, у зазначених випадках поняття «способи захисту» та «засоби захисту» ототожнюються, що не можна вважати задовільним, оскільки, на наш погляд, способи захисту як цивільних, так і сімейних прав та інтересів являють собою, скоріше, не засоби захисту порушених чи оспорюваних прав, а певний комплекс як юридичних, так і фактичних *дій*, які спрямовані на відновлення порушених прав та законних інтересів учасників сімейних правовідносин.

У зв'язку з цим варто погодитися з Т.М. Підлубною, яка розмежовує способи та засоби захисту цивільних прав та інтересів. При цьому вона підкреслює, що способами захисту є правові прийоми, за допомогою яких зацікавлена особа має змогу відновити своє порушене, оспорюване чи невизнане право та інтерес, а засоби захисту цивільних прав та інтересів – це інструменти реалізації того чи іншого способу захисту [6, с. 12].

У доктрині приватного права способи захисту цивільних прав та інтересів визначають й через поняття «дія». Так, Ю.Д. Притика вказує, що способи захисту є завершеними актами захисту у вигляді матеріально-правових дій або юрисдикційних дій, які спрямовані на усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав або припинення правопорушення, відновлення положення, що існувало до правопорушення [7, с. 34]. Проте доцільно враховувати, що дії, спрямовані на захист порушених прав або усунення перешкод у їх здійсненні, можуть бути і фактичного характеру. Наприклад, у сфері сімейних відносин це може виявлятися у припиненні подружжям спільного проживання після реєстрації недійсного шлюбу, догляд чоловіком за дитиною, щодо якої його батьківство не встановлено, відібрання бабою та дідом дитини у батьків, які жорстоко з нею поводяться. Ці дії мають фактичний, а не юридичний характер, проте спрямовані на захист прав та охоронюваних законом інтересів одного з подружжя чи дітей.

Варто зазначити, що у тлумачному словнику сукупність дій, що мають на меті здійснення чого-небудь, визначається як «захід» [8, с. 274]. Вбачається, більш вірною є думка тих правників, які визначають способи захисту цивільних та сімейних прав та інтересів як певні *заходи*, за допомогою яких відбувається відновлення порушених прав або усунення перешкод у їх здійсненні, зокрема такої думки дотримується І.О. Ромащенко [9, с. 51–52]. Р.А. Майданик також під способами захисту цивільних прав розуміє правоохоронні заходи у вигляді закріплених законом матеріально-правових заходів примусового характеру, за допомогою яких здійснюється відновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на правопорушника [10, с. 109].

Г.В. Чурпіта слушно зазначає, що *спосіб захисту сімейних прав та інтересів* – це визначений законом або договором примусовий захід, що відповідає характеру правопорушення і за допомогою якого забезпечується відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних сімейних прав та інтересів, а також здійснюється вплив на правопорушника [11, с. 83]. Звертає на себе увагу позиція О.І. Антонюк, яка не ототожнює способи, заходи та засоби захисту. На її думку, способи захисту – це поняття, яке змістовно характеризує результат застосування заходів захисту, а захід захисту – це дія чи сукупність дій або утримання від певної дії, спрямовані на захист [12, с. 8]. Вбачається, що немає підстав для розмежування понять «способи» та «заходи захисту», оскільки кожне з них являє собою сукупність дій, спрямованих на захист.

У цьому аспекті визначення способу захисту сімейних прав та інтересів, сформульоване Г.В. Чурпітою, є достатньо повним. Проте у наведеному вище визначенні необхідно звернути увагу на деякі істотні моменти, які не дають змоги повною мірою розкрити поняття «спосіб захисту сімейних прав та інтересів».

По-перше, необхідно визначитися, а чи можуть бути захищені права учасників сімейних правовідносин способами, які не встановлені ні законом, ні договором. У доктрині права давно вже ведеться аналогічна дискусія з приводу способів захисту цивільних прав та інтересів. У зв'язку з цим заслуговує на увагу та підтримки думка А.Г. Яреми, що суд може захистити право особи як у спосіб, передбачений законом, так і у спосіб, який законом не передбачений, але є ефективним, тобто таким, що є адекватним змісту порушеного права, характеру порушення та наслідкам, які це порушення потягло за собою [13, с. 200]. Зазначена позиція вчених-цивілістів поступово знаходить підтримку і у судовій практиці. Так, в узагальненнях Верховного Суду України «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України» акцентується увага на тому, що не можна погодитися з практикою судів, які відмовляють у позові у зв'язку з тим, що позивач, звертаючись до суду, обрав спосіб захисту права та інтересу, не встановлений законом або договором для захисту права чи інтересу, що порушене, невизнане або оспорюється. У таких випадках варто зважати на загальні засади захисту прав, свобод та інтересів, визначених Конституцією України, Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Надаючи правову оцінку належності обраного зацікавленою особою способу захисту, суди мають зважати і на його ефективність з огляду на ст. 13 Конвенції про захист прав та основоположних свобод [14].

На думку Л.В. Красицької, для захисту особистих та майнових прав батьків і дітей може бути застосований будь-який спосіб захисту сімейних прав та інтересів – як передбачений законом чи договором, так і не передбачений ними, але за умови, що він відповідає змісту порушеного права, характеру і наслідкам порушення [15, с. 442]. Зазначена позиція заслуговує на підтримку. Крім того, це положення може бути поширене і на захист особистих немайнових та майнових прав інших учасників сімейних правовідносин.

По-друге, захист порушених прав не вичерпується тільки їх відновленням. Він може полягати також у припиненні правопорушення, усуненні перешкод у здійсненні права, визнанні права тощо. Як слушно зазначає О.І. Антонюк, право на захист виникає у разі не лише порушення прав чи інтересів, але й за його реальної загрози [12, с. 8]. Крім того, закон передбачає такий спосіб захисту сімейних прав та інтересів, як зменшення або обмеження обсягу сімейних прав (зменшення частки одного з подружжя у праві спільної сумісної власності, позбавлення батьківських прав, відібрання дитини від батьків без позбавлення батьківських прав тощо). Тому наведене вище визначення має бути доповнене зазначеними можливостями.

По-третє, способи захисту можуть являти собою не тільки дії, але й утримання від певної дії (припинення правовідношення, припинення дій, які порушують сімейні права тощо) [12, с. 8]. Це положення теж має бути відображене у визначенні способу захисту сімейних прав та інтересів.

Враховуючи зазначені вище уточнення, можна сформулювати таке поняття способу захисту сімейних прав та інтересів. Спосіб захисту сімейних прав та інтересів – це визначений законом чи договором примусовий захід (дія або утримання від дії, яка порушує права учасників сімейних правовідносин) або такий, що не визначений ними, але відповідає характеру правопорушення та забезпечує ефективний захист порушеного сімейного права чи інтересу, за допомогою якого здійснюється визнання, відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних сімейних прав та інтересів, або таких, щодо яких виникла загроза їх порушення, та здійснюється вплив на правопорушника.

Отже, заходи відповідальності у сімейному праві можна віднести до способів захисту сімейних прав та інтересів, застосування яких дає змогу попередити або припинити порушення сімейних прав та інтересів (наприклад, позбавлення батьківських прав, відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав), та до способів, застосування яких має за мету відновити порушене сімейне право і компенсувати втрати, спричинені його порушенням (наприклад, стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, відшкодування завданої майнової та моральної шкоди). Проте серед способів захисту сімейних прав та інтересів є заходи, які не можуть бути віднесені до заходів сімейно-правової відповідальності, враховуючи їх правову сутність, зокрема розірвання шлюбу, стягнення аліментів, поділ спільного майна подружжя тощо. Застосування таких заходів не тягне для особи-учасника сімейних правовідносин невигідних додаткових покладень особистого, майнового чи організаційного характеру. Під час застосування заходів захисту має місце у деяких випадках зменшення майнових прав особи, яка порушила норму сімейного законодавства або суб'єктивне право учасника сімейних правовідносин, проте це не супроводжується осудом поведінки порушника, оскільки вона не була винною. З цього також випливає, що у будь-якому разі під час вживання заходів захисту сімейних прав та інтересів не можна засуджу-

вати порушника за його поведінку, оскільки він діяв без вини, а заходи відповідальності, навпаки, застосовуються разом з осудом правопорушника з боку державних органів.

Висновки

Заходи відповідальності у сімейному праві – це певні невигідні покладення особистого, майнового або організаційного характеру, спрямовані на припинення сімейного правопорушення та (або) відновлення порушених прав учасників сімейних правовідносин, що застосовуються у судовому або позасудовому порядку до винної особи, яка вчинила протиправне діяння у сфері сімейних правовідносин, та тягнуть за собою інші додаткові правові наслідки, встановлені законом. Спосіб захисту сімейних прав та інтересів – це визначений законом чи договором примусовий захід (дія або утримання від дії, яка порушує права учасників сімейних правовідносин) або такий, що не визначений ними, але відповідає характеру правопорушення та забезпечує ефективний захист порушеного сімейного права чи інтересу, за допомогою якого здійснюється визнання, відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних сімейних прав та інтересів, або таких, щодо яких виникла загроза їх порушення, та здійснюється вплив на правопорушника. Заходи відповідальності у сімейному праві є одним із різновидів способів захисту сімейних прав та інтересів, але за своїм обсягом способи захисту сімейних прав та інтересів є значно ширшими за заходи відповідальності.

Розгляд заходів відповідальності у сімейному праві як способів захисту сімейних прав та інтересів містить, безумовно, дискусійні положення щодо віднесення окремих способів захисту сімейних прав та інтересів до заходів сімейно-правової відповідальності, подальший науковий аналіз яких сприятиме підвищенню ефективності способів захисту сімейних прав та інтересів.

Список використаних джерел:

1. Ярема А.Г. Система способів захисту цивільних прав судом / А.Г. Ярема // Вісник Верховного Суду України. – 2009. – № 12 (112). – С. 34–35.

2. Ожегов С.И. Словарь русского языка / под ред. И.Ю. Шведовой. – М. : Русский язык, 1989. – 816 с.

3. Проблемы теории государства и права : [учебное пособие] / под ред. М.И. Марченко. – М. : Юристь, 2001. – 656 с.

4. Тріпульський Г.Я. Процесуальні особливості розгляду спорів, які зв'язані з виникненням, здійснення та зміною особистих немайнових правовідносин між батьками та дітьми : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Г.Я. Тріпульський. – Одеса, 2008. – 20 с.

5. Тимченко Г.П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Г.П. Тимченко. – Харьков, 2002. – 203 с.

6. Підлубна Т.М. Право на захист цивільних прав та інтересів : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Т.М. Підлубна. – Київ, 2009. – 20 с.

7. Притика Ю.Д. Теоретичні проблеми захисту прав учасників цивільних правовідносин в третейському суді : дис. ... доктора юрид. наук : 12.00.03 / Ю.Д. Притика. – К., 2006. – 632 с.

8. Загнітко А.П. Сучасний тлумачний словник української мови / А.П. Загнітко, І.А. Щукіна. – Донецьк : ТОВ «ВКФ «БАО», 2012. – 960 с.

9. Ромащенко І.О. Зміна та припинення цивільного правовідношення як способи захисту цивільних прав / І.О. Ромащенко. – К. : Алерта, 2016. – 242 с.

10. Майданик Р.А. Классификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика / Р.А. Майданик // Альманах цивилистики : сб. статей / под ред. Р.А. Майданика. – Вып. 4. – К., 2011. – С. 107–147.

11. Чурпіта Г.В. Захист сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства : [моногр.] / Г.В. Чурпіта. – К. : Алерта, 2016. – 434 с.

12. Антонюк О І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / О.І. Антонюк. – Харків, 2005. – 20 с.

13. Ярема А.Г. Право особи на ефективні засоби судового захисту цивільних прав та інтересів / А.Г. Ярема // Ученые записки Таврического национального университета им. В.И. Вернадского. Серия «Юридические науки». – 2007. – Т. 20 (59). – № 1. – С. 195–202.

14. Узагальнення Верховного Суду України «Аналіз практики застосування судами ст. 16 Цивільного кодексу України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3

15. Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : [монографія] / Л.В. Красицька. – К. : Видавництво Ліра-К, 2014. – 628 с.

Статья посвящена анализу сущности способов защиты семейных прав и интересов и мер семейно-правовой ответственности. Сформулировано определение способа защиты семейных прав и интересов и мер семейно-правовой ответственности. Проведено сравнение правовых категорий «способ защиты семейных прав» и «мера семейно-правовой ответственности», сделан вывод, что они соотносятся как целое и часть.

Ключевые слова: меры семейно-правовой ответственности, способы защиты семейных прав, средства защиты, лишение родительских прав, взыскание алиментов, расторжение брака, возмещение имущественного вреда.

The paper is dedicated to the analyses of the essence of the means of the family rights and interests' protection. The concept of the determination of the family rights and interests' protection is formulated. The legal categories «mean of the family rights' protection» and «measure of civil and legal liability» are compared; the conclusion about their correlation as a whole and a part is made.

Key words: measures of family and civil liability, means of the family rights' protection, means of protection, deprivation of parental rights, dissolution of marriage, pecuniary damages.

УДК 347.65/.68

Олександр Кухарєв,

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

СПІВВІДНОШЕННЯ АКТІВ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА І ДОГОВОРУ У СФЕРІ СПАДКУВАННЯ

Стаття присвячена визначенню співвідношення актів цивільного законодавства і договору у спадкових правовідносинах. Наголошено, що у відносинах посмертного наступництва переважає імперативне регулювання. Обґрунтовано позицію щодо обмеженого застосування договору у сфері спадкування. Пропонується закріпити у Книзі 6 Цивільного кодексу України спеціальну статтю, що регулюватиме застосування договору у спадкових правовідносинах з урахуванням їх специфіки.

Ключові слова: спадкування, спадкове правонаступництво, договір, імперативність, диспозитивність.

Постановка проблеми. Чинний Цивільний кодекс України (далі за текстом – ЦК) визначив у якості регуляторів цивільних відносин не тільки приписи актів цивільного законодавства, а й договір, закріпивши у ст. 6 право сторін укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам цивільного законодавства. Сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Крім того, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. При цьому у ч. 3 ст. 6 ЦК міститься застереження, за змістом якого сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Правила про саморегулювання договірних відносин, що закріплені у ст. 6 ЦК, пов'язані з дією такої загальної засади цивільного законодавства, як свобода договору. Підтвердженням цього є посилання у ст. 627 ЦК, що розкриває зміст цієї загальної засади, на ст. 6 ЦК.

З. В. Ромовська, оцінюючи зміст ст. 6 ЦК, пише, що норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права [1, с. 42].

Договірне регулювання та саморегулювання у цивільному праві розглядається у площині презумпції диспозитивності його норм [2, с. 127]. Як вважає А. С. Довгерт, нове розуміння сутності диспозитивних та імперативних норм полягає в тому, що ЦК встановив презумпцію диспозитивності норм приватного права [3, с. 14]. Диспозитивною нормою вважають засновану на нормах права правову свободу суб'єктів цивільного права у виборі варіанта поведінки, тобто можливість правомірно, у встановлених межах набувати суб'єктивних цивільних прав і юридичних обов'язків, визначати (формувати) структуру суб'єктивних цивільних прав, здійснювати суб'єктивні цивільні права, використовувати форми (порядок) і способи захисту порушених прав, а також вибирати розмір та форми притягнення до цивільно-правової відповідальності [4, с. 139, 140]. Диспозитивним протиставляють імперативні норми, під якими традиційно розуміються норми, які сторони не можуть виключити або змінити шляхом узгодження іншого в договорі [5, с. 23].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У доктрині цивільного права категорії «диспозитивність» та «імперативність» досліджуються переважно у контексті договірних відносин та договірного права в цілому. Напевне, це й стало ключовою причиною відсутності наукових розробок, предметом яких виступає питання застосування ст. 6 ЦК до спадкових правовідносин. У даному аспекті слід вказати лише на спеціальну статтю О. П. Печеного, присвячену свободі договору у спадковому праві, що вийшла друком у Російській Федерації у 2016 році [6, с. 455–465]. Хоча аналіз юридичної літератури свідчить про наявність низки ґрунтовних робіт, присвячених загальним питанням з'ясування співвідношення актів цивільного законодавства і договору. Це, зокрема, статті М. М. Сібільова [7, с. 56–61] та О. П. Печеного [2, с. 120–135], монографія С. О. Погрібного [8, с. 84–94], а також колективна монографія «Про договір» із серії «Харківська цивілістична школа» (автор відповідного параграфу – І. В. Спасибо-Фатєєва [9, с. 61–84].

Зокрема, М. М. Сібільов сформулював висновок про існування двох базових моделей правового регулювання договірних відносин – внутрішнього регулювання (саморегулювання) та зовнішнього (імперативного, державного регулювання). Суть першої моделі полягає в тому, що сторони можуть скористатися наданою їм можливістю саморегулювання і обмежити коло умов договору лише ініціативними умовами. Це може мати місце, коли акти цивільного законодавства

© О. Кухарєв, 2017

щодо типу (виду) договору, що уклали сторони, взагалі не передбачають кола обов'язкових умов, а також тоді, коли такі умови хоча і передбачені, але не містять прямого застереження про неможливість відступу від цих вимог.

Суть другої моделі полягає в тому, що сторони можуть відмовитися від наданої їм можливості саморегулювання і погодитися на регулювання договірних відносин на підставі імперативних приписів, що містяться в актах цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, укладеного ними. Другою моделлю охоплюється ситуація, за якої акти цивільного законодавства щодо типу (виду) договору, що уклали сторони, не тільки передбачають коло обов'язкових умов договору, а й містять застереження про неможливість відступу від їх вимог [7, с. 59, 60].

На думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, існують три рівня свободи договору, що випливають зі змісту ст. 6 ЦК. Перший рівень є найбільш універсальним: сторони мають право укласти договір, який не передбачений актами цивільного законодавства, але відповідає загальним його засадам. На цьому рівні воля сторін – регулятор їхніх відносин. Другий рівень – середнього ступеня універсальності, за змістом якого сторони можуть урегулювати в договорі, який не передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, не врегульовані цими актами. Тим самим встановлюється підхід до формування джерела права для сторін за остаточним принципом – вони можуть доповнити відповідні законодавчі норми. І, нарешті, третій рівень містить три рівня заборон. По-перше, сторони не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих актах вказано про це; по-друге, якщо обов'язковість для сторін актів цивільного законодавства випливає з їх змісту; по-третє, якщо це випливає із суті відносин між сторонами [9, с. 62, 63].

Суб'єктивне право змінити режим правового регулювання зі звичайного на саморегулювання визначається О. П. Печеним як зміст права на відступлення. Автор справедливо зазначає, що право на відступлення від актів цивільного законодавства застосовується лише в тих сферах, в яких відносини сторін а ргіогі можуть бути врегульовані договором або правочином. Зокрема, недоговірні зобов'язання здебільшого не можуть містити диспозитивних норм та виключають договірне регулювання. У різних інститутах цивільного права ступінь диспозитивності його норм є принципово різною. Якщо у зобов'язальному праві (за винятком деліктного права) він є максимальним, то у нормах, присвячених особам, речовому праву, спадкуванню, диспозитивність виявляється набагато меншою мірою. У цих інститутах, де відносини більш типізовані, правове регулювання має бути усталеним [2, с. 130]. Утім, в іншій своїй роботі, опублікованій пізніше, О. П. Печений формулює такі тези: 1) право на відступлення від положень актів цивільного законодавства поширюється на всі договори, що укладаються між спадкоємцями; 2) ЦК поширює свою дію не лише на договори, але й на односторонні правочини в тому числі і у сфері спадкування [6, с. 455–465].

Метою статті є визначення меж співвідношення актів цивільного законодавства і договору у сфері спадкування.

Виклад основного матеріалу. Розширення диспозитивних засад регулювання цивільних правовідносин, закладене в ЦК, повною мірою торкнулося і спадкових відносин. Ідеться, передусім, про можливість застосування договірної форми регулювання у цій сфері, що взагалі не визнавалося законодавством радянської доби, відповідно до якого особи могли вчиняти лише незначне коло односторонніх правочинів (складення заповіту, прийняття спадщини та відмова від її прийняття). За ЦК спадкоємцям надана можливість змінити черговість одержання права на спадкування та розмір часток у спадщині шляхом укладення відповідних договорів. В окремих випадках склад спадкової маси потребує укладення договорів управління спадщиною та її охорони, а призначення спадкоємцями виконавця заповіту здійснюється у формі договору між ними. Крім того, договором між спадкоємцями та кредиторами спадкодавця може бути визначений порядок задоволення вимог останніх.

Водночас доводиться констатувати, що прояв диспозитивних засад у застосуванні договору як регулятора цивільних відносин у сфері спадкування має певні обмеження. Це пояснюється низкою обставин. Як вже зазначалося вище, в різних інститутах цивільного права ступінь диспозитивності його норм є принципово різною [2, с. 130]. Крім того, призначення спадкового права полягає в забезпеченні саме посмертного переходу прав та обов'язків від однієї особи (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців) в порядку універсального наступництва. Тобто йдеться про такий перехід, що відбувається внаслідок смерті особи, а тому відповідні правовідносини виникають та розвиваються без участі в них власника майна.

У систематиці цивільної правової матерії спадкові правовідносини не належать ні до речових, ні до зобов'язальних. Більш того, слід виділити таку видову особливість спадкових відносин, як відсутність у межах даного виду парної до спадкових відносин категорії [10, с. 192].

Нарешті, спадкове право, як підгалузь цивільного права, має тісний зв'язок не лише з правом власності, а й з відносинами шлюбу, сім'ї, споріднення, що певним чином зближує спадкове право із сімейним. Невипадково окремі автори доходять висновку про тотожність суб'єктів сімейних відносин та відносин спадкування за законом у зв'язку з тим, що останні засновані на родинних відносинах [11, с. 30].

Наведені обставини впливають на функціональне призначення імперативних норм у сфері спадкування.

По-перше, завдяки вміщенню в Книгу 6 ЦК імперативних норм, досягається баланс інтересів тих фізичних осіб, які потребують допомоги у зв'язку з обставинами, що мають істотний характер (вік, стан здоров'я). Часто суб'єктами спадкових правовідносин виступають малолітні, неповнолітні, недієздатні та обмежені в цивільній дієздатності спадкоємці, права та інтереси яких потребують підвищеного забезпечення і захисту. Це зумовило не лише обмеження свободи заповіту шляхом закріплення правила про обов'язкову частку у спадщині (ст. 1241 ЦК), а й включення до спадкоємців за законом п'ятої черги утриманців

спадкодавця, які не були членами його сім'ї (ч. 2 ст. 1265 ЦК); врахування інтересів дитини спадкодавця, зачатої за життя спадкодавця та народженої після його смерті (ст. 1261 ЦК, ч. 2 ст. 1298 ЦК); можливість в судовому порядку змінити черговість одержання права на спадкування (ч. 2 ст. 1259 ЦК). Тобто в цьому разі спадкове право виконує функцію соціальної справедливості, що взагалі не притаманно приватному праву.

Ще І. О. Покровський свого часу писав, що питання спадкування, його справедливих меж є черговим питанням сучасного цивільного права [12, с. 304]. Наведену позицію поділяє і сучасний дослідник Ю. О. Заіка, який пояснює соціально-забезпечувальну функцію спадкування виділенням спеціального принципу спадкового права – державно-правового захисту непрацездатних родичів і членів сім'ї заповідача. Щоправда, на думку автора, соціально-забезпечувальна функція обмежується в спадковому праві лише правилом обов'язкової частки у спадщині [13, с. 30].

По-друге, найбільш повно межі диспозитивного та імперативного проявляються у можливості вчинення правочинів у спадкових правовідносинах. Сфера спадкування характеризується обмеженою дією принципу свободи договору, що виявляється у можливості укладення суб'єктами відповідних правовідносин таких договорів, які прямо визначені у Книзі 6 ЦК, тобто йдеться про закритий (вичерпний) перелік таких договорів. Договори у сфері спадкування мають допоміжний, несамостійний характер. Укладаючи той чи інший договір, сторони не можуть змінити основну мету спадкового наступництва – забезпечення належного переходу прав та обов'язків від однієї особи (спадкодавця) до її правонаступників (спадкоємців). Тобто договори існують в межах такого переходу. Більш того, можливість договірного регулювання допускається в окремих випадках в певних видових правовідносинах. Скажімо, змінити черговість шляхом укладення договору між спадкоємцями можливо лише у разі спадкування за законом. Отже, цілком природно, що внутрішнє регулювання (саморегулювання) обмежене в цьому разі зовнішнім (імперативним) регулюванням.

При цьому імперативне регулювання не може існувати у відриві від диспозитивного, вони повинні органічно доповнювати одне одного. Важливо відзначити, що спадкове право містить чимало диспозитивних норм, які надають можливість: скласти та скасувати заповіт; внести до нього зміни; зробити заповідальний відказ або інші види заповідальних розпоряджень; змінити черговість одержання права на спадкування та розміри спадкових часток; прийняти спадщину або відмовитися від її прийняття. Проте кореляція імперативних та диспозитивних норм у сфері спадкування має особливості, зумовлені специфікою відносин посмертного наступництва.

На нашу думку, правило абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК щодо неможливості сторін відступити від імперативних положень актів цивільного законодавства, коли обов'язковість положень таких актів випливає з їх змісту, підлягає застосуванню саме до спадкових правовідносин. Це зумовлено сутністю останніх, адже, як обґрунтовано наголошується в доктрині цивільного права, спадкове право містить більшу кількість імперативних норм, чим будь-яка інша підгалузь цивільного права [10, с. 534, 535], [14, с. 32]. Імперативні норми за самою своєю суттю спрямовані на обмеження автономії волі сторін. Щодо сфери спадкування, то імперативний уклін заважає сторонам робити будь-які нетипові застереження в договорі або застосовувати договірні схеми, не передбачені у Книзі 6 ЦК. Незважаючи на відсутність прямого застереження в законі, це випливає з природи відносин посмертного наступництва.

Стаття 6 ЦК фактично визначає два види договорів – поіменовані та непоіменовані. При спадкуванні лише визначається можливість укладення певних договорів, причому вони позбавлені детальної нормативної регламентації, що дозволяє віднести їх саме до непоіменованих договорів. Такі договори мають *локальний характер*, адже їх укладення обмежене лише відносинами спадкування, та є *строковими*, що зумовлено можливістю їх укладення протягом шестимісячного строку з дня відкриття спадщини. Договори у сфері спадкування є *нетиповими*, адже знаходяться за межами наявних договірних типів. Загальноприйнятим в цивілістичній літературі є поділ цивільно-правових договорів на групи залежно від юридичних наслідків їх укладання. За таким критерієм договори класифікуються таким чином: договори про передачу майна у власність; договори про передачу майна у тимчасове користування; договори про виконання робіт; договори про передачу результатів творчої діяльності; договори про надання послуг; договори про спільну діяльність.

Договори, що укладаються у відносинах спадкування, важко віднести до жодної з наведених вище груп. Така нестандартність зумовлена, передусім, впливом спадкових правовідносин на договірні, що дає підстави виділити окрему групу договорів, спрямованих на забезпечення посмертного переходу прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців (договори у сфері спадкування).

На нашу думку, застосування абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК у сфері спадкування проявляється в можливості укладення таких договорів, які визначені у Книзі 6 ЦК, тобто йдеться про закритий (вичерпний) перелік договорів. У цьому виражаються обмежені можливості використання договору як інструменту. Наприклад, цивільним законодавством України не передбачена можливість існування договору купівлі спадщини, на відміну від Німеччини, де Цивільне укладення доволі ретельно регулює цей договір (§ 2371– § 2384). У свою чергу, відсутність нормативного закріплення виключає можливість укладення договору купівлі спадщини в Україні.

Аналогічним чином має вирішуватися питання існування договору про призначення спадкоємця, що передбачений зарубіжними правопорядками.

Видається правильним, що у главі 84 ЦК слід закріпити спеціальну статтю щодо застосування договірної форми регулювання спадкових правовідносин з урахуванням їх специфіки.

Крім того, привертає увагу і ч. 4 ст. 6 ЦК, за змістом якої положення першої, другої і третьої цієї статті застосовується і до односторонніх правочинів. У цьому аспекті виникає питання про можливість застосування викладеної норми до односторонніх правочинів у сфері спадкування. Йдеться про такі правочини, як заповіт, прийняття спадщини та відмова від її прийняття. На

нашу думку, свобода односторонніх правочинів у досліджуваній сфері аналогічно має суттєві обмеження. Можна виділити цілу низку імперативних приписів, що стосуються: форми заповіту; обмежень свободи заповідальних розпоряджень правилом про обов'язкову частку; реалізації суб'єктивного права на відмову від спадщини виключно в межах, визначених у ст. 1274 ЦК, та залежно від виду спадкування; прийняти спадщини у спосіб та строки, передбачені законом. Ці обмеження так само проявляються закритим (вичерпним) переліком тих правочинів, що можуть вчинятися у відносинах спадкування. Наприклад, заповідач не може скласти заповіт у формі, відмінній від закріпленої у ст. 1247 ЦК, або такого виду, що не передбачений законом. Крім того, спадкоємець позбавлений можливості прийняти спадщину у спосіб, відмінний від постійного проживання разом зі спадкодавцем на час відкриття спадщини або подання відповідної заяви.

Висновки

Регулювання спадкових правовідносин здійснюється переважно імперативними нормами. Це впливає на обмежене застосування договору як регулятора цивільних відносин у сфері спадкування. Такі обмеження виражаються в закритому (вичерпному) переліку договорів, що можуть укладатися у досліджуваних правовідносинах. Тому пропонується закріпити у главі 84 ЦК спеціальне положення стосовно застосування договірної форми регулювання спадкових правовідносин з урахуванням їх специфіки. Визначено, що договори у сфері спадкування є строковими, нетиповими та мають локальний характер. На підставі сформульованих ознак запропоновано виділити окрему групу договорів, спрямованих на забезпечення посмертного переходу прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців (договори у сфері спадкування).

Список використаних джерел:

1. Кодифікація приватного (цивільного) права України / [А. С. Довгерт, О. А. Підопригора, Д. В. Боброва та ін.]; за ред. А. С. Довгерт. – К. : Укр. центр правн. студій, 2000. – 336 с.

2. Печений О. П. Стаття 6 Цивільного кодексу України: спроба доктринального тлумачення / О. П. Печений // Вісник Академії правових наук України. – 2008. – № 2. – С. 120–135.

3. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. : Істина. – 928 с

4. Романюк Я. М. Правова природа диспозитивних норм цивільного права України / Я. М. Романюк // Вісник Національної Академії правових наук України. – 2016. – № 4. – С. 138–151.

5. Карапетов А. Г. Свобода договора и ее пределы. / А. Г. Карапетов, А. И. Савельев. – М. : Статут, 2012. – Т. 2: Пределы определения условий договора в зарубежном и российском праве. – 453 с.

6. Печеный О. П. Свобода договора в наследственном праве / О. П. Печеный // Свобода договора: Сборник статей / рук. авт. кол. и отв. ред. докт. юрид. наук М. А. Рожкова. – М. : Статут, 2016. – С. 455–465.

7. Сібільов М. М. Співвідношення актів цивільного законодавства і договору та базові моделі регулювання договірних відносин за чинним Цивільним кодексом України / М. М. Сібільов // Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права. – 2004. – № 4. – С. 56–61.

8. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С. О. Погрібний. – К. : Правова єдність, 2009. – 304 с.

9. Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монография / [И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.]; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2017. – 576 с.

10. Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография / [И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др.]; под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков: Право, 2016. – 608 с.

11. Левушкин А. Н. Место наследственного права в системе отраслей российского права / А.Н.Левушкин, О.В.Митрошина // Нотариус. – 2014. – № 1. – С. 29–32.

12. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М. : Статут, 1998. – 353 с.

13. Заіка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія / Ю. О. Заіка. – 2-е вид. – К. : КНТ, 2007. – 288 с.

14. Заіка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заіка, Є. О. Рябоконь. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 352 с.

Статья посвящена определению соотношения актов гражданского законодательства и договора в наследственных правоотношениях. Отмечено, что в отношениях посмертного преемства преобладает императивное регулирование. Обоснована позиция об ограниченном применении договора в сфере наследования. Предлагается закрепить в Книге 6 Гражданского кодекса Украины специальную статью, регулирующую применение договора в наследственных отношениях с учетом их специфики.

Ключевые слова: наследование, наследственное правопреемство, договор, императивность, диспозитивность.

The article deals with the correlation of civil legislation and hereditary contract. It is emphasized that a mandatory regulation prevails in relations of posthumous succession. The point of view as to limited application of a contract in the field of inheritance is grounded. A special article is proposed to assign in the Book 6 of the Civil Code of Ukraine, which will regulate the contract application in hereditary legal relations taking into account their specifics.

Key words: inheritance, succession, contract, mandatory nature, dispositivity.

УДК 159.964.21:313.6(075.8)

Богдан Леко,

канд. психол. наук, доцент,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін
ПВНЗ «Буковинський університет»

МЕДІАЦІЯ В СІМЕЙНИХ КОНФЛІКТАХ І РОЗЛУЧЕННЯХ

У статті аналізується проблема запровадження процедури медіації як альтернативного способу вирішення суперечок і розв'язання конфліктів. Зроблено порівняльний аналіз використання медіації в сімейних конфліктах і розлученнях в Ізраїлі та Україні. Підкреслено зв'язок громадянського суспільства і демократичного шляху розвитку України.

Ключові слова: медіація, Закон «Про медіацію», медіація при розлученнях, громадянське суспільство, демократичний розвиток, Ізраїль, Україна, Раввінський суд.

Пробачити і відпустити...

Постановка проблеми. Розмови та роздуми про необхідність реформування судової системи в Україні в науці та суспільній думці тривають досить довго, щоб громадськість це усвідомила і зрозуміла важливість проблеми. І одним з аспектів цієї реформи повинно стати запровадження процедури медіації як альтернативного способу вирішення суперечок і розв'язання конфліктів різного виду і рівня не лише в юридичній практиці, але й в інших суспільних сферах, де застосування медіації буде не просто виправданим, але й необхідним і оптимальним.

Оскільки медіація як соціальний інститут розвивалася переважно за кордоном, її дослідженням, аналізом переваг і недоліків, особливостей її застосування займалися в основному зарубіжні вчені, зокрема, Л. Фуллер, Х. Бесемер, Х. Бродаль, Р. Буш, Ф. Глазл, Х. Зер, Ч. Каррас, Ч. Ліксон, М. Райт, Т. Глейсер, Ч. Мур та інші. Натомість вітчизняних науковців медіація почала цікавити відносно недавно, переважно через ідею вступу України до Європейського співтовариства і необхідність зміни відповідно до цього її законодавства (В. В. Землянська, В. Жмудь, Г. Єрьоменко, В. Замніус, Р. Коваль, Д. В. Проценко, Д. К. Возьянов, Н. Гайдук, І. Гончар, Д. Давиденко, Т. П. Кучмай, Ю. І. Микитин, Паліашвілі й інші). Та враховуючи ту обставину, що медіація поступово знаходить своє місце в Україні й робиться все більше спроб юридичного запровадження медіаційного процесу в різні галузі життя, доречним вважаємо подальший аналіз аспектів медіації, зокрема особистісного. Перший проект закону «Про медіацію» був внесений у Верховну Раду України 17.12.2010 за № 7481, останній – № 3665 – 04.11.2016 і, як велике досягнення, пройшов перше читання, готується до другого. Як заявила керівник Українського центру медіації Галина Єрьоменко, проект закону проходить нормальний процес обговорення, але вже травень 2017 р., і як кажуть, «віз і нині там». Як заявила відомий адвокат Ірина Калінська, юрист в Україні – це інструмент, це грізна зброя, і дуже важливо, у чиїх руках цей інструмент знаходиться, від цього залежить і результат роботи юриста. Якраз із юристів починається любов або нелюбов до закону. Як Ви думаєте, хто готував проекти закону «Про медіацію» і хто їх гальмує? Здогадайтесь із першого разу.

Метою статті є аналіз проблеми впровадження в Україні медіації як соціального інституту на прикладі її функціонування в державі Ізраїль; застосування медіації під час сімейних конфліктів і розлучень.

Усім відомо, що всі сімейні конфлікти, які з часом призводять до розривання шлюбу, починаються зі слів: «А давай одружимось!»

Ми хочемо цією статтею і тим досвідом, який існує в світі, практично допомогти налагодити сімейні стосунки, аби допомогти цивілізовано провести розлучення. На прикладах двох держав – Ізраїля та України – проведемо аналіз. Варто зауважити, що медіація в Ізраїлі регулюється Законом «Про судову систему» в редакції від 1984 р. і Законом «Про суди по сімейних справах» від 1995 р.

Медіація (гішур-міст) в Ізраїлі – це процес, заснований на системі вирішення конфліктів. Сторони конфлікту отримують підтримку від посередників – професіоналів, які пройшли спеціалізацію з посередництва (медіації), щоб прийти до спільної домовленості. У процесі медіації подружжя зустрічаються в зручних і комфортних умовах, у приємній та спокійній атмосфері. Посередник пом'якшує напругу між сторонами і дає сторонам можливість чітко сформулювати свою позицію з різних питань. Самостійні рішення подружжя є основою договору про розлучення, котрий пізніше отримає силу судової постанови за законом, зрозуміло, після його затвердження судом у сімейних справах або судом раввінським [1].

Чому все-таки варто розлучитися з допомогою посередника (гішур)? За останній період відсоток сімейних пар, які готові розлучитися, очевидно, зростає. У більшості пар, які розлучаються, є діти, тому й число «дітей розлучень» продовжує зростати. Процес розлучення відбу-

© Б. Леко, 2017

вається на двох основних рівнях: на рівні закону (юридичному) і на рівні емоційно-психологічному. На обох рівнях процес розлучень затяжний, і довгий час негативно впливає на всіх членів сім'ї. Світовий досвід показує, що традиційний юридичний підхід підштовхує пару до протиріч і суперечок, і зовсім не служить справжнім інтересам сім'ї. Також стало очевидно, що пари в процесі розставання здатні приймати мудрі і зважені рішення, котрі будуть служити майбутньому їхніх дітей і їхньому власному, питання тільки в тому, щоб ці пари отримали мотивацію ззовні для пошуку свого рішення. Процес медіації дуже підходить для участі в розірванні шлюбного союзу співробітництва подружжя. Парам, особливо з дітьми, допоможе процес медіації, який буде супроводжувати їхнє розлучення. Хоч подружжя і вирішило закінчити свій шлюбний союз, важливо пам'ятати, що вони вели в минулому спільне життя і були посвячені в особливі інтимні сторони життя один одного. Подружжя, напевно, розділяло разом особливі переживання – як хороші і ті, що зближають, так і турботи і переживання. Щоб віддати належне спільному минулому, а особливо позитивним моментам, цілеспрямовано завершити свої стосунки в атмосфері взаємної поваги, потрібна медіація. Що стосується теперішнього, процес розлучення буде легшим і менш болючим, якщо подружжя утримається від боротьби через суд. Якщо у пари є діти, то звернення до медіації допоможе уникнути важкої травми протистояння, уникнути дилеми подвійної вірності і постійного стресу у зв'язку із судовим процесом. Є пари, котрі розлучаються через відсутність минулої пристрасті і романтичного кохання, але вони хочуть зберегти глибоку прив'язаність і дружбу, котра дотепер існує між ними. Для них медіація – це спосіб розлучитися і залишитися друзями. Потреба в згоді і турботі про майбутнє своїх дітей буде існувати всі роки після розлучення. Ще одна з причин вибрати медіацію – це не упустити шанс, навіть незначний, знову повернутися до сімейного життя. Однак поведінка подружжя після оголошення про намір розлучитися може вплинути на їхній шанс до можливого зближення наново. Але, на жаль, їхні почуття настільки ображені в процесі судової тяжби, що дорога до зближення повністю перекрита. Особливо важливим є той факт, що розведене подружжя виконує вимоги договору, який розрахований на тривалий час. Досвід показує, що у разі, коли подружжя самі складають умови договору, відсоток виконання договорів значно вищий, ніж коли умови договору диктуються суддею. Співробітництво між батьками позбавляє їхніх дітей від прийняття сторони одного з подружжя, надаючи перевагу одному і залишаючи іншого. Процес медіації сприяє підтримці зв'язку між батьками, родичами і дитиною, цей зв'язок украй необхідний для нормального розвитку дитини у будь-якому віці. Звичайно, процес медіації проходить швидко й оперативно, допомагає економити великі витрати грошей на судові збори і час на судовий процес. За допомогою медіації сторони керують темпом просування процесу, а також дотримується приватність, виконання якої неможливо у разі звернення до суду. З особистої точки зору медіація здатна підкріпити самооцінку самої пари. Подружжя зрозуміє, що воно здатне керувати своїми переговорами і вирішувати проблеми разом. Більше того, медіація формує в пари вміння вести переговори, котре обов'язково знадобиться їм у майбутньому у разі вирішення нових проблем. Немає сумніву, що завершення подружнього зв'язку – процес болючий і важкий для родичів, а особливо для дітей. Звертання за допомогою медіації не збереже від цієї гіркоти і не перетворить розлучення на приємну процедуру. Однак конструктивне співробітництво між чоловіком і жінкою у процесі розлучення – на стадії підготовки і коли вони вже живуть окремо – суттєво полегшить адаптацію дітей до нових умов.

Основна мета медіації стосовно подружжя – дати їм можливість досягти домовленості в процесі, правильно розлучитися і розійтися за законом.

Вибір посередника при медіації. Сьогодні тисячі посередників пропонують свої послуги в різних галузях, але тільки 5 % із них працюють у сфері сім'ї та розлучень. Як і в багатьох спеціальностях, нагляду і регуляції в медіації немає, і будь-хто може оголосити себе посередником у справі розлучень, головне – мати певний професійний рівень.

Етапи процесу медіації під час розлучення. Процес медіації починається з інформації про саму сім'ю і тих кроків, які зробило подружжя у зв'язку з розлученням. Як і в кожному процесі, після того, як посередник пояснив, чим є процес медіації – сторони повинні висловити згоду з основними правилами і підписати бланк про їхню участь у цьому процесі. На наступному етапі сторонам потрібно визначити основні напрями діалогу. Кількість зустрічей (медіації) з посередником варіюється залежно від пари, складності питання і готовності подружжя досягнути домовленості. Здебільшого процес триває від 3 до 6 зустрічей. Після завершення процесу медіації посередник напише короткий зміст тих рішень, котрі прийняло подружжя з усіх питань. Це може називатися записом про взаєморозуміння і бути базою для договору про розлучення, котрий буде в суді. Сам договір складається з допомогою адвоката. У суді із сімейних справ (або раввінському суді) можна буде підтвердити договір, а потім раввінський суд здійснить обряд вручення *гета.* Примітка: 1. Раввін означає вчитель. 2. Іудаїзм – це спосіб життя. Євреї сприймають іудаїзм не як релігію – для них це, по суті, повноцінний спосіб життя. Розглядаються тільки причини духовного – бажання бути ближче до Творця світу і розділити з єврейським народом реалізацію цілей, котрі Він перед ними поставив. Все!!!

Порядок проведення зустрічей медіації. У медіації з питань сім'ї більшість зустрічей буде проводитися за участю обох членів подружжя. Однак можуть бути ситуації, коли необхідна зустріч окремо з кожним із них. Посередник сформулює свої правила стосовно окремих зустрічей ще із самого початку, коли

встановлюються основні правила медіації. Одна з причин для окремої зустрічі – перевірити наявність випадків насилля в сім'ї (такий факт сильно вплине на подальшу роботу з парою). Ще ймовірна причина – дати можливість сторонам порушити ті проблеми, про котрі вони бояться або не хочуть говорити на спільних зустрічах. В особливих випадках, коли вся медіація відбувається в рамках окремих зустрічей, посередник буде грати роль «опосередкованого посла», і його роль буде обмежуватися так званою «човниковою дипломатією». У такій ситуації, можливо, пара досягне договору про розлучення, але характер стосунків залишиться напруженим і проблемним.

Участь дітей у процесі медіації. Як правило, діти не повинні брати участі у процесі медіації, однак часом їхня участь необхідна, коли вони є центром конфлікту. Посередники з достатнім досвідом у сімейній медіації або у справах дітей, звичайно, частіше залучають дітей до процесу медіації. Тому парам, у котрих спір пов'язаний із дітьми, бажано вибрати посередника з досвідом у сфері сімейної терапії, а не просто посередника з юридичною базою. Посередник може зустрітися з кожною дитиною окремо або з усіма дітьми разом і без присутності батьків. Після цієї зустрічі з дітьми батьки отримують від посередника повідомлення про те, як діти почуваються, про їхні страхи і переживання і про їхні важливі побажання, звичайно, якщо діти дали згоду посереднику, що ця інформація буде розказана батькам. Ці повідомлення допоможуть батькам досягти правильних рішень про майбутнє своїх дітей у юридичному розділенні обов'язків з опіки над ними. Можливо, посередник запросить дітей на сумісну з їхніми батьками зустріч, щоб відкрито обговорити можливі домовленості батьків, які стосуються самих дітей безпосередньо. Подеколи посередник запрошує дітей тільки в кінці процесу медіації, щоб перевірити їхнє ставлення до договору, який планується між батьками, за пунктами, які стосуються дітей. Реакція дітей може виявити фактори, про які батьки не здогадувалися раніше. Участь дітей у процесі медіації не менш важлива і для самих дітей. У них є можливість зрозуміти більш чітко все, що відбувається в сім'ї, і це є запорукою того, що в майбутньому діти менше будуть перебувати під впливом тривоги і непорозуміння. Сама зустріч засвідчує дітям, що батьки пробують залагодити конфлікт спокійно і не намагаються вести конфронтацію між собою. Діти, які беруть участь у зустрічах із медіації, осмислюють, що батьки прислухаються до їхніх побажань і потреб, що вони не забуті і не відкинуті в розпалі наявної кризи. У будь-якому разі відповідальність за прийняття рішення, певно, буде в руках батьків. Діти можуть висловити свою думку і побоювання загрози, але самі рішення будуть приймати батьки.

Участь у медіації спеціалістів. Здебільшого адвокати, радники або представники суду не беруть участі у зустрічах із медіації, а тільки залишаються в тіні подій. Насправді, як правило, тільки посередник і подружжя присутні під час процесу медіації [1].

Усім відомий вислів: «Міцна сім'я – міцна держава». Цим реченням можна повністю охарактеризувати все, що відбувається в Україні, на предмет впровадження медіації взагалі і, зокрема, в сімейних конфліктах і під час розлучень.

Споконвіку три професії – лікар, священик та адвокат – це ті професії, де має бути збережена таємниця спілкування. І коли в тебе виникли проблеми, які вже сам не можеш вирішити, ти йдеш до того, в кому впевений, що він нікому не розповість про твою проблему. До того, хто вміє берегти чужі таємниці.

Ми пропонуємо позасудовий спосіб вирішення спорів у сімейних конфліктах за допомогою медіації. З дозволу клієнта ми залучаємо опонентів, другу сторону, сідаємо за стіл перемовин – не завжди разом, бо часом опоненти один на одного дивитися не можуть. Спочатку зустрічаємося по черзі з кожною стороною, вислуховуємо істинні причини спору, а не ті, що записані у предметі позову. Відбувається декілька таких зустрічей – власне, це і є суть медіації. З кожною стороною окремо спілкуєшся і займаєшся рефреймінгом, тобто перефразуванням сказаного. Наприклад, клієнтка сказала, що її чоловік «негідник». Я прошу клієнтку: «Розтлумачте, що ви маєте на увазі?» І вона мені говорить: «Він негідник, тому що не миє посуд і не виносить сміття!» А чоловік клієнтки при цьому думає, що він – негідник, тому що поганий у ліжку. Тобто у кожної зі сторін абсолютно своє, «дивовижне» тлумачення однієї й тієї ж фрази. А коли все з'ясовується й коли ми чоловіку рефреймимо фразу його дружини, що ж вона мала на увазі, то він каже: «Нема питань, я буду мити посуд й виносити сміття». І конфлікт вичерпано! Ще одну сім'ю врятовано від розірвання шлюбу [2]. Часом здається, що все легко і просто. Водночас медіація – це не панацея. З іншого боку, на наш погляд, так можна вирішити все, якщо рівень вихованості людей є досить високим, якщо люди мають у житті високі моральні цінності й розуміють, що мудрі люди завжди знайдуть змогу почути один одного й домовитися так, щоб кожна зі сторін була задоволена результатом перемовин.

Якщо говорити про стандарти надання послуг із медіації, то варто зазначити таке.

1. Підготовка медіаторів – дуже тонка справа; часом теорія, практикум, тренінги нічого не дадуть, якщо кандидат у медіатори не може мислити критично, логічно і латерально; тут уже спрацьовує професійна придатність. Яке у клієнта буде враження від такої медіації у такого юриста-медіатора? Як кажуть: «Неважливо якого кольору кішка, головне, щоб вона ловила миші».

2. Готовність суспільства до медіації. Наша спільнота не готова брати на себе відповідальність, бо це почуття відповідальності йому не привите (батьками, школою, державою тощо). А в Європі це діє, бо там привите почуття відповідальності змалечку – початкове виховання, культура спілкування та співіснування. Люди повинні свідомо йти на медіацію, а не чекати дива від харизматичної особи, яка гарно поспілкується з клієнтом.

І про роль органів місцевого самоврядування та виконавчої служби. У нас, на жаль, якщо не буде відповідного розпорядження – щось запровадити взагалі майже не реально. Тому для того, щоб б це запрацювало, повинна бути «воля» зверху. А для того, щоб нам горіло зелене світло, чиновники повинні насамперед зрозуміти: а що мені із цього. А чи готові чиновники до таких відносин? На той момент, коли вони «були людьми» – все сприймалося, але як тільки в тих самих людях «прокидався чиновник» – ні про яке впровадження альтернативних способів мови не велося. «Ось коли буде зверху вказівка – будемо впроваджувати». Будуть, але як? Хто? [5].

Взагалі, медіація та конфліктологія – дуже цікаві речі, і якщо з їх допомогою й не вдасться вирішити 100 % конфліктів, то цілком реально внести до цих конфліктів позитив. Медіатор із харизмою може рекомендувати парам, що розлучаються, таке: «Кожна наступна жінка чи чоловік кращий або гірший рівно в два рази від попередньої чи попереднього». Ключовим словом тут є в **два рази,** і це правило діє однаково не тільки в Ізраїлі та Україні, а й у цілому світі.

«Щоб стати на ноги, Україна повинна відмовитися від багатовекторності ціннісних орієнтацій, позбавитися постколоніальних та пострадянських рудиментів, викохати харизматичного лідера...». Що таке громадянське суспільство? Це коли кожен громадянин бере на себе відповідальність за все, що відбувається в його країні і має можливість вплинути на прийняття суспільством рішень. От і все [4].

«Немає у нас ніяких братніх народів під час війни. Є єдиний Український народ, який прямує в Європу, і є російський народ, який знаходиться в глибокій кризі...» У них не криза, а Путін є головою мозку. Саме не пройде – тільки операція. (Петро Порошенко, Президент України, 21.08.2015, відповідь Порошенка на слова Путіна, що росіяни й українці – один народ). На нашу думку, **закон «Про медіацію»**, яким би він не був досконалим, щоб він працював на людину, щоб медіаторів шукали і вони були затребувані, проходитиме разом з формуванням в Україні національної ідеї, побудови громадянського суспільства, що безпосередньо пов'язано з необхідністю розбудови державності, оскільки вдосконалення суспільства є необхідною умовою демократичного розвитку України.

Список використаних джерел:

1. Сюзан З. Развестись и остаться друзьями / Зайдель Сюзан. – Хайфа; Аскамод, 2004.

2. Калінська Ірина. Офіційний сайт: http://www. mediate. org. ua/page 129411. Html

3. Таран І. Вечірні думки про медіацію / Ірина Таран // Офіційний сайт: http://www. mediate. org. ua/page 122515. Html

4. Грабовська Ірина, Пахльовська Оксана. Газета «Україна молода». –03.12.2014.

5. Леко Б. Медіація : підручник / Леко Б., Чуйко Г. – Чернівці: Книги – XXI, 2014. – 520 с.

В статье анализируется проблема внедрения процесса медиации как альтернативного способа решения споров и развязывания конфликтов. Сделан сравнительный анализ использования медиации в семейных конфликтах и разводах в Израиле и Украине. Подчеркнута связь гражданского общества и демократического пути развития Украины.

Ключевые слова: медиация, Закон «О медиации», медиация при разводах, гражданское общество, демократический путь, Украина, Израиль, Раввинский суд.

In the article the problem of introducing mediation procedure as an alternative way of resolving disputes and conflict resolution. The comparative analysis of the use of mediation in family conflicts and divorce in Israel and Ukraine.

Key words: Mediation, Law „On mediation" divorce mediation, civil society, democratic way, Israel, Ukraine, Rabbinical Court.

УДК 341.9

Дар'я Мінченко,

магістр міжнародного бізнес права
Лондонського університету Королеви Марії,
юрист Юридичної фірми «Юрлайн»

ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ СТАТУС УЧАСНИКІВ СУДОВОГО ПРОЦЕСУ У СПРАВАХ ПРО ВИЗНАННЯ ТА ВИКОНАННЯ РІШЕНЬ ІНОЗЕМНИХ СУДІВ В УКРАЇНІ

Наукову статтю присвячено встановленню суб'єктного складу цивільних справ про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Досліджено процесуальний статус учасників даної категорії цивільних справ, визначено обсяг їхніх процесуальних прав та обов'язків. У статті встановлено перелік та сформульовано визначення кожного із суб'єктів провадження з визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні.

Ключові слова: цивільний процес, іноземний елемент, учасники судового процесу, процесуальний статус, судове рішення, іноземний суд, визнання та виконання рішення.

Постановка проблеми. Питання про суб'єктний склад у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні законодавчо належним чином не вирішено та є одним із найменш опрацьованих у юридичній літературі.

У ст. 26 ЦПК України, що закріплює перелік осіб, які беруть участь у справі, взагалі не згадуються особи, які беруть участь у даній категорії цивільних справ. У зв'язку з тим, що визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні є самостійним видом провадження в цивільному судочинстві, до нього не можуть бути застосовані положення ч. 1, 2 ст. 26 ЦПК України стосовно суб'єктного складу справ позовного, наказного та окремого провадження.

Норми Розділу VIII ЦПК України також не містять чіткої відповіді на питання про склад осіб, що беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. У даному розділі, у Главі 1, присвяченій справам про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, йдеться лише про особу, що подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суд,у та боржника, а у Главі 2, що визначає порядок визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, вказані лише заінтересовані особи, при цьому заінтересованою особою називається як особа, яка звертається до суду з клопотанням про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню (ч. 1 ст. 400 ЦПК України), так і інша сторона у справі, якій суд пропонує подати можливі заперечення проти цього клопотання (ч. 1 ст. 401 ЦПК України).

Немає єдності у питанні визначення суб'єктного складу справ про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні й у судовій практиці. У справах про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду суди часто називають учасників судового провадження стягувачем та боржником [1; 2]. Проте частіше трапляються такі судові рішення, де особа, яка звернулася з клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, названа заявником [3; 4; 5]. У Постанові Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» щодо вказаних суб'єктів одночасно використовуються як термін «стягувач», так і термін «заявник». Вказане зумовлює актуальність та необхідність наукового дослідження проблеми визначення процесуального статусу учасників судового процесу у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Питанню про суб'єктний склад та процесуальний статус учасників цивільних справ про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні приділено недостатньо уваги в юридичній науці. Лише окремі аспекти даної проблеми висвітлювалися у працях таких науковців, як: В. А. Бігун, М. М. Богуславський, О. І. Євтушенко, Р. В. Зайцев, О. Кармаза, В. В. Комаров, С. Г. Кузьменко, М. О. Лев, Н. І. Маришева, Ю. Д. Притика, А. О. Філіп'єв, Т. Я. Фортуна, С. Я. Фурса, Г. А. Цірат, Ю. В. Черняк, М. Й. Штефан та ін. Однак остаточно проблема визначення процесуального статусу суб'єктів судового провадження з визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні залишається невирішеною.

Метою даної наукової статті є встановлення суб'єктного складу та визначення процесуального статусу учасників цивільних справ про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні.

© Д. Мінченко, 2017

Виклад основного матеріалу. Терміни «стягувач» та «боржник» застосовувалися до учасників справ про визнання та виконання в Україні іноземних рішень у Законі України від 29 листопада 2001 року «Про визнання та виконання в Україні рішень іноземних судів». Відповідно до визначення, що містилося у даному законі, стягувач – будь-яка фізична або юридична особа, на користь чи в інтересах якої постановлено рішення іноземного суду і яка звертається з клопотанням про його визнання та виконання на території України; боржник – будь-яка фізична або юридична особа, яка за рішенням іноземного суду зобов'язана виконати певні дії на користь чи в інтересах стягувача. Однак вказаний закон втратив чинність, а тому немає достатніх правових підстав для того, щоб продовжувати використання закріпленої в ньому термінології. Водночас використання терміна «стягувач» для позначення особи, яка звертається до суду з клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду все ж трапляється в науковій літературі [6, с. 1099].

Взагалі, стягувач і боржник – це сторони виконавчого провадження. Як закріплено у ст. 15 Закону України «Про виконавче провадження», стягувачем є фізична або юридична особа чи держава, на користь чи в інтересах яких видано виконавчий документ. Боржником є визначена виконавчим документом фізична або юридична особа, держава, на яких покладається обов'язок щодо виконання рішення. Із цього положення виходив і Конституційний Суд України, зазначивши у своєму Рішенні від 31 травня 2011 року № 4-рп/2011 у справі № 1-18/2011 за конституційним зверненням громадянки Сінюгіної Ірини Іванівни щодо офіційного тлумачення положень частини першої статті 376 у взаємозв'язку зі статтями 151, 152, 153 Цивільного процесуального кодексу України, що статусу стягувача і боржника сторони набувають після відкриття виконавчого провадження як у разі виконання рішення суду, яким закінчується судовий розгляд справи, так і у разі виконання ухвали суду про забезпечення позову. Відповідний підхід простежується й у нормах ЦПК України. Так, відповідно до ч. 2 ст. 368 ЦПК України за видачею виконавчого листа може звернутися особа, на користь якої ухвалене судове рішення. Стягувачем така особа не названа. Водночас після видачі виконавчого листа у разі необхідності виправити помилку, допущену під час його оформлення або видачі, чи визнати виконавчий лист таким, що не підлягає виконанню, до суду вже може звернутися стягувач (ч. 2 ст. 369 ЦПК України). Отже, з аналізу норм ЦПК України можна зробити висновок, що стягувачем у цивільному процесі вважається особа, на користь якої не лише було ухвалене судове рішення, а й було видано виконавчий документ.

У зв'язку з вищевказаним особу, яка подає клопотання про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, необхідно називати не стягувачем, а заявником. Термін «стягувач» може використовуватися лише стосовно особи, якій вже надано дозвіл на виконання іноземного судового рішення на території України. Стосовно іншого суб'єкта у цій категорії цивільних справ варто застосовувати законодавчо визначений термін «боржник».

Певні запитання породжує й проблема визначення суб'єктного складу у справах про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню. Як уже зазначалося, у ЦПК України до всіх учасників даного провадження застосовується термін «заінтересовані особи», що може викликати плутанину у визначенні процесуального статусу таких суб'єктів.

У судовій практиці особу, яка звертається до суду з клопотанням про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, частіше всього називають заявником, а іншого учасника – заінтересованою особою [7; 8]. В якості заінтересованих осіб до цих справ, як правило, залучаються учасники судового процесу в іноземному суді (наприклад, у справах про позбавлення батьківських прав – особа, позбавлена батьківських прав стосовно дитини), органи державної влади чи місцевого самоврядування, які уповноважені здійснювати реєстрацію прав, фактів чи станів, встановлених іноземним судовим рішенням, або інші органи чи особи, від яких залежить реалізація (не пов'язана з примусовим виконанням) іноземного судового рішення на території України.

Як і в інших видах проваджень у цивільному судочинстві, особи, які беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, можуть брати участь у цивільній справі особисто або через представника. Можливість мати представника у справі широко використовується у судовій практиці під час розгляду судами даної категорії справ, особливо учасниками процесу, які є іноземцями.

Спірним є питання стосовно можливості залучення до участі у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні таких процесуальних суб'єктів, як треті особи. Так, С. Я. Фурса та О. І. Євтушенко вказують, що якщо в процесі розгляду справи арбітражним судом не брала участь третя особа, то така особа все-таки має право заперечувати проти його визнання судом України, оскільки наступний регресний позов буде порушувати її права [9, с. 241].

З приводу даної точки зору варто зауважити таке. Як закріплено у ч. 1 ст. 26 ЦПК України треті особи є особами, що беруть участь у справах позовного провадження. Хоча деякі науковці й наполягають на можливості запровадження інституту третіх осіб і в інших провадженнях, зокрема в окремому провадженні [10, с. 28], наказному провадженні [11, с. 16] чи виконавчому провадженні [12, с. 85], все ж треба зауважити, що третіми особами є лише ті суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин, які вступають у цивільний процес, втручаючись у спір про право, який виник між сторонами та з приводу якого вже відкрито судовий процес. За відсутності спору про право та спірних правовідносин як предмета судового розгляду не може бути

таких суб'єктів цивільного процесу, як сторони та треті особи. Як справедливо зазначається в юридичній літературі, хоча треті особи й не беруть участі у формуванні первісного спірного матеріального правовідношення, у зв'язку з тим, що вони включаються у цивільно-правовий спір, їхня участь можлива лише в порядку позовного провадження [13, с. 113].

Тому навіть у тому разі, коли рішення іноземного суду ухвалювалося в порядку позовного провадження, його визнання та надання дозволу на виконання на території України відбувається за іншою процедурою, відмінною від позовного провадження. Для цієї процедури характерною ознакою є відсутність спору про право, а отже, й таких суб'єктів, як треті особи. Відповідно до п. 12 постанови Пленуму Верховного Суду України від 24.12.1999 № 12 «Про практику розгляду судами клопотань про визнання й виконання рішень іноземних судів та арбітражів і про скасування рішень, постановлених у порядку міжнародного комерційного арбітражу на території України» клопотання про визнання й виконання рішень іноземних судів (арбітражів) суд розглядає у визначених ними межах і не може входити в обговорення правильності цих рішень по суті, вносити до останніх будь-які зміни. Тобто український суд не втручається у вирішення спору про право між сторонами, оскільки цей спір вже вирішено іноземним судом.

Процесуальні права та обов'язки осіб, які беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, варто поділяти на загальні та спеціальні. Загальні права та обов'язки закріплені у ст. 27 ЦПК України. До них належить право знайомитися з матеріалами справи, робити з них витяги, знімати копії з документів, долучених до справи, одержувати копії рішень, ухвал, брати участь у судових засіданнях, подавати докази, брати участь у дослідженні доказів, задавати питання іншим особам, які беруть участь у справі, а також свідкам, експертам, спеціалістам, заявляти клопотання та відводи, давати усні та письмові пояснення судові, подавати свої доводи, міркування щодо питань, які виникають під час судового розгляду, і заперечення проти клопотань, доводів і міркувань інших осіб, користуватися правовою допомогою, знайомитися з журналом судового засідання, знімати з нього копії та подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, прослуховувати запис фіксування судового засідання технічними засобами, робити з нього копії, подавати письмові зауваження з приводу його неправильності чи неповноти, оскаржувати рішення і ухвали суду, користуватися іншими процесуальними правами, встановленими законом. На них також покладається обов'язок добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки.

Спеціальні права осіб, які беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, мають обмежений перелік. Учасники даної категорії цивільних справ не можуть розпоряджатися предметом матеріально-правового спору (змінювати предмет позову, збільшувати чи зменшувати розмір вимог, укладати мирову угоду), оскільки розмір присудженого чітко визначений іноземним судовим рішенням та не може бути змінений українським судом навіть у разі, якщо обидві сторони процесу із цим погоджуються.

У судовій практиці трапляються випадки, коли заявник у процесі розгляду справи українським судом подає клопотання про зміну розміру стягнення у зв'язку зі збільшенням курсу валюти, у якій присуджено стягнення іноземним судом, до української гривні чи нарахуванням відсотків, передбачених іноземним судовим рішенням. Втім, і такі дії заявника не можна вважати зміною предмета спору. Наочним прикладом є Постанова Верховного Суду України від 26 жовтня 2016 року у справі № 759/16206/14-ц. У справі, яка була предметом перегляду Верховного Суду України, стягувач у клопотанні просив надати дозвіл на примусове виконання рішення іноземного суду, зазначивши суму збитків в іноземній валюті з визначенням еквіваленту в національній валюті на час розгляду клопотання судом першої інстанції – 29 січня 2015 року, а також складні відсотки, обрахувавши їх розмір в іноземній валюті з визначенням еквіваленту в національній валюті на вказану дату [14]. В окремій думці до цієї постанови судді Верховного Суду України В. І. Гуменюк та В. М. Сімоненко слушно зауважили, що не можна вважати частковим задоволенням клопотання про визнання та виконання іноземного судового рішення, зазначення в ухвалі, постановленій за наслідками розгляду цього клопотання, вказівки про стягнення судом грошових коштів у сумі меншій, ніж указано у клопотанні, так само як і не можна вважати виходом за межі заявлених вимог стягнення судом грошової суми більшої, ніж зазначено в клопотанні. У такій категорії справ суд вирішує питання не про стягнення певної суми грошових коштів, а про дозвіл на виконання та території України іноземного судового рішення, в якому сума стягнення вже вказана. Сума стягнення в судовому процесі в українському суді не підлягає обговоренню чи зміні на розсуд сторін чи суду. Тому будь-які вказівки у клопотанні стягувача про суму стягнення є лише тлумаченням положень іноземного судового рішення стороною стягувача, яке для суду має виключно рекомендаційний характер [15].

Водночас, виходячи з принципу диспозитивності цивільного судочинства, заявник не позбавлений права відмовитися від свого клопотання, хоча це прямо й не передбачено законом. Кожна особа, яка ініціювала цивільний процес на захист власних прав та інтересів, повинна мати можливість відмовитися від такого процесу, якщо вона цей інтерес втратила або він був задоволений у позасудовому порядку. У зв'язку із цим є необхідність закріплення у ЦПК України права заявника відмовитися від клопотання про визнання та виконання рішення іноземного суду в Україні.

Спеціальним правом боржника у справах про надання дозволу на примусове виконання

рішення іноземного суду та заінтересованої особи у справах про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, є право на подання заперечення проти клопотання заявника. Реалізація цього права обмежена процесуальним строком – один місяць після отримання від суду повідомлення про надходження відповідного клопотання. Жодних зустрічних вимог до заявника боржник заявляти не вправі, оскільки такі вимоги не можуть бути предметом розгляду суду в даній категорії цивільних справ.

Висновки

Висновки наукового дослідження і перспективи подальших розробок у даному напрямі. Таким чином, особами, які беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, є: заявник та боржник – у справах про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, та заявник і заінтересована особа – у справах про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню. Вказані суб'єкти можуть брати участь у цивільному процесі особисто або через свого представника.

Заявник – це особа, на користь якої ухвалено рішення іноземного суду і в інтересах якої подається клопотання про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні. Даний процесуальний статус має особа як у разі її звернення із клопотанням про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду, так і у разі подання нею до суду клопотання про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню.

Боржник – це особа, яка за рішенням іноземного суду, що підлягає примусовому виконанню на території України, зобов'язана виконати певні дії на користь чи в інтересах заявника.

Заінтересована особа – це особа, яка бере участь у справах за клопотаннями про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, на території України. В якості заінтересованих осіб у цих справах залучаються учасники судового процесу в іноземному суді (наприклад, у справах про позбавлення батьківських прав – особа, позбавлена батьківських прав стосовно дитини), органи державної влади чи місцевого самоврядування, які уповноважені здійснювати реєстрацію прав, фактів чи станів, встановлених іноземним судовим рішенням, або інші органи чи особи, від яких залежить реалізація (не пов'язана з примусовим виконанням) іноземного судового рішення на території України.

Провадження з визнання та надання дозволу на виконання на території України відбувається за судовою процедурою, відмінною від позовного провадження. Для цієї процедури характерною ознакою є відсутність спору про право, а отже, й таких суб'єктів, як сторони та треті особи.

Процесуальні права та обов'язки осіб, які беруть участь у справах про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, варто поділяти на загальні та спеціальні. Загальні права та обов'язки цих осіб закріплені у ст. 27 ЦПК України. Спеціальним правом заявника є право на будь-якому етапі розгляду справи відмовитися від свого клопотання, що матиме процесуальним наслідком закриття провадження у справі. Вказане право логічно випливає зі змісту принципу диспозитивності цивільного судочинства (ст. 11 ЦПК України), хоча прямо й не закріплене в законі. Тому пропонується доповнити статтю 395 ЦПК України частиною 10 такого змісту: «10. Заявник має право протягом усього часу розгляду справи відмовитися від клопотання, що має наслідком закриття провадження у справі», а також статтю 401 ЦПК України – частиною 10 аналогічного змісту.

Спеціальним правом боржника у справах про надання дозволу на примусове виконання рішення іноземного суду та заінтересованої особи у справах про визнання рішення іноземного суду, що не підлягає примусовому виконанню, є право на подання заперечення проти клопотання заявника.

Учасники провадження про визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні не мають права розпоряджатися предметом спору (збільшувати або зменшувати розмір стягнення, змінювати предмет або підставу вимоги, укладати мирову угоду), оскільки розмір присудженого чітко визначений у рішенні іноземного суду та не може бути змінений українським судом.

Список використаних джерел:

1. Ухвала Дніпровського районного суду м. Києва від 07 серпня 2015 року у справі № 755/6749/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/52727085.

2. Ухвала Дніпровського районного суду м. Києва від 22 червня 2015 року у справі № 755/7903/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/50234900.

3. Ухвала Солом'янського районного суду м. Києва від 15 червня 2015 року у справі № 760/11060/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/49488295.

4. Ухвала Херсонського міського суду Херсонської області від 28 квітня 2016 року у справі № 766/1892/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57486010.

5. Ухвала Малиновського районного суду м. Одеси від 28 березня 2016 року у справі № 521/5912/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56996253.

6. Курс цивільного процесу : підручник / [В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.] ; за ред. В. В. Комарова. – Х.: Право, 2011. – 1352 с.

7. Ухвала Вінницького міського суду Вінницької області від 16 березня 2015 року у справі № 127/4317/15-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43177115.

8. Ухвала Сколівського районного суду Львівської області від 27.05.2016 року у справі № 453/506/16-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58228905.

9. Фурса С.Я. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи : науково-практичний посібник / С.Я. Фурса, С.В. Щербак, О.І. Євтушенко. – К.: видавець Фурса С.Я.: КНТ, 2006. – 448 с.

10. Шакарян М.С. Участие третьих лиц в советском гражданском процессе / М.С. Шакарян. – М.: ВЮЗИ, 1990. – 36 с.

11. Бобровник О. В. Треті особи в цивільному процесі : автореф. дис... канд. юрид. наук / О.В. Бобровник. – К., 2009. – 21 с.

12. Сульженко Ю. Захист прав та охоронюваних законом інтересів третіх осіб у цивільному процесі / Ю. Сульженко // Право України. – 2005. – № 3. – С. 80–86.

13. Цивільний процес : підручник / за заг. ред. Р.М. Мінченко; ред. І.В. Андронов. – К.: Інститут законодавства Верховної Ради України, 2016. – 756 с.

14. Постанова Верховного Суду України від 26 жовтня 2016 року у справі № 759/16206/14-ц (пров. № 6-1197цс16) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/914DB29D93BD1392C2258097004A26AA.

15. Окрема думка суддів Верховного Суду України В.І. Гуменюк та В.М. Сімоненко у справі № 759/16206/14-ц (пров. № 6-1197цс16) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/ (documents)/914DB29D93BD1392C2258097004A26AA.

Научная статья посвящена установлению субъектного состава гражданских дел о признании и исполнении решений иностранных судов в Украине. Исследован процессуальный статус участников данной категории гражданских дел, определен объем их процессуальных прав и обязанностей. В статье установлен перечень и сформулировано определение каждого из субъектов производства по признанию и исполнению решений иностранных судов в Украине.

Ключевые слова: гражданский процесс, иностранный элемент, участники судебного процесса, процессуальный статус, судебное решение, иностранный суд, признание и исполнение решения.

The scientific article is devoted to establishment of parties' legal status of civil cases on recognition and enforcement of foreign courts' judgements in Ukraine. Procedural status of participants of this category of civil cases is investigated, and a volume of their procedural rights and duties is determined. The article sets out the list and formulates a definition for each of the parties of proceedings on recognition and enforcement of foreign courts' judgements in Ukraine.

Key words: civil proceedings, foreign element, parties of court proceedings, procedural status, judgement, foreign court, recognition and enforcement of judgment.

УДК 347.63

Дмитро Осмоловський,

студент
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

Анастасія Аксютіна,

старший викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА

У статті розглянуті питання юридичних аспектів стосовно штучного запліднення та сурогатного материнства. Викладені положення щодо гарантування юридичної захищеності біологічних батьків та сурогатної матері.

Ключові слова: сурогатне материнство, штучне запліднення, програма сурогатного материнства, подружжя, шахраї, договір, репродуктивні технології.

У середньому кожне п'яте подружжя не можуть мати дітей. Від 15 % до 25 % пар стикаються з проблемою цього роду з причин найрізноманітнішого характеру. Але завдяки сучасним технологіям та методам репродуктивної медицини у кожного безплідного подружжя з'явився шанс бути справжньою родиною. Звичайно, існує спір між населенням, яке підтримує ідею сурогатного материнства, та тими, що проти. Противники сурогатного материнства керуються порушеннями морально-етичних норм та тим, що дитина в майбутньому може зазнати психологічної травми у разі, якщо дізнається, що його мати не брала участі в його виношуванні. Представники феміністичних теорій, наприклад, стверджують, що сурогатне материнство є експлуатацією жіночого тіла та використання його як інкубатора.

Метою статті є виявлення проблемних юридичних аспектів стосовно сурогатного материнства та встановлення правових прогалин, на які слід звернути увагу.

Україна є однією з небагатьох держав світу, в якій сурогатне материнство дозволяється на законодавчому рівні. При цьому є декілька переваг у проходженні програми сурогатного материнства саме в Україні. Насамперед, ця програма не потребує спеціальних дозволів. Для цього немає необхідності в розгляді справи в судовому порядку. Також імена генетичних батьків відразу вказуються у свідоцтві про народження дитини, що не призводить до подальшої процедури усиновлення дитини.

Існують розбіжності щодо розуміння самої сутності сурогатного материнства. Це створює необхідність виявлення проблемних питань та встановлення правил та особливостей їх вирішення.

Чинне законодавство України не визначає саме поняття сурогатного материнства. З точки зору медицини сурогатне материнство передбачає перенесення ембріона в порожнину матки іншої жінки, яка є «чужою» в біологічному розумінні. При цьому ембріон, який переносили, був отриманий шляхом запліднення яйцеклітини біологічної матері спермою біологічного батька. З юридичної точки зору потрібно підкреслити, що під розумінням сурогатного материнства закон розуміє виношування дитини тільки для людей, які не можуть мати дітей, та ембріон є біологічно «чужим» для жінки, що виношує його.

Порядок та умови штучного запліднення, імплантації ембріона визначено в Наказі Міністерства охорони здоров'я «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» № 787 від 09.09.2013 (далі – Наказ) [5].

Сімейний кодекс України (далі – СК України) легалізував сурогатне материнство [6]. У статті 123 СК визначене походження дитини, народженої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій:

1. У разі народження дружиною дитини, зачатої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, здійснених за письмовою згодою її чоловіка, він записується батьком дитини.

2. У разі перенесення в організм іншої жінки ембріона людини, зачатого подружжям у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, батьками дитини є подружжя.

3. Подружжя визнається батьками дитини, народженої дружиною після перенесення в її організм ембріона людини, зачатого її чоловіком та іншою жінкою в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій.

Завдяки таким визначенням стає зрозумілим, хто є батьками дитини, що попереджує виникнення в майбутньому спорів стосовно батьківства дитини. Отже, відповідно до ст. 123 п. 2 СК України, сурогатна мати не має права залишити собі дитину після її народження [6].

Існує багато випадків, коли сурогатна мати, попри всі домовленості, відмовляється віддавати немовля біологічним батькам – виникає

© Д. Осмоловський, А. Аксютіна, 2017

проблема оспорювання материнства. Право на оспорювання материнства передбачено ст. 139 п. 2 СК, але якщо це не суперечить ст. 123 цього ж кодексу [6]. Для найбільшої юридичної захищеності як сурогатної матері, так і біологічних батьків слід грамотно складати договір, який укладається між цими суб'єктами цивільних відносин, добре обмірковувати всі пункти домовленості та звертатися до кваліфікованих юристів за допомогою. Міністерство охорони здоров'я встановило зразок договору для сурогатних матерів, який узгоджений та затверджений Міністерством юстиції. Цей документ є надзвичайно важливим для лікарень, які мають ліцензію на виконання процедур сурогатного материнства. Але в такому разі не можна сказати, що враховуються права самих дітей, народжених від сурогатних матерів. Постає питання: як позбавлятимуть громадянства таких дітей у разі передачі за кордон, адже згідно із Законом України «Про громадянство України» від 18.01.2001 позбавити громадянства може лише Указ Президента [3].

Договір, який визнає чинне законодавство, може бути укладений для врегулювання прав та обов'язків осіб, які беруть участь у програмі сурогатного материнства, але сама передача дитини від сурогатної матері біологічним батькам предметом договору бути не може, адже дитина не може бути предметом угоди, бо торгівля дітьми заборонена. Договір може і повинен передбачати виплату встановленої компенсації задля створення сприятливих умов для сурогатної матері, умови для виношування дитини та подальшої реабілітації. Грамотно складений договір повинен містити положення про те, що у разі, якщо сурогатна мати вирішить залишити собі дитину, то вона втрачає право на виплату та повинна компенсувати батькам дитини всі затрати, які вказані в цьому договорі. Взагалі, у разі сурогатного материнства завжди, на жаль, є можливість використовувати дитину як інструмент шантажу, провокуючи цим судові тяжби та додаткові витрати.

Реєстрація народження малюка повинна бути здійснена протягом місяця після народження. Але виникають деякі питання з приводу реєстрації «сурогатного» малюка. Непорозуміння виникає з приводу того, кого слід записувати матір'ю дитини у свідоцтві про народження. Такі питання на практиці виникають не тільки у пересічних громадян, але й у працівників органів реєстрації. Це пов'язано з тим, що закон не досить чітко регламентує сам порядок реєстрації дітей, народжених за програмою сурогатного материнства. Відповідно до Наказу Міністерства юстиції № 140/5 «Про внесення змін та доповнень до Правил реєстрації актів цивільного стану в Україні» (далі Наказ), у разі народження дитини жінкою, якій було імплантовано ембріон, зачатий подружжям, реєстрація народження проводиться за заявою подружжя, яке дало згоду на імплантацію. У цьому разі одночасно з документом, що підтверджує факт народження дитини цією жінкою, подається засвідчена нотаріусом її письмова згода на запис подружжя батьками дитини. При цьому в графі «Для відміток» робиться відповідний запис: «Матір'ю дитини згідно з медичним свідоцтвом про народження форми № 103/о-95 (z0266-95) є громадянка (прізвище, ім'я, по батькові)» [2].

Стосовно цього питання виникають багато суперечок, але повинен бути чіткий юридичний складник даної проблеми. Врегулювання цього конфлікту вкрай важливе. Тому в законі є певні обмеження для того, щоб уникати позовів щодо оскарження материнства. Так, відповідно до Постанови пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» особа, яка в момент реєстрації її батьком дитини знала, що не є таким, а також особа, котра дала згоду на штучне запліднення своєї дружини, не мають права оспорювати батьківство [4]. Також відповідно до ст. 139 СК оскарження материнства не допускається у випадках, передбачених ст. 123 цього ж кодексу. Законодавець пояснює це положення з точки зору моралі та передбачає у сурогатної матері виникнення почуттів до дитини, яку вона виносила, навіть якщо дитина біологічно «чужа» [6].

Вести переговори та укладати договір із сурогатною матір'ю слід довірити юристам або ж вести ці переговори в їх присутності. Відносини між біологічними батьками та сурогатною матір'ю повинні бути переведеними в рамки чинного законодавства, адже це до певної міри гарантуватиме, що сурогатна мати буде розуміти перевагу біологічних батьків із правової точки зору.

Згідно зі ст. 48 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється згідно з умовами та порядком, встановленими центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, за медичними показниками повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці [1].

Важливо знати, що Наказ регулює порядок відносин між пацієнтами (жінками, чоловіками) та закладами охорони здоров'я, які забезпечують застосування методик допоміжних репродуктивних технологій, та визначає механізм та умови застосування методик допоміжних репродуктивних технологій [5]. Цивільний кодекс України (далі – ЦК) чітко визначає тих, хто може користуватися цією програмою. Так, ст. 281, п. 7 наголошує, що повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показниками на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством [7].

Відповідно до Наказу, штучне запліднення здійснюється виключно в акредитованих для цього закладах охорони здоров'я за дозволеними МОЗ методами. Питання про застосування методів вирішується на прохання дієздатної жінки, з якою проводиться ця дія, після оформ-

лення заяви-зобов'язання подружжям та після його відповідного обстеження. Вік жінки, якій здійснюється штучне запліднення, не повинен перевищувати 40 років [5].

Значну увагу слід приділяти недобросовісним сурогатним матерям. На жаль, існують випадки «сурогатних» шахраїв, ціль яких – наживитися у фінансовому плані. Бездітні пари, які бажають скористатися правом та послугами сурогатної матері, ризикують бути обманутими недобросовісною претенденткою. Сподіваючись заощадити час на оформленні договору, медичному обстеженні, а також заощадити гроші, бездітні пари займаються пошуками сурогатної мами самостійно. Існують випадки, коли бажання наживитися спонукає жінок вступати в зговори з лікарями та підроблювати медичні довідки про стан здоров'я. Часто імітують вагітність та просто живуть за чужий рахунок. Деякі беруть гроші на медичне обстеження, але потім не відповідають на дзвінки та зникають. Також із настанням вагітності вимагають збільшення суми виплати та шантажують біологічних батьків, погрожуючи її перериванням. У таких випадках батьки йдуть на всі умови шахраїв задля здійснення своєї мрії.

Недобросовісність різних посередників також підвищує ризик бути обманутим. Існують деякі агентства, які не зареєстровані на законодавчому рівні і мають на меті виключно наживу. Інколи трапляються випадки, коли шахраї пропонують послуги сурогатної матері декільком сімейним парам та потім протягом місяців беруть із них гроші на проживання, лікування та обстеження. Необхідно вкрай обережно ставитися до пошуку сурогатних матерів у мережі Інтернет. Не слід звертатися до посередників, які не дають жодних гарантій та не представляють жодну юридичну особу. Також правоохоронні органи застерігають, що частина дівчат, які пропонують свої послуги сурогатної мами, пов'язані з кримінальним світом злодіїв, які таким чином виходять на заможних замовників. В Україні існує необхідність прийняття такого законодавства, в якому були б урегульовані питання щодо народження дітей через програму сурогатного материнства.

Щоб виключити ризик бути обманутим, за послугами підбору сурогатної матері слід звернутися до спеціальних центрів, які спеціалізуються на підборі сурогатних матерів відповідно до побажань замовників. У таких центрах повинна бути база даних сурогатних мам, яка постійно оновлюється. Так замовники можуть дізнатися про саму сурогатну маму, про її вік, стан здоров'я та навіть про найближчих родичів. Зазвичай пошук сурогатної мами не займає багато часу, але все ж таки це залежить від критеріїв вибору замовників, та, звичайно, від суми грошей, яку подружжя готове витратити.

Отже, сурогатне материнство є єдиним способом та шансом мати свою дитину парам, які не в змозі народити самотужки. Завдяки програмі сурогатного материнства можна врятувати здоров'я та життя жінки, яка не в змозі завагітніти. Дитина, народжена іншою жінкою, генетично буде належати батькові та матері, що дає можливість вважати дитину рідною. Жінки, які стають сурогатними матерями, дають на це згоду добровільно, отже, мови про експлуатацію жінки в жодному разі не може бути. Юридичні аспекти та проблематику здійснення цього питання слід контролювати та врегульовувати як можна точніше, даючи змогу батькам та сурогатним матерям бути впевненими у своїй захищеності.

Список використаних джерел:

1. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12

2. Про внесення змін та доповнень до Правил реєстрації актів цивільного стану в Україні : Наказ № 140/5 від 18.11.2003 // Міністерство юстиції України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1058-03

3. Про громадянство України : Закон України від 18.01.2001 № 2235-III [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/2235-14

4. Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів : Постанова № 3 від 15.05.2006 // Пленум Верховного Суду України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003700-06

5. Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : Наказ № 787 від 09.09.2013 // Міністерство охорони здоров'я України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13

6. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14

7. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15

В статье рассмотрены вопросы юридических аспектов относительно искусственного оплодотворения и суррогатного материнства. Изложены положения об обеспечении юридической защищенности биологических родителей и суррогатной матери.

Ключевые слова: суррогатное материнство, искусственное оплодотворение, программа суррогатного материнства, супруги, мошенники, договор, репродуктивные технологии.

The questions of legal aspects concerning artificial insemination and surrogate motherhood are considered in the article. The foregoing provisions for ensuring the legal protection of biological parents and a surrogate mother.

Key words: surrogate motherhood, artificial insemination, surrogate motherhood program, spouses, frauds, contract, reproductive technologies.

УДК 347.724:347.9(477)

Володимир Цікало,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка

УМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРАВА АКЦІОНЕРІВ НА КОНВЕРТАЦІЮ (ОБМІН) АКЦІЙ

Стаття присвячена умовам здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій. Акціонери товариства, яке перебуває у процесі реорганізації, мають право на конвертацію (обмін) їхніх акцій в акції (частки) тих товариств, які утворюються внаслідок злиття, приєднання, поділу чи перетворення. Умовами здійснення цього права є: задоволення вимог зовнішніх кредиторів, заявлених до кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації; реалізація акціонерами кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації, права вимоги обов'язкового викупу належних їм акцій товариства; анулювання акцій, які не підлягають конвертації (обміну); дотримання засади пропорційності у співвідношенні здійснення прав акціонерів.

Ключові слова: акціонер, товариство, конвертація (обмін) акцій.

Постановка проблеми. Зі змісту положень ч. 1 ст. 104 Цивільного кодексу України та ч. 1 ст. 79 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. У процесі реорганізації та ліквідації акціонерного товариства відбувається задоволення вимог його кредиторів. Після задоволення вимог кредиторів акціонерного товариства його акціонери здійснюють належні їм права. Зміст цих прав залежить від виду припинення акціонерного товариства (реорганізація чи ліквідація).

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. Питанням порядку і правових наслідків припинення акціонерних товариств, а також реалізації прав акціонерів у зв'язку з реорганізацією та ліквідацією приділили увагу ряд українських учених, таких, наприклад, як: О. Вінник, О. Виговський, Л. Дорошенко, О. Кібенко, Є. Коломієць-Людвіг, В. Коссак, В. Кравчук, В. Рябота, Л. Сіщук, І. Спасибо-Фатєєва, Н. Шевченко та інші. Разом із тим недостатньо дослідженими залишаються умови та порядок здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій.

Мета статті. Для вирішення частини окресленої проблеми необхідно встановити: види прав акціонерів, що здійснюються у разі реорганізації акціонерного товариства, умови та правові наслідки їх здійснення.

Виклад основного матеріалу. Під час реорганізації акціонерного товариства відбувається два види правонаступництва: загальне (універсальне), у межах якого права та обов'язки товариства, що припиняється, переходять до новоутвореного товариства, та окреме (сингулярне) правонаступництво, тобто перехід прав акціонерів товариства, яке припинило свою діяльність, до акціонерів (учасників) новоутвореного товариства. У разі реорганізації виникає правонаступництво як щодо майна, прав та обов'язків, які переходять від юридичної особи-правопопередника до юридичної особи-правонаступника за розподільним балансом (передавальним актом), так і щодо корпоративних прав учасників, які їх набувають унаслідок конвертації акцій (обміну часток) у статутному капіталі товариства [1, с. 148; 2, с. 133]. На відміну від реорганізації, у разі ліквідації акціонерного товариства не відбувається правонаступництво у вигляді переходу прав акціонерів. У процесі ліквідації акціонери здійснюють право на участь у розподілі майна товариства, яке до них не перейшло від інших осіб, а належало їм із моменту набуття статусу акціонерів у нездійсненому стані. Не вбачають правонаступництва під час ліквідації і в науковій літературі. На думку Ліни Дорошенко, як історія розвитку законодавства, так і чинне законодавство України про ліквідацію безпосередньо не пов'язують ліквідацію із сингулярним правонаступництвом [3, с. 50].

Відповідно до ч. 1 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства» у разі злиття, приєднання, поділу та перетворення акціонерного товариства його акції конвертуються (обмінюються) в акції товариства (товариств) правонаступника (правонаступників). Акції товариства, яке припиняється внаслідок поділу, конвертуються в акції товариств-правонаступників та розміщуються серед їх акціонерів (абз. 1 ч. 2 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства»). Акції товариств, що припиняються внаслідок злиття, приєднання, конвертуються в акції товариства-правонаступника та розміщуються серед його акціонерів (абз. 2 ч. 2 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства»). Акції товариства, що перетворюється, конвертуються (обмінюються) в частки товариства-правонаступника, які розподіляються серед його учасників (абз. 3 ч. 2 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства»).

За зв'язком із акціонерним товариством його кредитори у процесі припинення поділяються на два види:

© В. Цікало, 2017

1) зовнішні кредитори (не пов'язані із товариством відносинами участі, які не є його акціонерами);

2) внутрішні кредитори (акціонери товариства).

Конвертація (обмін) акцій може бути проведена лише після задоволення вимог усіх кредиторів, як зовнішніх, так і внутрішніх.

Згідно з п. 1.9., 3.8. та 7.7. Розділу ІІ «Емісія акцій акціонерних товариств, які створюються шляхом злиття, поділу, виділу чи перетворення або до яких здійснюється приєднання» Порядку здійснення емісії та реєстрації випуску акцій акціонерних товариств, які створюються шляхом злиття, поділу, виділу чи перетворення або до яких здійснюється приєднання, затвердженого рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку № 520 від 09.04.2013, конвертація (обмін) акцій товариства, що реорганізовується шляхом приєднання, злиття чи поділу, в акції товариства-правонаступника здійснюється за умови задоволення вимог кредиторів, заявлених до кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації, відповідно до ч. 2 ст. 82 Закону України «Про акціонерні товариства».

Згідно з абз. 5 ч. 2 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства» не підлягають конвертації (обміну) акції товариств, що беруть участь у злитті, приєднанні, поділі, перетворенні, власниками яких є акціонери, які звернулися до акціонерного товариства з вимогою про обов'язковий викуп належних їм акцій та які мають таке право.

Не конвертуються (не обмінюються) акції товариств, що припиняються, які викуплені товариством-емітентом або власником яких є товариство, що бере участь у реорганізації (ч. 4 ст. 83, ч. 5 ст. 84, ч. 4 ст. 85, ч. 4 ст. 87 Закону України «Про акціонерні товариства»). Такі акції підлягають анулюванню в порядку, встановленому Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку.

На основі наведених вище правових норм треба дійти до висновку, що ***акціонери товариства, яке перебуває у процесі реорганізації, мають право на конвертацію (обмін) їхніх акцій в акції (частки) тих товариств, які утворюються внаслідок злиття, приєднання, поділу чи перетворення.*** Це право може бути реалізовано після задоволення вимог зовнішніх кредиторів, реалізації акціонерами кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації, права вимоги обов'язкового викупу належних їм акцій товариства, анулювання акцій, що не підлягають конвертації.

У юридичній літературі звертають увагу на те, що при проведенні реорганізації товариства акціонери мають та здійснюють такий комплекс корпоративних прав, як право на участь у загальних зборах; право на отримання інформації; право вимоги обов'язкового викупу акцій акціонерним товариством; право на отримання акцій (часток) у статутному (складеному) капіталі юридичної особи-правонаступника [4, с. 371]. У цілому погоджуючись із такою позицією, слід звернути увагу на те, що лише право на отримання (конвертацію, обмін) акцій товариства-правонаступника є правом, яке здійснюється у разі реорганізації. Інші перелічені права акціонера реалізуються не у зв'язку з реорганізацією, а в її процесі.

У Розділі XVI «Виділ та припинення акціонерного товариства» Закону України «Про акціонерні товариства» однією з умов здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій у процесі реорганізації товариства встановлено засаду пропорційності здійснення прав акціонерів.

Згідно з ч. 4 ст. 85 Закону України «Про акціонерні товариства» у разі поділу акціонерного товариства розміщення акцій товариств-правонаступників повинно здійснюватися зі збереженням співвідношення, що було між акціонерами у статутному капіталі акціонерного товариства, що припинилося шляхом поділу. У разі перетворення акціонерного товариства на інше товариство розподіл часток такого товариства відбувається зі збереженням співвідношення кількості акцій, що було між акціонерами у статутному капіталі акціонерного товариства, що перетворилося (ч. 4 ст. 87 Закону України «Про акціонерні товариства»). Співвідношення між акціонерами у статутному капіталі товариства, про яке йдеться у ст. 85 та 87 Закону України «Про акціонерні товариства», полягає у здійсненні належних їм прав на пропорційних засадах. Це означає, що законом встановлено обов'язок дотримання умови пропорційності здійснення прав акціонерів при конвертації (обміні) акцій товариства, що перебуває у процесі поділу, або перетворення. Урахування розміру частки (кількості акцій) при здійсненні прав є однією з особливостей (характерних ознак) корпоративних прав акціонерів. Права учасника господарського товариства, які визначені у законі як корпоративні, здійснюються на пропорційних засадах, тобто з урахуванням розміру частки учасника у статутному капіталі товариства [5, с. 51].

Окрім поділу та перетворення, акціонерне товариство може бути реорганізоване (припинене) також шляхом злиття, приєднання. Для злиття і приєднання вимога про збереження співвідношення, що було між акціонерами у статутному капіталі, законом прямо не встановлена. Разом із тим у разі злиття та приєднання також відбувається конвертація (обмін) акцій товариств, що припиняються, в акції товариств-правонаступників, які розміщуються серед їх акціонерів.

Щодо конвертації (обміну) акцій у разі злиття чи приєднання товариств, то згідно зі ст. 81 Закону України «Про акціонерні товариства» у договорі про злиття (приєднання) повинні міститися коефіцієнти конвертації акцій. Умови (коефіцієнти) конвертації (обміну) акцій розробляються наглядовими радами товариств, що беруть участь у злитті (приєднанні) і затверджуються їх загальними зборами (ст. 83, 84). Причому законом не встановлено правило про обов'язковість збереження співвідношення між акціонерами товариств, які припиняються

шляхом злиття (приєднання), під час конвертації (обміну) в акції товариств-правонаступників. Відсутність такого застереження може призвести на практиці до відступу від засади пропорційності у процесі конвертації (обміну) акцій товариств, які припиняються шляхом злиття або приєднання, в акції новоутворених товариств. Такий відступ від пропорційності у здійсненні прав акціонерів, у свою чергу, може мати своїм наслідком виникнення різного правового становища акціонерів товариства залежно від способу його реорганізації. Так, у разі поділу та перетворення товариств їх акціонери збережуть співвідношення, яке існувало між ними у статутному капіталі товариств, що припиняються. Якщо ж буде здійснюватися злиття або приєднання, співвідношення між акціонерами може бути змінене залежно від затверджених коефіцієнтів конвертації (обміну) акцій, що може призвести до недотримання умови пропорційності у здійсненні прав акціонерів. На цьому наголошують вітчизняні дослідники. Особливістю конвертації акцій у разі реорганізації є те, що при здійсненні конвертації може виникнути необхідність зміни обсягу прав, які посвідчуються акціями [2, с. 132]. У законі не передбачено спеціальних норм щодо порядку розрахунку коефіцієнта конвертації, що визначає кількість акцій новоствореного товариства (товариства, до якого відбувається приєднання), яку має отримати акціонер товариства, що припиняється [6, с. 421].

З метою недопустимості порушення прав акціонерів товариств, які реорганізують шляхом злиття і приєднання, доцільно передбачити у Законі України «Про акціонерні товариства» положення про збереження умови пропорційності між акціонерами у статутному капіталі у разі конвертації (обміну) акцій не лише під час поділу та перетворення товариств, але й у разі їх злиття і приєднання. Такої думки дотримується Євгенія Коломієць-Людвіг: процедура злиття та приєднання передбачає, що сума розмірів статутних капіталів усіх товариств до реорганізації має дорівнювати сумі розмірів усіх статутних капіталів, створених шляхом реорганізації; співвідношення часток учасників у статутному капіталі юридичної особи-правонаступника має зберігатися, якщо інше не визначено самими учасниками [7, с. 82].

Пропорційність у співвідношенні прав акціонерів не може бути однаковою для поділу і перетворення з однієї сторони, і злиття та приєднання – з іншої. Річ у тому, що у злитті та приєднанні можуть брати участь акціонерні товариства з різними розмірами статутного капіталу,та різною кількістю акціонерів. Окрім того, акціонерне товариство може брати участь у злитті та приєднанні лише з іншими акціонерними товариствами (ч. 1. ст. 83 та 84 Закону України «Про акціонерні товариства»). Чинним вітчизняним законодавством передбачено здійснення лише однорідного злиття або злиття простого типу [8, с. 69]. Такий вид злиття (приєднання) щодо акціонерних товариств забезпечує можливість збереження пропорційності у здійсненні права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій.

Залежно від об'єкта співвідношення в акціонерному товаристві можливе встановлення двох видів пропорційності здійснення прав акціонерів:

1) пропорційність у співвідношенні ***кількості акцій;***

2) пропорційність у співвідношенні ***вартості акцій.***

У разі розміщення акцій товариства-правонаступника, яке утворено внаслідок поділу і перетворення, встановлюється пропорційність у співвідношенні кількості акцій, що належали акціонерам товариств, які припинилися. Тому положення ч. 4 ст. 85 Закону України «Про акціонерні товариства» потребують уточнення, а саме: після слів «...із збереженням співвідношення» необхідно додати слова «кількості акцій».

Для злиття і приєднання пропорційність у вигляді співвідношення кількості акцій є непридатна. Якщо утворюється товариство внаслідок злиття або приєднання, пропорційність може бути встановлена у співвідношенні вартості акцій, що належали акціонерам припинених товариств. Таке співвідношення має бути проведене відповідно до ринкової вартості акцій, які конвертуються у процесі злиття, приєднання товариств. Відповідно до п. 1.1. та 3.1. Розділу ІІ Порядку здійснення емісії та реєстрації випуску акцій акціонерних товариств, які створюються шляхом злиття, поділу, виділу чи перетворення або до яких здійснюється приєднання, процедура емісії акцій акціонерного товариства, до якого відбувається приєднання акціонерного(их) товариства(в), або яке створюється внаслідок злиття акціонерних товариств, включає у себе затвердження наглядовою радою (або загальними зборами акціонерів, якщо утворення наглядової ради не передбачено статутом акціонерного товариства) ринкової вартості простих акцій кожного акціонерного товариства, що бере участь у приєднанні (злитті). Затвердженню наглядовою радою (загальними зборами) акціонерних товариств, які беруть участь у злитті та приєднанні, має підлягати також ринкова вартість привілейованих акцій. Окрім того, на спільних загальних зборах акціонерних товариств має також вирішуватися питання про збільшення статутного капіталу товариства, яке утворюється внаслідок злиття або приєднання, та додаткову емісію акцій [9, с. 40].

З урахуванням наведеного статтю 83 Закону України «Про акціонерні товариства» пропонується доповнити новою частиною, четвертою, такого змісту : «Розміщення акцій товариства-правонаступника повинно здійснюватися зі збереженням співвідношення вартості акцій, що було між акціонерами у статутному капіталі акціонерних товариств, які припинилися шляхом злиття». Частини 4, 5 і 6 цієї статті вважати відповідно частинами 5, 6 і 7. Статтю 84 Закону України «Про акціонерні товариства» доповнити новою частиною четвертою у такій редакції: «Розміщення акцій товариства-правонаступника повинно здійснюватися зі збереженням співвідношення вартості акцій, що було між акціонерами у статутному капіталі кожного акціонерного товариства, які беруть

участь у приєднанні». Частини 4, 5 і 6 статті 84 вважати відповідно частинами 5, 6 і 7. Внесення таких доповнень до закону зумовлюватиме зміну положень ч. 1 ст. 22 Закону України «Про акціонерні товариства» щодо встановлення винятку для визначення ринкової вартості акцій у разі злиття та приєднання товариств. Зокрема, відповідно до абз. 3 ч.1 ст. 22 цього закону акціонерне товариство здійснює розміщення акцій за ціною, не нижчою від ринкової, крім випадків розміщення акцій під час злиття, приєднання. Виняток із загального правила про ринкову вартість акцій під час їх розміщення у разі злиття, приєднання треба виключити із ч. 1 ст. 22 Закону України «Про акціонерні товариства».

З аналізу змісту Розділу XVI «Виділ та припинення акціонерного товариства» Закону України «Про акціонерні товариства» та Порядку здійснення емісії та реєстрації випуску акцій акціонерних товариств, які створюються шляхом злиття, поділу, виділу чи перетворення або до яких здійснюється приєднання, затвердженого рішенням Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку від 09.04.2013 № 520, треба виділити такі **умови здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій у разі реорганізації товариства:**

1) задоволення вимог зовнішніх кредиторів, заявлених до кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації;

2) реалізація акціонерами кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації, права вимоги обов'язкового викупу належних їм акцій товариства;

3) анулювання акцій, які не підлягають конвертації (обміну);

4) дотримання засади пропорційності у співвідношенні здійснення прав акціонерів.

Відповідно до ч. 4 ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства» при конвертації акцій під час злиття, приєднання або поділу акціонерного товариства акціонери товариств, що беруть участь у злитті, приєднанні або поділі, можуть також отримувати грошові виплати, що не повинні перевищувати розміру, визначеного статутом товариства. Порядок здійснення таких виплат встановлюється договором про злиття (приєднання) або планом поділу. Із цього законодавчого положення можна виділити ***два способи здійснення права на конвертацію (обмін) акцій у разі злиття, приєднання або поділу акціонерних товариств:***

1) конвертація (обмін) акцій із грошовою виплатою;

2) конвертація (обмін) акцій без грошової виплати.

Додаткова грошова виплата при конвертації (обміні) акцій може виконувати функцію компенсації їх вартості для тих випадків, коли не дотримується умова пропорційності (співвідношення). Разом із тим пропорційність здійснення прав акціонерів завжди повинна бути дотримана у разі конвертації (обміну) акцій незалежно від способу реорганізації акціонерного товариства: злиття, приєднання, поділ чи перетворення. За умови збереження співвідношення між акціонерами у статутному капіталі товариств, які беруть участь у реорганізації, необхідність здійснювати додаткову грошову виплату відпадає. У зв'язку із цим доцільним є виключення зі ст. 80 Закону України «Про акціонерні товариства» частини четвертої.

Висновки

1. Під час реорганізації акціонерного товариства відбувається два види правонаступництва: загальне (універсальне), у межах якого права та обов'язки товариства, що припиняється, переходять до новоутвореного товариства, та окреме (сингулярне) правонаступництво, тобто перехід прав акціонерів товариства, яке припинило свою діяльність, до акціонерів новоутвореного товариства.

2. Акціонери товариства, яке перебуває у процесі реорганізації, мають право на конвертацію (обмін) їхніх акцій в акції (частки) тих товариств, які утворюються внаслідок злиття, приєднання, поділу чи перетворення.

3. Умовами здійснення права акціонерів на конвертацію (обмін) акцій у разі реорганізації товариства є:

1) задоволення вимог зовнішніх кредиторів, заявлених до кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації;

2) реалізація акціонерами кожного акціонерного товариства, що бере участь у реорганізації, права вимоги обов'язкового викупу належних їм акцій товариства;

3) анулювання акцій, які не підлягають конвертації (обміну);

4) дотримання засади пропорційності у співвідношенні здійснення прав акціонерів.

Список використаних джерел:

1. Сищук Л.. Особенности правоприемства в корпоративных отношениях при реорганизации хозяйственных обществ / Сищук Лилиана // LEGEA SI VIATA. – 2014. – Februarie. – С. 145–148.

2. Сіщук Л.В. Перехід корпоративних прав при реорганізації господарських товариств / Л.В. Сіщук // Вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин (21-22 вересня 2012 р., м. Івано-Франківськ [текст]: Всеукраїнська науково-практична конференція: Збірник наукових праць / Ред. кол.: О.Д. Крупчан, В.В. Луць, В.А. Васильєва, І.Б. Саракун. – К.: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2012. – 166 с.

3. Дорошенко Л. К вопросу о правопреемстве при ликвидации хозяйственных организаций / Лина Дорошенко // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 1. – С. 47–51.

4. Сіщук Л.В. Реалізація корпоративних прав при реорганізації акціонерних товариств / Л.В. Сіщук // Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання) : матеріали міжнародної науково-практичної конференції : у 2-х т. – Київ, 2013. – Том 1. – 424 с.

5. Цікало В. Види прав учасників господарських товариств / Володимир Цікало // Підприємництво, господарство і право. – 2017. – № 1. – С. 50–54.

6. Виговський О.І. Новели акціонерного законодавства: науково-практичний коментар до Закону

України «Про акціонерні товариства» / О.І. Вигов-ський. – К.: Юстініан, 2009. – 880 с.

7. Коломієць-Людвіг Є. Правові наслідки злиття та поглинання / Євгенія Коломієць-Людвіг // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 7. – С. 81–84.

8. Коломієць-Людвіг Є. Класифікація злиття та поглинання за критеріями, що мають юридичне значення / Євгенія Коломієць-Людвіг // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 11. – С. 67–70.

9. Шевченко Наталія. Роль органів господарського товариства в процесі його припинення шляхом реорганізації / Наталія Шевченко // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 9. – С. 38–42.

Статья посвящена условиям осуществления права акционеров на конвертацию (обмен) акций. Акционеры реорганизуемого общества имеют право на конвертацию (обмен) их акций в акции (доли) тех обществ, которые возникают вследствие слияния, присоединения, разделения или преобразования. Условиями осуществления этого права являются: удовлетворение требований внешних кредиторов, предъявленных каждому акционерному обществу, участвующему в реорганизации; реализация акционерами каждого акционерного общества, участвующего в реорганизации, права требования обязательного выкупа принадлежащих им акций; аннулирование акций, не подлежащих конвертации (обмену); сохранение принципа пропорциональности осуществления прав акционеров.

Ключевые слова: акционер, общество, конвертация (обмен) акций.

The article is devoted to the conditions of exercising of shareholders right to conversion (exchange) of shares. The shareholders of the company which is in the process of restructuring are eligible for conversion (exchange) of their shares into shares (shares) of companies formed by the merger, accession, division or transformation. There are the following terms of this right: satisfaction of the demands of external creditors claimed for each company that is involved in the reorganization; implementation of the right to demand mandatory redemption of their shares by the shareholders of each company that is involved in the reorganization; annulment of the shares that are not subject of conversion (exchange); compliance with the principles of proportionality in relation with shareholder rights exercising.

Key words: shareholder, company, conversion (exchange) of shares.

УДК 347.440.66 (477)

Ярослава Білоусова,

суддя
Харківського апеляційного господарського суду

СУБ'ЄКТИ ДИСТРИБ'ЮТОРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена аналізу правового статусу суб'єктів дистриб'юторської діяльності. На підставі аналізу наукових поглядів і практики здійснення цієї діяльності визначено, що виробника (імпортера) доцільно визначати як у договорі дистриб'юції, так і в законодавстві терміном «принципал». Запропоновані визначення цього терміна та поняття дистриб'ютора.

Ключові слова: дистриб'юторська діяльність, суб'єкти дистриб'юторської діяльності, принципал, дистриб'ютор, просування товару.

Постановка проблеми. Суб'єктний склад дистриб'юторської діяльності залежить у кожному конкретному випадку від довжини дистриб'юторського каналу. Утім саме суб'єктами дистриб'юторської діяльності варто вважати виробника товару й дистриб'ютора. Однак, залежно від системи дистрибуції та довжини її каналу, можна відмітити інших суб'єктів, статус яких можна охарактеризувати як учасників дистриб'юторської діяльності, так як вони не мають прямого стосунку до виробника. Безперечно, вони також заслуговують на визначення їхнього правового статусу й місця в дистриб'юторському каналі, так як здатні впливати певним чином на діяльність дистриб'ютора (наприклад, суб'єкти господарювання, які є власниками мереж супермаркетів, установлюють плату дистриб'юторам за співпрацю, що неодмінно позначається на вартості товару тощо). Утім, з огляду на різноманіття таких суб'єктів, у межах статті не доцільно намагатись висвітлити ще й питання їхніх взаємозв'язків із дистриб'юторами.

Через відсутність загального регулювання дистриб'юторської діяльності в національному законодавстві спершу вбачається за доцільне визначити поняття виробника товару та дистриб'ютора, оскільки суб'єктам будь-яких господарських відносин притаманні свої найменування, які коротко визначають сутність їхнього правового статусу (наприклад, у відносинах поставки: постачальник і замовник; концесійні відносини: концесіодавець і концесіонер тощо). Але якщо термін «дистриб'ютор» міститься в поодиноких підзаконних нормативних актах, то про іншого суб'єкта дистрибуції – виробника товару – згадування відсутні.

У науковій літературі, так як і у вітчизняному законодавстві, питанням дистриб'юторської діяльності майже не приділено уваги. Окремі проблеми визначення сутності дистриб'юції та деяких аспектів діяльності її суб'єктів окреслено й вирішено, але в контексті дослідження посередництва у сфері господарювання В.В. Рєзніковою [1]. З погляду маркетингу дистриб'юторам приділено значну увагу Н.В. Гайванович [2]. Фрагментарно про права й обов'язки виробника та дистриб'ютора згадувалось О.А. Зуєвою [3, с. 74].

Проте конкретно питання визначення суб'єктів дистриб'юторської діяльності не вирішувалось. Тому варто проаналізувати практику здійснення дистриб'юторської діяльності, нормативні акти, науковий і довідниковий матеріал і дати визначення зазначеним суб'єктам.

У межах формату дослідження не варто намагатись охопити всі аспекти співробітництва виробника товару та дистриб'ютора.

Метою статті є визначення термінології передусім щодо виробника товару, оскільки так зазначити його не видається можливим, тому що в зовнішньоекономічних відносинах суб'єктом, який передає товар дистриб'ютору, може бути імпортер.

Виклад основного матеріалу. Варто розпочати насамперед із виробника товару. Хоча цілком зрозуміло, що його правовий статус не викликає багатьох питань. Виробником товару може бути будь який суб'єкт господарювання, господарською діяльністю якого є безпосереднє виробництво товару. Такий суб'єкт, звісно, є первинним власником товару. Або ж, як уже вказувалось, у відносинах дистриб'юції таким суб'єктом може бути імпортер, але обов'язково товарів (на практиці імпортером можуть бути й виробника товару або ж власне дистриб'ютори іноземного виробника, але це несуттєво впливає на питання дослідження). Для зручності в дослідженні все ж таки варто спиратись на термін «виробник». З огляду на це, в науковій літературі виробник (імпортер) у дистриб'юторських відносинах ще вказується як постачальник [1, с. 29].

Спочатку необхідно все ж таки визначитись із терміном, який у відносинах дистриб'юції визначає виробника. Через відсутність положень про дистриб'юторську діяльність у господарському законодавстві, якими б установлювались засади її здійснення, на практиці часто ці відносини оформлюють договорами, які на перший погляд є схожими: поставки та купівлі-продажу. Відповідно, сторони вказують згідно з поняттями, які використовуються при цих договорах: виробник – постачальник або продавець, дистриб'ютор – замовник або покупець. Звісно, це повною мірою не відображає сутність ні самих відносин загалом, ні статусу сторін договору зокрема.

© Я. Білоусова, 2017

У практиці укладання дистриб'юторських договорів, які так і називаються особливо у сфері зовнішньоекономічної діяльності в Росії, часто виробник зазначається як принципал. Термін «принципал» має декілька значень. Так, принципалом визначають особу, яка є: 1) основним боржником у зобов'язанні; 2) фізичну або юридичну особу, яка уповноважує іншу особу діяти як агент; 3) особу, яка бере участь в угоді за свій рахунок [4, с. 314].

Б.І. Пугінський зазначає, що під час дистриб'юції сторона, яка уповноважує (принципал), передає уповноваженій стороні (дистриб'ютору) право на торгівлю певними видами товарів на визначеній території, а дистриб'ютор, у свою чергу, торгує лише товарами принципала, взявши на себе таке зобов'язання [5, с. 70].

Визначення виробника в дистриб'юції постачальником буде означати, що мова йде про прості відносини поставки, в яких виробник зобов'язується передати (поставити) в обумовлені строки (строк) другій стороні – покупцеві – товар (товари), а покупець – прийняти вказаний товар (товари) і сплатити за нього певну грошову суму [6]. Тобто права й обов'язки виробника обмежуються лише належною поставкою товарів та отримання плати за них. У відносинах дистриб'юції у виробника, дійсно, частина прав та обов'язків такі, як і під час поставки. Однак правовий статус у дистриб'юторських відносинах у виробника значно складніший, ніж під час поставки. Так, варто вказати передусім право виробника встановлювати умови щодо надання свого товару дистриб'ютору. Дистриб'ютор після поставки й оплати товару стає його власником. Однак виробник передає товар для подальшого продажу в аутентичному вигляді, без можливості жодних змін у зовнішньому вигляді, функціональному призначенні тощо. Звісно, при цьому зберігається посилання на виробника товару. У зв'язку з цим зберігаються всі відомості, з яких формується ділова репутація виробника. Отже, виробник має право визначати територію, на якій дистриб'ютор розповсюджуватиме товар, установлюватиме певні умови подальшого продажу товарів, рекомендуватиме орієнтовну ціну подальшого продажу (дистриб'ютор украй рідко доводить товар до кінцевого споживача, на кінцеву вартість товару впливає націнка проміжних дрібнооптових і роздрібних суб'єктів торговельної діяльності, через що, звісно, остаточна ціна для споживачів зростає, і це впливає на обсяги продажів і ділову репутацію виробника). Також, на відміну від відносин поставки, виробник під час дистриб'юції встановлює умови для дистриб'ютора щодо, наприклад, зберігання товару, презентації його іншим суб'єктам для продажу або споживачам тощо.

У свою чергу, зазначеним правам виробника кореспондують відповідні обов'язки. Так, обравши на визначеній у договорі території дистриб'ютора, виробник уже не має права мати іншого на цій самій території. Погодивши стратегію просування товару на ринку, виробник має сприяти її реалізації тощо. Із зазначеного випливає, що коло прав та обов'язків у виробника під час дистриб'юції значно більше й багато з них якісно відрізняються від правового статусу постачальника у відносинах поставки.

Як видно з наведених визначень, уживання щодо виробника під час дистриб'юції терміна «принципал» доцільно в контексті, так як дистриб'юторська діяльність не є агентською Також виробник не є основним боржником за дистриб'юторським договором. Звісно, він за договором дистриб'юції виступає за свій рахунок, тобто товар є його, однак у цьому сенсі термін «принципал» жодним чином не підкреслює його дійсний статус.

Вище вже зазначалось, що дистриб'ютор може отримувати товар на умовах дистриб'юції від імпортерів. Найбільш коротко імпортерами можна зазначити юридичну або фізичну особу, яка ввозить товар або отримує послуги із закордону для його подальшої реалізації в країні ввезення [7]. Імпортером не обов'язково має бути виробник товару. З огляду на це, визначати у відносинах дистриб'юції виробника виробником не доречно.

З огляду на те, що в міжнародній практиці, в іноземному законодавстві й частково в науковій літературі виробника/імпортера зазначають як принципала, на нашу думку, й в українському законодавстві їх доцільно визначати цим терміном.

Отже, принципалом у відносинах дистриб'юції є суб'єкт господарювання, який безпосередньо здійснює виробництво товару або імпортує його з країни походження та на договірній основі за визначену плату передає товар іншому суб'єктові господарювання для подальшого продажу за умови організації заходів щодо просування товару на визначеній території.

У довідникових джерелах дистриб'ютором указується фірма, підприємець, які здійснюють оптові закупівлі і збут певного виду товарів на регіональних ринках. Дистриб'ютори мають переважне право й можливості купувати і продавати устаткування, технічні новинки, програмне комп'ютерне забезпечення. Фірма може мати власного дистриб'ютора за кордоном, який є її єдиним представником – генеральним дистриб'ютором. Водночас він надає посередницькі маркетингові послуги продавцям і покупцям із монтажу й наладки устаткування тощо. Такі послуги називаються дистриб'юторськими [4, с. 349].

Подані розуміння зазначених термінів є найбільш розповсюджені та повторюються в інших виданнях.

В українському законодавстві визначення терміна «дистриб'ютор» можна знайти в Інструкції Національного банку України (далі – НБУ) про організацію виготовлення, випуску в обіг і реалізації пам'ятних монет України та сувенірної продукції [8]. Так, у цій Інструкції визначено конкретно дистриб'ютора НБУ з продажу пам'ятних монет України, яким є банк України, який на підставі відповідного договору з НБУ реалізує пам'ятні монети й сувенірну продукцію від свого імені. Як видно із цього

визначення, дистриб'ютор обирається виробником, у цьому випадку особою – НБУ, яка виступає від імені держави первинним власником конкретно визначеного майна, в цьому випадку пам'ятних монет і сувенірної продукції. Сторони оформлюють свої відносини договором, за яким дистриб'ютор реалізує обумовлений договором товар від свого імені. Ці умови є характерними для відносин дистриб'юції.

У Листі Департаменту готівково-грошового обігу НБУ, який адресовано банкам України й Асоціації банків України, про отримання банками статусу дистриб'ютора з продажу пам'ятних монет України від 28.04.2009 серед умов відповідності банку статусу дистриб'ютора вказано обов'язок формування банком-дистриб'ютором клієнтської бази з напряму продажу монет, шляхи її обслуговування, перспективи формування регіональної дилерської мережі (тобто клієнтської бази банку-дистриб'ютора) з продажу монет тощо. Із цього можна зробити висновок, що під час дистриб'юції безпосередньо з виробником установлює відповідні відносини саме дистриб'ютор, який здійснює просування товару на ринку через свою власну клієнтську мережу – дилерів. У свою чергу, останні доводять товар до кінцевого споживача.

З наведених визначень дистриб'ютора можна зробити такі висновки.

1) дистриб'ютором є фірма або підприємець, тобто суб'єкт господарювання, а не філія, не представництво виробника товару;

2) дистриб'ютор здійснює оптові закупки товару виключно у свого виробника;

3) метою купівлі товару у виробника дистриб'ютором є подальший продаж меншими партіями або вроздріб кінцевим споживачам чи більш дрібним суб'єктам господарювання;

4) продаж товару дистриб'ютором обмежується певним регіональним ринком, із чого можна зробити висновок, що виробник товару може мати декілька дистриб'юторів свого товару, однак в інших регіонах;

5) разом із продажем товару виробника дистриб'ютор бере на себе зобов'язання про надання маркетингових послуг кінцевим або проміжним споживачам товару;

6) серед зобов'язань дистриб'ютора можна також відмітити обов'язок організації заходів із просування товару на ринку;

7) за умови розповсюдження товару через дистриб'ютора виробник не має права продавати свій товар на визначеному ним і дистриб'ютором ринку іншим особам, а також мати інших дистриб'юторів;

8) дистриб'ютор самостійно формує власну мережу збуту товару.

Дистриб'ютори, як уже було зазначено, здійснюють виключно діяльність щодо просування та розповсюдження товару на певному регіональному ринку. Такі суб'єкти господарювання, як правило, створюються з метою здійснення саме дистриб'юторської діяльності. За Класифікатором видів економічної діяльності (далі – КВЕД) окремо дистриб'юторська діяльність як вид економічної діяльності не визначена. Замість цього, КВЕД визначає та наводить перелік оптової торгівлі й товарів, із якими пов'язана діяльність посередників у торгівлі конкретними товарами [9]. Так, оптова торгівля визначена як перепродаж (продаж без зміни) нових або вживаних товарів роздрібним торговцям, підприємствам та організаціям чи іншим оптовим торговцям; діяльність агентів із покупки товарів від імені подібних осіб або компаній, а також із продажу їм товарів. До суб'єктів оптової торгівлі включаються такі основні види комерційних підприємств, як оптові торговельні підприємства, тобто оптовики, що здобувають право власності на товари, які вони продають, оптові торговці, біржовики, підприємства оптової торгівлі, що спеціалізуються на обслуговуванні промисловості, експортери, імпортери, закупівельно-кооперативні об'єднання, філії та бюро з продажу (не включаються магазини роздрібної торгівлі), що містять підприємства гірничодобувної промисловості (окремо від заводів і шахт) для збуту своєї продукції й функції яких не обмежуються прийомом замовлень, які виконуються шляхом прямих відвантажень із заводів або шахт. Включені також посередники й агенти, заготівельники та кооперативні об'єднання, що займаються збутом сільськогосподарської продукції. Дистриб'ютори в цьому переліку відсутні. Ця обставина суттєво ускладнює здійснення дистриб'юторської діяльності. Щодо принципала, товару, дрібнооптових і роздрібних торговців та опосередковано кінцевих споживачів дистриб'ютор має специфічний, не схожий ні який інший, статус. Статус саме дистриб'ютора не тільки фактично за умовами договору, а й формально – зазначення напряму діяльності суб'єкта господарювання в установчих документах і Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань як дистриб'юторської – дасть змогу уникнути багатьох ускладнень під час її здійснення. Це стосується передусім співвідношення дистриб'юторської діяльності й дотримання конкуренто-монопольного законодавства, оскільки дистриб'ютор може зайняти монопольне (домінуюче) становище на ринку певного товару на конкретній території. Також у силу закупівлі в принципала великих оптових партій товару дистриб'ютор може отримувати їх за дещо меншою ціною й, у свою чергу, також надалі реалізовувати товар за меншою ціною порівняно з такими самими товарами інших виробників. У цьому випадку можуть виникнути питання щодо здійснення принципалом і дистриб'ютором антиконкурентних узгоджених дій. Ці ускладнення потенційно можуть виникнути через відсутність правового регулювання дистриб'юторської діяльності.

Дистриб'юторські договори зазвичай укладаються щодо товару, який має високий попит на своєму первинному ринку, тобто на ринку за місцем його виробництва. В основному це продукти харчування, устаткування та обладнання, яких потребують інші суб'єкти господарювання в питомих обсягах (наприклад, морозильна техніка й технології), товари автомобільної

промисловості тощо. Щодо товару, який уже добре зарекомендував себе на ринку, можна очікувати попит і на іншій території, що, звісно, мінімізує господарські ризики. З огляду на це, принципал, як уже зазначалось, може дозволити собі встановлювати умови щодо потенційних дистриб'юторів. Так, у Листі НБУ «Про надання статусу дистриб'ютора з продажу пам'ятних монет України банкам України та визначення їх робіт на 2009 рік» НБУ встановлено такі умови щодо потенційних банків-дистриб'юторів: належність до групи банків; наявність письмового дозволу НБУ на проведення операцій із валютними цінностями, зокрема операцій із банківськими металами на валютному ринку України; досвід роботи з банківськими та дорогоцінними металами, у тому числі з монетами; річний обсяг продажів банківських металів фізичним особам (золото, срібло) за останні три роки; кількість філій і відділень по всій території України; наявність і кількість нумізматичних організацій. Також претенденти мали одразу вказати можливу структуру клієнтської бази з напряму продажу пам'ятних монет і шляхи її обслуговування; перелік рекламних заходів щодо популяризації сучасної нумізматики України, перспективи формування регіональної дилерської мережі з продажу монет, порядок оголошення та організації аукціонів із залученням не лише членів Асоціації нумізматів України, а й інших фізичних осіб (надалі ці положення увійдуть до Інструкції Національного банку України про організацію виготовлення, випуску в обіг і реалізації пам'ятних монет України та сувенірної продукції від 30.05.2012). Усі ці умови в сукупності впливають на вибір банка-дистриб'ютора.

Процедура відбору банків, що мають намір стати дистриб'ютором, здійснюється Оперативним департаментом НБУ. Він розглядає звернення банків України, які мають відокремлені підрозділи не менше ніж у 10 областях України, і генеральну ліцензію на здійснення валютних операцій, а також тих банків, які обслуговують нумізматичні організації певного регіону й мають змогу забезпечувати пам'ятними монетами туристичні маршрути.

Під час розгляду звернень банків України враховуються річні обсяги здійснення операцій із монетами та банківськими металами, наявність розгалуженої мережі відокремлених підрозділів банку на території України (з урахуванням їх кількості) й обслуговування нумізматичних організацій, здійснення рекламних заходів щодо популяризації пам'ятних монет, можливість формування регіональної дилерської мережі тощо.

За результатами розгляду звернень Департамент готує проект рішення Правління НБУ про перелік банків України, яким надано статус дистриб'юторів, і розмір партії пам'ятних монет для кожного із цих дистриб'юторів. Рішення Правління НБУ є підставою для укладення відділами грошового обігу в регіонах НБУ договору з дистриб'ютором, у якому обов'язково має бути передбачено порядок реалізації йому пам'ятних монет, а також умови реалізації цих монет самим дистриб'ютором.

НБУ за потреби забезпечення пам'ятними монетами органів державної влади й інших установ у зв'язку з проведенням ними загальнодержавних заходів здійснює реалізацію пам'ятних монет дистриб'юторам, визначивши обсяги їх реалізації державним органам та іншим установам, згідно з відповідним розпорядженням НБУ.

Перегляд затвердженого переліку дистриб'юторів і розмірів наданих їм партій пам'ятних монет здійснюється в разі порушення умов відповідного договору.

Інформацію про затвердження переліку дистриб'юторів і розмірів партій пам'ятних монет Департамент доводить до відома всіх банків України, які надіслали письмові звернення до НБУ.

Інший приклад вимог щодо дистриб'юторів, який містить вітчизняне законодавство, можна знайти в Наказі Міністерства охорони здоров'я України від 23.08.2005, яким затверджено Порядок проведення сертифікації підприємств, які здійснюють оптову реалізацію (дистрибуцію) лікарських засобів (далі – Порядок) [10].

Необхідність проведення процедури сертифікації вже є сама по собі умовою набуття статусу дистриб'ютора лікарських засобів. Така вимога не виробника, а законодавства зазвичай пов'язана зі специфікою товару – ліків. Цей вид товару є надзвичайно суспільно важливим, і саме тому держава бере на себе разом із їх виробниками відповідальність за їх якість, безпеку та придатність, починаючи з виробництва, реалізації й отримання кінцевим споживачем. Саме цим і пояснюється участь держави у визначенні потенційних дистриб'юторів.

Сертифікація проводиться на відповідність суб'єктів господарювання – дистриб'юторів лікарських засобів – на відповідність вимогам належної практики дистрибуції, запроваджується з метою підвищення рівня забезпечення якості лікарських засобів в Україні та здійснюється на добровільних засадах (п. 1.2 Порядку).

Процедуру сертифікації проводить Державна служба України з лікарських засобів та контролю за наркотиками. При цьому сертифікація може проводитись як щодо всього підприємства, так і його окремих структурних підрозділів (у самому Порядку ним визначено аптечну базу, склад).

Критеріями сертифікації є спроможність підприємства:

– забезпечити відповідність матеріально-технічної бази, технічних засобів і системи забезпечення якості лікарських засобів під час їх дистрибуції вимогам, установленим чинними в Україні нормативно-правовими актами кожного структурного підрозділу, заявленого до сертифікації;

– забезпечити постійну наявність та оборотність запасів асортименту лікарських засобів, зокрема внесених до Національного переліку основних лікарських засобів і виробів медичного призначення, виконати поставку на замовлення аптечного або лікувального закладу будь-якого найменування лікарського засобу з вищеназваних переліків у будь-який населений

пункт України протягом двох діб із моменту надходження замовлення (при цьому поставка може виконуватись із будь-якого структурного підрозділу підприємства).

Так само й в інших сферах господарювання щодо інших товарів принципали встановлюють умови і критерії вибору дистриб'юторів. Звісно, це зумовлено не тільки тим, що в дистриб'юцію передається відомий, потенційно прибутковий товар. Певні умови продиктовані властивостями самого товару й потребами в ньому (як видно з прикладу вимог до дистриб'юторів лікарських засобів). Також значну роль відіграє ділова репутація принципала.

За договором дистриб'юції дистриб'ютор отримує товар у принципала у власність, сплачуючи при цьому тільки його вартість, і на цьому грошові зобов'язання між ними закінчуються. Утім ці відносини не є відносинами купівлі-продажу або поставки. Як для принципала, так і для дистриб'ютора цим взаємні зобов'язання не обмежуються. Дистриб'юторська діяльність здійснюється з метою не просто збуту товару (для обох її суб'єктів), а для його просування на новому ринку. Здійснення саме просування товару і є головним обов'язком дистриб'ютора, без виконання якого принципал припинить співробітництво з ним. Звісно, у свою чергу, дистриб'ютор також може розраховувати на сприяння принципала в цьому (наприклад, спільну розробку стратегії дистриб'юції, певні знижки в разі проведенні акцій із товаром тощо).

Однак дистриб'ютор під час подальшої реалізації товару виступає від свого імені та в своїх інтересах. Жодним чином він не представляє принципала.

Отже, спираючись на викладене, можна зазначити, що дистриб'ютор – це суб'єкт господарювання, який купує товар у принципала для подальшої реалізації на визначеній договором території із зобов'язанням його просування.

Висновки

У дослідженні визначено поняття кожного із суб'єктів дистриб'юторської діяльності – принципала (виробника або імпортера товару) й дистриб'ютора. Також зазначено, що головним обов'язком дистриб'ютора є просування товару на ринку. Утім з метою більш повного термінологічного апарату щодо дистриб'юторської діяльності потрібно дослідити та з'ясувати значення терміна «просування». До того ж, як визначалось, опосередкований вплив на здійснення цієї діяльності мають інші учасники доведення товару до кінцевого споживача. Безумовно, цей аспект також потребує вирішення.

Список використаних джерел:

1. Рєзнікова В.В. Теоретичні проблеми регулювання посередництва у сфері господарювання України : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / В.В. Рєзнікова. – К., 2011. – 583 с.

2. Гайванович Н.В. Стратегія розвитку бізнес-суб'єктів в системі дистрибуції : дис. ... канд. екон. наук : спец. 08.00.04 / Н.В. Гайванович. – Л., 2016. – 241 с.

3. Зуєва О.А. Правове регулювання дистриб'юторської діяльності в Україні / О.А. Зуєва // Вісник Академії митної служби України. – 2015. – № 1. – С. 71–76

4. Райзберг Б.А. Современный экономический словарь / Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. – 2-е изд., испр. – М. : ИНФРА М, 1999. – 479 с.

5. Пугинский Б.И. Коммерческое право России / Б.И. Пугинский. – М. : Юрайт, 2000. – 413 с.

6. Господарський Кодекс України : Закон України від 16.01.2003 // Відом. Верхов. Ради України. – 2003. – № № 18, 19–20, 21–22. – Ст. 144.

7. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://yuridicheskaya_encyclopediya.academic.ru/3756.

8. Про затвердження Інструкції про порядок виготовлення, випуску в обіг пам'ятних монет та сувенірної продукції : Постанова Національного банку України від 30.05.2012 № 213 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1044-12/page.

9. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://kved.biz.ua/%D0%9A%D0%B0%D1%82%D0%B5%D0%B3%D0%BE%D1%80%D0%B8%D1%8F:%D0%A1%D0%B5%D0%BA%D1%86%D0%B8%D1%8F_G.

10. Про затвердження Порядку проведення сертифікації підприємств, які здійснюють оптову реалізацію (дистрибуцію) лікарських засобів : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23.08.2005 № 42 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1013-05.

Статья посвящена анализу правового статуса субъектов дистрибьюторской деятельности. На основе анализа научных точек зрения и практики осуществления этой деятельности определено, что производителя (импортера) товара следует определять как в договоре, так и в законодательстве термином «принципал». Предложены определения этого термина и понятия дистрибьютора.

Ключевые слова: дистрибьюторская деятельность, субъекты дистрибьюторской деятельности, принципал, дистрибьютор, продвижение товара.

The article is sanctified to the analysis of legal status of subjects of distributive activity. It is certain on the basis of analysis of scientific points of view and practice of realization of this activity, that the producer (importer) of commodity it is necessary to determine as in an agreement so in a legislation by a term "principal". Determinations of this term and concept of distributor are offered in research.

Key words: distributive activity, subjects of distributive activity, manufacturer, distributor, advancement of commodity.

УДК 346.93(477)(045)

Анастасія Катрич,

асистент кафедри права та публічного адміністрування
Маріупольського державного університету

ПОЗИТИВНА ВІДВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ПРАВІ

Стаття присвячена висвітленню проблеми визначення позитивної господарської процесуальної відповідальності. Автором проаналізовані погляди фахівців-процесуалістів щодо цього питання. Сформульовані висновки щодо основних понять процесуальної відповідальності у сфері господарсько-процесуального права.

Ключові слова: відповідальність, юридична відповідальність, позитивна відповідальність, господарсько-процесуальна відповідальність, господарсько-процесуальне право.

Постановка проблеми. Положення загальної теорії юридичної відповідальності формується на основі досягнень галузь знань матеріального права. Вплив галузевих процесуальних наук на теорію відповідальності виражається лише в формуванні уявлень про стадії реалізації в межах наявної процесуальної форми. Заходи юридичної відповідальності застосовуються в усіх галузях права, не є винятком і господарсько-процесуальне право. Розвиток інституту процесуальної відповідальності відбувається в умовах реформування національного судоустрою та судочинства. Здійснення господарського судочинства забезпечується за допомогою державного примусу к особам, які не виконують своїх процесуальних обов'язків, шляхом застосування окремих видів процесуальної відповідальності. Судова реформа в частині змін господарсько-процесуального права зумовлює пошук різних дієвих форм господарсько-процесуальних примусів. З огляду на відсутність однозначності питань процесуальної відповідальності та її класифікації, це питання є актуальним для вивчення.

Окремі питання поняття, підстав, класифікації процесуальної відповідальності стали предметом дослідження таких вчених як Чечіна Н. О., Елькинд П. С., Лейст О. Е., Цихоцький А.В., Штефан М.Й., Ветрова Г.М., Хачатуров Р.Л., Липинський Д.А., Вітрук М. В., Булатов О. С., Бичкова С. С., Бірюков І. А., Подцерковний О. П., Квасницька О.О., Осадча О.Г. Питання позитивної форми вираження господарсько-процесуальної відповідальності у вітчизняних дослідженнях не отримала свого достатнього висвітлення.

Метою статті є визначення поняття та розкриття особливостей позитивної відповідальності у господарсько-процесуальному праві, що дозволить визначити шляхи подальшого розвитку в умовах реформування судової системи.

Виклад основного матеріалу. Відповідальність – процесуальний засіб забезпечення суб'єктивних прав суб'єктів господарського-процесуального права. Крім того, як відомо, будь-який обов'язок тільки тоді стає мірою належної поведінки, коли йому кореспондує певний вид відповідальності. У сучасній юридичній науці термін «процесуальна відповідальність» є збірним поняттям. Кожна галузь права характеризується своєрідною відповідальністю, яка є одним із факторів галузевої самостійності. Так, під відповідальністю у господарсько-процесуальному праві розуміється юридичне зобов'язання суб'єктів процесуальних правовідносин діяти згідно з приписами процесуальних норм або сумлінно здійснювати надані права, не зловживати ними.

Саме питання процесуальної відповідальності не було окремим дослідженням в господарсько-процесуальному праві, воно було досліджено в інших галузях права. Так, у працях науковців-цивілістів можна виділити різні точки зору щодо розуміння процесуальної відповідальності. Одні автори, вважають, що процесуальна відповідальність володіє як загальними властивостями юридичної відповідальності, так має й специфічні особливості. Загальні властивості визначаються її родовими ознаками, а специфічні – видовими. Перші походять від змісту юридичної відповідальності. Другі – від особливостей цивільного процесуального права (Н.А. Чечіна). Інші автори, визначають процесуальну відповідальність, як установлені нормами цивільного процесуального права й забезпечені державним примусом заходи впливу на правопорушника у вигляді покладання на нього обтяжуючих (додаткових) обов'язків або некомпенсуючого позбавлення прав майнового або особистого характеру по здійсненню певних процесуальних дій або застосування інших примусових заходів за здійснення протиправних цивільних процесуальних дій (бездіяльності) (М.Й. Штефан) [1, с. 345].

О.Г. Осадча говорить про те, що відмінна риса процесуальної відповідальності як виду юридичної відповідальності полягає в тому, що у даному випадку поняття процесуальної відповідальності містить не тільки всі риси змісту інституту юридичної відповідальності, але також й характерні риси юридичного процесу, що і визначає специфіку процесуальної відповідальності [2, с. 82].

На підставі аналізу можна зробити висновок, що процесуальна відповідальність є ін-

© А. Катрич, 2017

струментом вирішення завдань, що стоять перед конституційним, цивільним, господарським процесами. Так варто відзначити визначення господарсько-процесуальної відповідальності такого вченого як О.П. Подцерковного. Він визначає її, як застосування органами судової влади до учасників господарського процесу за порушення вимог господарсько-процесуального законодавства передбачених законом заходів державного примусу, виражених у формі несприятливих наслідків як процесуального, так й матеріально-правового характеру [3 с. 181].

У той же час на сьогодні процесуальне законодавство та судова практика не виробили критеріїв для основного тлумачення не тільки окремого поняття процесуальної відповідальності а й процесуальної відповідальності у господарсько-процесуальному праві.

При аналізі господарсько-процесуальної відповідальності слід зазначити два основних положення. По-перше, господарсько-процесуальне право є самостійною галуззю та характеризується власним предметом та методом правового регулювання. По-друге, норми господарсько-процесуального права є не технічними правилами поведінки.

Господарсько-процесуальна відповідальність має загальні та специфічні ознаки. Як вид юридичної відповідальності визначається особливостями предмету і методу правового регулювання, так і процесуальна відповідальність кваліфікується на окремі структурні дані. Слід погодитися з Н.А. Чечіною у тому, що «це настільки самостійний вид, форма юридичної відповідальності, наскільки система процесуальних норм є часткою, формою соціальних, правових норм. Зміст процесуальної відповідальності похідний від юридичної відповідальності, де господарське процесуальне право похідне від ... права у цілому» [4, с. 36].

Дискусійним є питання щодо класифікації процесуальної відповідальності на позитивну та негативну. Дана дискусія триває вже багато років, однак, науковці не тільки не прийшли до єдиного розуміння, а й не визначились в критеріях даної класифікації. Зупинимось на дослідженні самої позитивної відповідальності, а саме існує думка Б. Т. Базилева, що «юридична відповідальність є обов'язком особистості суспільного життя діяти відповідно з вимогами правових норм, тобто реальна правомірна поведінка особи права». Тобто відповідальною людина стає вже в той момент, коли вона попадає у ситуацію, що вимагає від неї прийняття рішення, вибору найбільш оптимального, з погляду суспільних інтересів, варіанта поведінки. Саме тоді на неї покладається обов'язок діяти відповідно до розпоряджень права (позитивна відповідальність), тобто така відповідальність, яка реалізується в правомірній поведінці особистості, але вона може залишитися не реалізованою, якщо суб'єкт відповідальності поводиться протиправно [2, с. 83].

Позитивна відповідальність проявляється як обов'язок суб'єкта діяти відповідно до вимог процесуальних норм. В свою чергу негативна відповідальність являє собою обов'язок суб'єкта зазнавати обтяження за порушення приписів процесуальних норм. В юридичній літературі проблеми відповідальності досліджуються в основному в ретроспективному аспекті. Необхідно відзначити, що юридична відповідальність, з тих пір як вона виникла, завжди була відповідальністю за вчинене протиправне діяння. Як, доречно, зазначив О.Э. Лейст, позитивна та негативна процесуальна відповідальність є різними сторонами одного явища. Також процесуальна відповідальність розуміється, як «властивість особистості, яка виражається в здатності реагувати на зовнішні заходи впливу» [5, с. 148]. Між тим, правовій науці відомі й інші точки зору щодо позитивної процесуальної відповідальності. А.В. Цихоцький вказує на те, що «підстав для визнання існування позитивної відповідальності не має, так як дана категорія не відображає юридичну реальність» [6, с. 64]. Також прихильником ідеї про існування тільки негативної відповідальності є М.Й. Штефан, який розуміє господарсько-процесуальну відповідальність як «встановлену нормами господарсько-процесуального права та забезпечених державним примусом засобів впливу на правопорушника» [7, с. 104]. Натомість Г.Н. Ветрова розуміє позитивну відповідальність, як позитивну оцінку правомірної поведінки особи зі сторони держави, заохочення такої поведінки [8, с. 6].

Виходячи з цього можна зазначити, що позитивна відповідальність виникає з юридичного обов'язку здійснювати позитивні, корисні для суспільства функції і соціальні ролі та реалізується в регулятивних правовідносинах, в яких зобов'язана сторона знаходиться в стані підконтрольності та підзвітності. Відповідальність з'являється вже тоді, коли особа приступає до виконання обов'язків, а не тільки при їх невиконанні. У світлі аналізу теорії позитивної відповідальності виділяються висунуті професором В.А. Тарховим тези щодо можливості поширити на позитивну відповідальність загальне визначення про відповідальність як обов'язок здійснювати аналіз окремим своїм діям. З іншого боку, про це ж писали Р.Л. Хачатуров та Р.Г. Ягутян, підкреслюючи, що відповідальність існує поза і незалежно від факту правопорушення, заснована на обов'язку дотримуватись законів, тобто відповідальність є обов'язком, який супроводжує якийсь інший обов'язок. Як зазначив В.А. Хохлов, що розмежування даного поняття виявляє можливим обидва аспекти відповідальності охопити загальним поняттям [9, с. 12].

З огляду на дане розуміння можна стверджувати, що відповідальність може виражатися в двох аспектах: відповідальність, як внутрішній стан людини та відповідальність за окреме правопорушення. Позитивна відповідальність у господарсько-процесуальному праві є взаємопов'язаною зі свободою поведінки учасників господарського процесу (згідно зі ст. 1 ГПК до них відносяться підприємства, установи, організації, інші юридичні особи, громадяни – ФОП та інші [10]) та можуть вибирати вид своєї поведінки. Пра-

вильне розуміння учасниками господарського процесу покладених на них обов'язків, що обумовлюють належне ставлення – становить суб'єктивну сторону позитивної відповідальності. У свою чергу об'єктивна сторона виражається в поведінці, заснованій на внутрішніх мотивах – почуттях обов'язку. Все це передбачає правомірну соціальну активну поведінку відповідних суб'єктів. Крім того, підставою позитивної процесуальної відповідальності є нормативна і фактична підстава. Нормативна підстава являє собою закріплення в нормах права варіантів поведінки, що сприяють зростанню для корисного використання всіма громадянами своїх прав і виконання ними обов'язків перед державою і суспільством. Під фактичною підставою розуміється вчинення правомірного вчинку.

В юридичній літературі висловлюються думки, що метою позитивної процесуальної відповідальності є ідеально передбачуваний результат її впливу на поведінку суб'єктів, до якого прагне законодавець.

При цьому загальна ціль породжує окремі цілі. Цілями позитивної процесуальної відповідальності, що визначають напрямок її впливу, є:

1) регулювання і координування поведінки учасників господарського процесу;

2) стимулювання позитивної правової активності суб'єктів процесуальної відповідальності;

3) зменшення рівня зловживання процесуальними правами.

Досягнення основних напрямків процесуальної позитивної відповідальності можна визначити як основну мету – охорона і забезпечення правопорядку. Втілення позитивної відповідальності дає змогу ефективніше досягати мету господарського судочинства, яка полягає в захисті порушених чи оспорюваних прав та законних інтересів фізичних та юридичних осіб.

Слід зазначити, що не можна обмежувати позитивну відповідальність тільки її морально-етичної складовою, але, в той же час, норми моралі грають в позитивній відповідальності важливу роль. Як справедливо зазначає Н.В. Вітрук, позитивну відповідальність слід розглядати як обов'язок суб'єкта права надавати звіт своїм діям [11, с. 113]. Відповідно до цієї точки зору, позитивна відповідальність означає розуміння її суб'єктом господарсько-процесуального права щодо належного виконання своїх процесуальних прав та обов'язків.

Протиріччя існуючих точок зору пояснюється тим, що до проблем позитивної відповідальності дослідники нерідко підходять з тих же позицій, з яких вони аналізують негативну відповідальність. Як справедливо вказує О.С. Булатов, «до позитивної відповідальності не можна підходити з мірками негативної відповідальності, адже з цих позицій її не зрозуміти. Це особливий феномен, що виражає інші зв'язки і відносини. Відповідно тут повинні застосовуватися інші оцінки і критерії. В іншому випадку можна було б задовольнятися однією лише ретроспективною відповідальністю» [12, с. 5].

Вищезазначені підходи до розуміння позитивної процесуальної відповідальності, демонструють висвітлення даного питання у вузькому і в широкому сенсі.

Розглядаючи процесуальну відповідальність у вузькому сенсі, слід погодитися з тими авторами, які визначають її як передбачену санкцією правової норми міру державного впливу на особу, винну у вчиненні правопорушення, і передбачає для даної особи певні запобіжні заходи.

Процесуальна відповідальність в широкому сенсі – це державно-правова оцінка поведінки суб'єктів права з покладанням на них позитивних або негативних санкцій.

Звісно, позитивна процесуальна відповідальність особи існує в єдності своїх об'єктивних і суб'єктивних ознаках. До суб'єктивних ознак належать: усвідомлення правових норм, обов'язків; вироблення до них внутрішнього психічного ставлення; прагнення вчиняти певні дії; мотиви; цілі; емоції. Об'єктивними ознаками позитивної процесуальної відповідальності можна назвати правомірну поведінку і її наслідки, причинний зв'язок між правомірною поведінкою та її наслідками, а також факультативне застосування заохочувальної санкції. Так, наприклад, позитивна процесуальна відповідальність виникає коли особа стає стороною в судовому процесі. Так, стаття 22 Господарського процесуального кодексу України вказує, що «сторони зобов'язані добросовісно користуватися належними їм процесуальними правами, виявляти взаємну повагу до прав і охоронюваних законом інтересів другої сторони, вживати заходів до всебічного, повного та об'єктивного дослідження всіх обставин справи» [10]. При цьому, «добросовісність користування процесуальними правами» слід розглядати таким чином, що особи, які беруть участь у справі, не повинні зловживати наданими їм правами. Тобто учасник процесу, який добросовісно користується наданими йому процесуальними правами є носієм позитивної процесуальної відповідальності.

Висновки

З огляду на розвиток держави і суспільства, активне формування громадянського суспільства акценти процесуальної відповідальності трансформуються. Якщо на попередніх етапах розвитку матеріального та процесуального права сфера відповідальності була покладена, в основному, в межах «особа – держава», то сьогодні можна говорити про посилення відповідальності «особа-суспільство». Розширення прав особи і гарантія їх реалізації одночасно підвищує відповідальність громадян перед суспільством, і ця відповідальність вже не вкладається в рамки негативної відповідальності. Отже під позитивною відповідальністю у господарсько-процесуальному праві розуміється зобов'язання суб'єкта господарських процесуальних відносин виконувати свої процесуальні зобов'язання та використовувати надані йому процесуальні права. Позитивна відповідаль-

ність передбачається процесуальними нормами у вигляді дотримання окремих правил поведінки, які виражені у господарсько-процесуальному праві. Поняття позитивної юридичної відповідальності розвивається та проходить стадії виникнення і реалізації та є предметом подальшого вивчення.

Список використаних джерел:

1. Бичкова С.С., Бірюков І.А. Цивільне процесуальне право України: підручник / [С.С. Бичкова, І.А. Бірюков, В.І. Бобрик та ін.]; за заг. ред. С.С. Бичкової. – К.: Атіка, 2009. – 760 с.

2. Осадча О.Г. Процесуальна відповідальність у системі юридичної відповідальності / О.Г. Осадча // Актуальні проблеми держави і права. – 2006. – С. 80.

3. Подцерковний О.П., Квасницька О.О. Господарське процесуальне право: Підручник / [О.П. Подцерковний, О.О. Квасницька, Т.В. Степанова та ін.]; за ред. О.П. Подцерковного, М.Ю. Картузова. – Х.: Одіссей, 2011. – 400 с.

4. Чечина Н.А., Элькинд П.С. Об уголовно-процессуальной и гражданско-процессуальной ответственности / Н.А. Чечина, П.С. Элькинд // Советское государство и право. – 1973. – № 9. – С. 36.

5. Лейст О.Э. Методологические проблемы юридической ответственности. Проблемы теории государства и права / О.Э. Лейст. – М., 1999. – 346 с.

6. Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам / А.В. Цихоцкий. – Новосибирск, 1997. –294 с.

7. Штефан М.И. Гражданская процессуальная ответственность // Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / М.И. Штефан. – Киев, 1988. – 200 с.

8. Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная ответственность / Г.Н. Ветрова. – М., 1987. – 113 с.

9. Хачатуров Р.Л., Липинский Д.А. Общая теория юридической ответственности : [монография] / Р.Л. Хачатуров, Д.А. Липинский. – СПб: Юридический центр Пресс, 2007. – 950 с.

10. Господарський процесуальний кодекс України : за станом на 01 вер. 2001 р. / Верховна Рада України. — Офіц. вид. — К.: Парлам. вид-во, 2001. — 62 с. — (Бібліотека офіційних видань).

11. Витрук Н.В. Конституционное правосудие. Судебное конституционное право и процесс / Н.В. Витрук. – М., 1998. – 178 с.

12. Булатов О.С. Юридична відповідальність (загальнотеоретичні проблеми) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук /О.С. Булатов. – Л., 1985. – 19 с.

Статья посвящена освещению проблемы определения понятия позитивной хозяйственной процессуальной ответственности. Автором проанализированы взгляды специалистов-процессуалистов по данному вопросу. Сделаны выводы по основным вопросам процессуальной ответственности в сфере хозяйственного процессуального права.

Ключевые слова: хозяйственный процесс, юридическая ответственность, хозяйственно-процессуальная ответственность.

The article is devoted to the coverage of the problem of definition of the concept of positive economic procedural responsibility. The author analyzes the views of the procedural specialists on this issue. The conclusions drawn on the main issues of procedural responsibility in the field of economic procedural law.

Key words: economic process, legal responsibility, economic and procedural responsibility.

УДК 346.3:347.214

Наталія Костянчук,

аспірант кафедри господарського права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ОСОБЛИВОСТІ ПОСЕРЕДНИЦЬКОГО ДОГОВОРУ НА РИНКУ НЕРУХОМОГО МАЙНА

Статтю присвячено особливостям посередницького договору на ринку нерухомого майна. Особлива увага приділяється істотним умовам посередницького договору на ринку нерухомого майна. Проводиться аналіз істотних умов ріелторського договору з точки зору господарсько-правових відносин.

Ключові слова: істотні умови договору, посередництво, договір про надання посередницьких послуг, ріелторська діяльність.

Актуальність даної теми полягає в її практичному застосуванні. Діяльність посередницьких організацій на ринку нерухомого майна займає значне місце в розвитку та функціонуванні ринку нерухомості. Сьогодні важко уявити ринок нерухомого майна без посередників, проте така діяльність все ще не врегульована законодавчо, у зв'язку з чим виникає багато практичних питань, що потребують вирішення.

Постановка проблеми. Правовідносини на ринку нерухомого майна часто супроводжуються участю в них, прямо чи опосередковано, третіх осіб. Така необхідність викликана стрімким розвитком економіки в цій сфері, і посередники за таких умов є невід'ємною частиною ринку, що розвивається. Проте, як відомо, для нормального функціонування будь-яких відносин необхідна правова визначеність основних понять. Натепер посередницькі послуги на ринку нерухомого майна чинним законодавством не визначено, що негативно впливає на розвиток вказаних правовідносин. У таких обставинах саме договірна форма створює можливість господарюючим суб'єктам задовольнити власні інтереси у разі здійснення господарської діяльності. Посередницькі відносини досліджували такі вчені, як: В. В. Рєзнікова, В. А. Васильєва, Г. І. Сальнікова, І. Н. Галушина С. А. Спірідонов та ін. Однак науково-теоретичні розробки стосувались переважно посередництва загалом, у них не виділялося посередництво як господарська діяльність на ринку нерухомого майна.

Наукова новизна. У даній статті визначені істотні умови посередницького договору на ринку нерухомого майна, проаналізовано законодавство України та наукові здобутки у сфері посередницьких відносин на ринку нерухомості. Визначені особливості посередницьких договорів на ринку нерухомого майна.

Мета статті – визначення та аналіз істотних умов та особливостей посередницького договору на ринку нерухомого майна з надання фактичних посередницьких послуг.

С. А. Спірідонов запропонував своє бачення визначення посередництва: це вид господарської діяльності, заснований на довірі і здійснюваний від власного імені в інтересах клієнта (-ів) шляхом здійснення фактичних і/або юридичних дій, що мають, як правило, характер послуг при укладенні, виконанні або розірванні різних угод .

Посередник – це діючий від власного імені суб'єкт (фізична чи юридична особа), що здійснює за винагороду, якщо інше не передбачене договором, за дорученням іншої особи (клієнта) в його інтересах та за його рахунок фактично або юридично значиму діяльність, що виражається в сприянні встановленню контактів, укладенню угод, виконанню робіт, наданню послуг і т. п.[4]

Посередницька діяльність пов'язана з нерухомим майном: це діяльність із надання послуг щодо здійснення цивільно-правових угод із нерухомим майном і правами на нього – таке визначення міститься в Указі Президента від 27.06.1999 «Про ріелторську діяльність», хоч даний указ і не вступив у силу, таке визначення є єдиним, задекларованим на офіційному сайті Верховної Ради України [5].

За загальним визначенням, ріелторська діяльність – виконувана на постійній основі діяльність із надання для інших осіб, установ або організацій за плату або іншу винагороду посередницьких послуг із реалізації угод із нерухомістю і правами на неї.

У науковій спільноті та серед професійних учасників ринку нерухомості ведеться багато дискусій із приводу визначення понять ріелтора та ріелторської діяльності. Більш детальне визначення ріелторська діяльність отримала в наукових колах. В. В. Рєзнікова визначає ріелторську діяльність як «самостійну, ініціативну, систематичну, професійну (фахову), на власний ризик господарську діяльність, яка здійснюється суб'єктами ріелторської діяльності (фізичними та юридичними особами – підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів, одержання прибутку, яка складається з практичного, консультаційного, інформативного та інших способів та видів забезпечення ріелторської діяльності» [6, с. 111].

Вчені виділяють дві точки зору на посередницькі договори. За однією посередницькі договори об'єднані в «договори представницької групи». До такої групи зазвичай відносять до-

© Н. Костянчук, 2017

говори комісії, доручення, агентування тощо – такої точки зору дотримуються Н. В. Бєлов, В. А. Васильєва. За іншою посередницький договір розглядається як самостійний вид договору – таку позицію займають такі вчені, як В. В. Резнікова, Г. І. Сальнікова.

Через різноманітність договірних форм, що використовуються під час наданні посередницьких послуг, такі послуги класифікують як фактичні та юридичні.

Надання фактичних посередницьких послуг полягає в зведенні майбутніх контрагентів для досягнення спільної мети – укладення угоди.

Змістом посередницького договору на ринку нерухомого майна є професійна господарська діяльність посередника з надання посередницької послуги замовнику з метою задоволення інтересів замовника на ринку нерухомого майна. За загальним правилом, сторони, укладаючи господарський договір, мають обов'язково погодити предмет, ціну та строк дії договору. Дане зобов'язання можна розглядати як істотні умови, необхідні для укладання будь-якого господарського договору, в тому числі і не визначеного законодавчо. Цивільним кодексом України встановлено, що будь-який договір може вважатися укладеним лише за умови погодження сторонами всіх його істотних умов, якими вважаються:

• предмет договору;

• умови, які є необхідними для договорів певного виду;

• умови, що заявлені до погодження однією зі сторін договору;

• умови, що визначені законом як істотні.

Хоч законодавець і не визначив істотних умов для посередницьких договорів, сторони, укладаючи ріелторський договір, мають обов'язково погодити предмет, ціну та строк дії договору, оскільки без погодження цих умов належне виконання договору є неможливим. Крім того, для здійснення господарської діяльності на ринку нерухомого майна посередник має виконати низку специфічних вимог, необхідних для здійснення господарської діяльності в цій сфері, наприклад отримати сертифікат для підтвердження своєї професійності або бути членом самоврядної організації та ін.

Предметом посередницького договору на ринку нерухомого майна є послуга. Характерною ознакою предмета посередницького договору є надання послуги, що не виражається в речовому результаті.

В. А. Васильєва зазначає, що особливістю предмета посередницьких договорів є не стільки сама діяльність як процес, скільки вчинення юридично значимих учинків, які кожен зокрема і всі разом стають юридичним фактом, що змінює обсяг прав та обов'язків особи шляхом учинення дій іншою особою-посередником [7]. Автор не може погодитись із даною тезою повною мірою, оскільки діяльність фактичного посередника обмежується створенням умов для майбутньої угоди і не впливає на зміну обсягу прав та обов'язків сторін за цією можливою майбутньою угодою, оскільки посередник не вчиняє для цього юридично значимих дій. Отже, завданням фактичного посередника на ринку нерухомого майна є надання кваліфікованої послуги, яка споживається замовником для досягнення ним (замовником) певного результату. У зв'язку із цим у договорі є обов'язковим чітке визначення послуг, що надаються посередником, оскільки визначення в предметі договору послуг, що виходять за межі посередницьких, може трактуватись як інший вид правовідносин.

Іншою істотною умовою посередницького договору на ринку нерухомого майна можна виділити оплату наданих послуг. Дана умова є обов'язковою, оскільки визначається характером вчинюваної діяльності, а саме: посередницька діяльність на ринку нерухомого майна є професійною господарською діяльністю. Господарська діяльність за своїм змістом – це діяльність, здійснювана з метою отримання прибутку. Згідно з Господарським кодексом України ціна є вираженим у грошовій формі еквівалентом одиниці товару (продукції, робіт, послуг, матеріально-технічних ресурсів, майнових та немайнових прав), що підлягає продажу (реалізації), який повинен застосовуватися як тариф, розмір плати, ставки або збору, крім ставок і зборів, що використовуються в системі оподаткування.

Для посередницьких договорів характерним є поділ ціни за посередницьку послугу на відшкодування витрат та винагороду за надання послуги.

В. В. Рєзнікова зазначає, що виплати винагороди посередникові можуть бути різноманітними: тверда грошова сума; відсоток від вартості товарів, робіт, послуг, на просування на ринку яких було спрямовано діяльність і зусилля посередника [8]. На практиці ціна в договорі про надання ріелторських послуг обраховується у твердій грошовій сумі або у відсотковому відношенні. Під час розгляду законодавчих ініціатив, спрямованих на врегулювання посередницької діяльності на ринку нерухомого майна, одним із ключових питань було державне регулювання оплати за ріелторські послуги. Були спроби встановити граничну ціну за такі послуги, проте фахівці з нерухомості такі ініціативи не підтримали [9]. Натепер питання розміру плати за договором про надання ріелторських послуг вирішується сторонами на власний розсуд. На думку автора, оптимальним для даного виду діяльності є оплата за надані фактичні посередницькі послуги в твердій сумі, оскільки посередник, як господарюючий суб'єкт, визначає суму винагороди, вже врахувавши свої витрати, – у цьому разі йдеться тільки про фактичне посередництво.

Поряд із розміром оплати за послуги постає питання визначення моменту виникнення обов'язку здійснити оплату за договором про надання ріелторських послуг. Безперечно, ця умова має бути визначена сторонами за договором про надання посередницької послуги. Умова про момент виникнення обов'язку оплати за посередницькі послуги тісно переплітається з умовою про визначення дій, що має вчинити посередник. Фактичний посередник має на меті

зведення контрагентів для укладення угоди з нерухомістю. У цьому разі можна вважати, що моментом виникнення обов'язку оплати послуг посередника є момент укладання угоди з нерухомістю. Проте у разі не укладення такої угоди з нерухомістю посередник втрачає право на винагороду за свої послуги, при цьому не маючи можливості вплинути на укладання угоди з нерухомістю, оскільки це вже інші правовідносини. Такі випадки є доволі частими і призводять до недосягнення посередником, як господарюючим суб'єктом, мети своєї господарської діяльності – отримання прибутку. Тому, враховуючи особливість посередницьких правовідносин на ринку нерухомого майна, визначення моменту настання обов'язку оплати за посередницьким договором є обов'язковим.

Строк дії договору є третьою істотною умовою посередницького договору на ринку нерухомого майна. Законодавець визначає строк договору як час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права та виконати свої обов'язки відповідно до договору. У договорі про надання посередницьких послуг на ринку нерухомого майна строк обумовлюють сторони за взаємною згодою. Кожна зі сторін договору погоджує умову про строк, виходячи з власних можливостей виконання зобов'язання за цим договором.

Висновки

Таким чином, робимо висновок, що посередницький договір на ринку нерухомого майна є договором про надання послуги. Істотними умовами такого договору є предмет, ціна та строк дії договору. Істотні умови мають бути визначені в посередницькому договорі з урахуванням особливостей, притаманних посередницьким правовідносинам на ринку нерухомого майна.

Список використаних джерел:

1. Цивільний кодекс України Верховна Рада України : Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/main/435-15

2. Господарський кодекс України Верховна Рада України : Кодекс України, Закон, Кодекс від 16.01.2003 № 436-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/436-15

3. Про ціни і ціноутворення Верховна Рада України : Закон від 21.06.2012 № 5007-VI [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5007-17

4. Спиридонов С.А. Посредничество как комплексный институт гражданского права РФ [Електронний ресурс] : автореф. дис. ... канд. юр. наук // С.А. Спиридонов. – Москва, 2007. – Режим доступу: http://www.dissercat.com/content/posrednichestvo-kak-kompleksnyi-institut-grazhdanskogo-prava-rf

5. Проріелторську діяльність : Указ Президент України від 27.06.1999 № 733/99 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/733/99/ed19990714/find?text=%F0%B3%E5%EB%F2%EE%F0%F1%FC%EA%E0+%E4%B3%FF%EB%FC%ED%B3%F1%F2%FC

6. Резнікова В.В. Правове регулювання посередництва на ринку нерухомості / В.В. Резнікова // Університетські наукові записки, 2011. – № 3(39). – С. 107–121.

7. Васильєва В.А. Істотні умови посередницького договору / В.А. Васильєва // Університетські наукові записки, 2006. – № 1(17). – С. 79–82.

8. Резнікова В.В. Поняття та особливості посередницьких договорів / В.В. Резнікова // Вісник КНУ ім. Т. Шевченка, 2010. – № 85. – С. 73–78. – Серія: Юридичні науки.

9. Звернення асоціації фахівців з нерухомості України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.asnu.net/news/1945/

10. Васильєва В.А. Договірне регулювання відносин з надання посередницьких послуг / В.А. Васильєва // Розробка механізму правового регулювання договірних відносин у підприємницькій діяльності. – 2009. – С. 148–164.

11. Галушина И.Н. Посредничество как гражданско-правовая категория : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» [Электронный ресурс] / И.Н. Галушина. – Пермь: РГБ, 2006. – С. 177. – Режим доступа: http://legalportal.am/cat/ebook/343.

Данная статья посвящена особенностям посреднического договора на рынке недвижимого имущества. Особое внимание уделяется существенным условиям посреднического договора на рынке недвижимого имущества. Проводится анализ существенных условий риэлтерского договора с точки зрения хозяйственно-правовых отношений.

Ключевые слова: существенные условия договора, посредничество, договор о предоставлении посреднических услуг, риэлторская деятельность.

This article is devoted to the particularities of mediation agreements in the real estate market. Close attention is paid to the essential terms and conditions of mediation agreements in the real estate market. The essential terms and conditions of real estate contracts are analysed in terms of economic – legal relations.

Key words: mediation, mediation agreement, real estate activities.

УДК 346.34

Наталія Кучаковська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри міжнародного приватного, комерційного та цивільного права
Київського національного торговельно-економічного університету

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ ПІДРЯДУ НА КАПІТАЛЬНЕ БУДІВНИЦТВО: ОКРЕМІ АСПЕКТИ

Стаття присвячена дослідженню форми та змісту договору підряду на капітальне будівництво. Визначено предмет даного договору. Проведено аналіз законодавства, що регулює порядок укладення та виконання договору підряду на капітальне будівництво. Сформульовано висновки і пропозиції з метою вдосконалення законодавства України у цій сфері.

Ключові слова: капітальне будівництво, замовник, підрядник, кошторис, проектно-кошторисна документація, предмет договору, істотні умови договору, договір підряду на капітальне будівництво.

Постановка проблеми. Капітальне будівництво відіграє важливу роль в економіці країни, оскільки охоплює будівництво нових, а також розширення, реконструкцію, перепрофілювання наявних об'єктів та виконання інших робіт, пов'язаних із будівництвом об'єктів, а основним договором, що опосередковує відносини у даній сфері, є договір підряду на капітальне будівництво.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед вітчизняних науковців підрядні відносини у капітальному будівництві досліджували М. Біленко [1], О. Вінник [2], А. Гриняк [3], Н. Кузнєцова [4], Р. Майданик [4], В. Олюха [5], В. Щербина [6] та інші. Проте й досі існують суперечливі погляди на предмет договору підряду на капітальне будівництво та залишаються не вирішеними проблеми правового регулювання укладення та виконання даного договору.

Метою статті є з'ясування форми та змісту договору підряду на капітальне будівництво та внесення пропозицій до чинного законодавства з метою вдосконалення законодавства України в цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до ч. 1 ст. 318 Господарського кодексу України від 16.01.2003 № 436-IV [7] (далі – ГК), за договором підряду на капітальне будівництво одна сторона (підрядник) зобов'язується своїми силами і засобами на замовлення другої сторони (замовника) побудувати і здати замовникові у встановлений строк визначений договором об'єкт відповідно до проектно-кошторисної документації або виконати зумовлені договором будівельні та інші роботи, а замовник зобов'язується передати підряднику затверджену проектно-кошторисну документацію, надати йому будівельний майданчик, прийняти закінчені будівництвом об'єкти і оплатити їх. У ч. 2 ст. 318 ГК перелічено види робіт, на які укладається даний договір: будівництво, розширення, реконструкція та перепрофілювання об'єктів; будівництво об'єктів з покладенням повністю або частково на підрядника виконання робіт з проектування, поставки обладнання, пусконалагоджувальних та інших робіт; виконання окремих комплексів будівельних, монтажних, спеціальних, проектно-конструкторських та інших робіт, пов'язаних із будівництвом об'єктів.

На підставі ч. 2 ст. 317 ГК загальні умови договорів підряду визначаються відповідно до положень Цивільного кодексу України від 16.01.2003 № 436-IV [8] (далі – ЦК) про договір підряду, якщо інше не передбачено ГК. Зокрема, ст. 875-886 ЦК врегульовано порядок укладення договору будівельного підряду, за яким підрядник зобов'язується збудувати і здати у встановлений строк об'єкт або виконати інші будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації, а замовник зобов'язується надати підрядникові будівельний майданчик (фронт робіт), передати затверджену проектно-кошторисну документацію, якщо цей обов'язок не покладається на підрядника, прийняти об'єкт або закінчені будівельні роботи та оплатити їх. Договір будівельного підряду укладається на проведення нового будівництва, капітального ремонту, реконструкції (технічного переоснащення) підприємств, будівель (зокрема, житлових будинків), споруд, виконання монтажних, пусконалагоджувальних та інших робіт, нерозривно пов'язаних із місцезнаходженням об'єкта.

Із цього приводу Н.С. Кузнєцова і Р.А. Майданик зазначили, що правову колізію між ЦК та ГК щодо назви цих договорів певною мірою нівелює ідентичність предметів зазначених правочинів з урахуванням правила про виявлення природи правовідносин за їх змістом, а не за назвою договорів, що їх регулюють [4, с. 414]. Однак, слід погодитись із думкою В.С. Щербини, що ситуація, коли привертають до себе увагу не лише змістові розходження в статтях, що регулюють тотожні підрядні відносини, але й розбіжності в термінах, якими в зазначених кодексах позначаються однакові за змістом підрядні договори, має бути виправлена як шляхом узгодження змісту норм обох кодексів, так і шляхом уніфікації термінів, що вживаються в них [6, с. 585]. До того ж, як слушно зауважив

© Н. Кучаковська, 2017

Р. А. Майданик, відмова законодавця від застосування терміна «капітальне будівництво» зумовила поширення положень ЦК про будівельний підряд на будь-які «капітальні» і «некапітальні» (наприклад, спорудження торгового павільйону, інших тимчасових споруд) види будівельних робіт, які проводяться відповідно до проектно-кошторисної документації, незалежно від юридичної характеристики об'єктів будівництва, яка, зокрема, ґрунтується на його природних властивостях і відображена у технічній інформації про такий об'єкт. З наведеного випливає, що предметом договору будівельного підряду може виступати будь-який об'єкт незалежно від технічних особливостей об'єкта будівництва, пов'язаних зі складом використаних у їх спорудженні матеріалів, наявністю чи відсутністю інженерних комунікацій та «заглибленого фундаменту» як основного елемента, що пов'язує його тісно із землею [4, с. 416].

Зокрема, слід звернути увагу на невідповідність норм ЦК і ГК щодо визначення прав і обов'язків сторін договору підряду на капітальне будівництво і, відповідно, щодо предмету даного договору. Так, згідно з ч. 1 ст. 318 ГК, в обов'язок підрядника ставиться забезпечити виконання робіт, передбачених договором підряду на капітальне будівництво, своїми силами і засобами, натомість ч. 1 ст. 875 ЦК не вказує на те, що саме на підрядника покладається такий обов'язок. В обов'язок замовника ставиться передати підряднику затверджену проектно-кошторисну документацію (ч. 1 ст. 318 ГК). Натомість положення ч. 1 ст. 875 ЦК та п. 31 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 № 668 [9], (далі – Загальні умови) вказують не на імперативність, а на презумпцію такого обов'язку замовника. Оскільки, згідно з ч. 2 ст. 317 ГК, загальні умови договору підряду на капітальне будівництво визначаються відповідно до положень ЦК про договір підряду, якщо інше не передбачено ГК, а Загальні умови є підзаконним нормативно-правовим актом і не повинен суперечити ГК, вважаємо, що за договором підряду на капітальне будівництво забезпечення виконання робіт, передбачених договором, своїми силами і засобами є виключним обов'язком підрядника, а передача підряднику затвердженої проектно-кошторисної документації є виключним обов'язком замовника, тому п. 31 Загальних умов слід привести у відповідність до ч. 1 ст. 318 ГК.

Існують різні наукові погляди щодо визначення предмета досліджуваного договору. Так, Н. С. Кузнєцова вважає, що основним предметом договору будівельного підряду є результат будівельних робіт – завершений об'єкт, або закінчені будівельні роботи відповідно до проектно-кошторисної документації на замовлення замовника, а не процес виконання робіт чи діяльність підрядника на створення об'єкта та його здачу. За предметом договір будівельного підряду може розглядатися як універсальний договір, оскільки на підрядника може бути покладено будь-які роботи з будівництва об'єкта чи інші, пов'язані з ним, будівельні роботи [4, с. 415]. О. М. Вінник також зазначає, що за своїм предметом договір підряду на капітальне будівництво є універсальним договором, що укладається на нове будівництво, на всі види реновації (реконструкцію, розширення, технічне переозброєння, перепрофілювання об'єктів, капітальний ремонт), на консервацію об'єктів, на виконання окремих комплексів будівельних, монтажних, спеціальних та інших робіт, пов'язаних із будівництвом об'єкта (оздоблювальні, опоряджувальні, земляні роботи тощо), а також може передбачати покладення на підрядника обов'язку виконання (у повному обсязі чи частково) проектно-дослідних (вишукувальних) робіт, поставки обладнання, пусконалагоджувальних та інших робіт [2, с. 526].

М. С. Біленко наголошує на тому, що предметом договору будівельного підряду є виконання підрядником будівельних та інших робіт з переданням їх результату замовникові. На думку науковця, хоча робота та її результат у договорі будівельного підряду зазвичай відокремлені в часі (спочатку виконується робота, а потім з'являється її результат), проте тісно пов'язані між собою, що надає можливість розглядати їх як єдиний предмет договору будівельного підряду. Робота, що виконується, передбачає певний результат, досягти якого неможливо без роботи, що йому передує [1, с. 193-194].

Є слушною думка В. Олюхи, що предмет договору підряду на капітальне будівництво – це цілеспрямована діяльність підрядника з виконання будівельних і пов'язаних з ними робіт із досягнення обумовленого договором результату та передачі його замовнику та зустрічні дії замовника з прийняття результату робіт і сплати підряднику обумовленої ціни [5, с. 58]. На підтвердження такого розуміння предмету даного договору можна навести ч. 1 ст. 320 ГК, в якій закріплено право замовника перевіряти хід і якість будівельних і монтажних робіт, а також якість матеріалів, що використовуються. Крім того, в цій статті та в п. 28 і 29 Загальних умов закріплено право замовника здійснювати контроль і технічний нагляд за відповідністю обсягу, вартості і якості виконаних робіт проектам і кошторисам і, відповідно, обов'язок підрядника забезпечити здійснення технічного нагляду протягом усього періоду будівництва об'єкта в порядку, встановленому законодавством. Тобто дані норми вказують на права і обов'язки сторін договору в процесі виконання робіт, а не лише під час прийняття їх результату, відповідно, як предмет договору підряду на капітальне будівництво можна розглядати не лише закінчені будівельні і пов'язані з ними роботи, а й процес їх виконання.

Відповідно до ч. 2 і 3 ст. 180 ГК, господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо всіх його істотних умов. Так, згідно з ч. 5 ст. 318 ГК, крім предмета договору, який повинен містити найменування об'єкта, обсяги і види робіт, передбачених проектом, договір підряду на капітальне будівництво повинен передбачати: найменування

сторін; місце і дату укладення; строки початку і завершення будівництва, виконання робіт; права і обов'язки сторін; вартість і порядок фінансування будівництва об'єкта (робіт); порядок матеріально-технічного, проектного та іншого забезпечення будівництва; режим контролю якості робіт і матеріалів замовником; порядок прийняття об'єкта (робіт); порядок розрахунків за виконані роботи, умови про дефекти і гарантійні строки; страхування ризиків, фінансові гарантії; відповідальність сторін (відшкодування збитків); урегулювання спорів, підстави та умови зміни і розірвання договору.

Однак у п. 5 Загальних умов також визначені істотні умови договору підряду і, на відміну від ГК, даний нормативно-правовий акт містить більш повний і невичерпний перелік істотних умов договору, крім вищезазначених, включає такі умови: порядок забезпечення виконання зобов'язань за договором підряду; порядок залучення субпідрядників; вимоги до організації робіт; умови здійснення авторського та технічного нагляду за виконанням робіт. Оскільки даний нормативно-правовий акт є підзаконним, його норми не повинні суперечити ГК, і такі додаткові істотні умови можуть бути включені до договору лише за згодою його сторін.

Крім того, у п. 11 Загальних умов зазначено, що договір підряду вважається укладеним з моменту його підписання сторонами і скріплення підписів печатками, а також нотаріального посвідчення, якщо це передбачено законом або домовленістю сторін. Натепер норма цього підзаконного нормативно-правового акта про необхідність скріплення підписів сторін печатками є такою, що не відповідає ч. 1 ст. 181 ГК та ч. 2 ст. 207 ЦК щодо форми договору. Обов'язковість скріплення договору печаткою може бути визначена за письмовою домовленістю сторін.

На підставі ч. 1 ст. 181, ст. 184 ГК, п. 5 Загальних умов договір підряду на капітальне будівництво викладається у формі єдиного документа, підписаного сторонами. Наказом Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 27.10.2005 № 3 затверджено Примірний договір підряду в капітальному будівництві [10]. Слід, однак, зауважити, що сторони, керуючись нормами ч. 4 ст. 179 ГК, мають право за взаємною згодою змінювати окремі умови, передбачені примірним договором, або доповнювати його зміст. Крім того, на відміну від положень ЦК про договір підряду, в ч. 4 ст. 318 ГК передбачено можливість укладення договору підряду на капітальне будівництво на підставі державного замовлення. У такому разі зміст договору має відповідати цьому замовленню.

Сторонами договору підряду на капітальне будівництво є замовник і підрядник. ЦК і ГК не дають чіткого визначення, хто може бути замовником і підрядником за даним договором, лише ч. 1 ст. 317 ГК вказує на підрядника як суб'єкта господарювання, а в ч. 3 ст. 837 ЦК передбачено обов'язок підрядника одержати спеціальний дозвіл для виконання окремих видів робіт, встановлених законом. Так, згідно з п. 9 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 02.03.2015 № 222-VIII [11], у разі будівництва об'єктів IV і V категорій складності підрядник повинен мати ліцензію на здійснення таких робіт. Відповідно до п. 3 Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, замовником є сторона договору підряду, яка за власним рішенням або дорученням інвестора розміщує замовлення на виконання робіт (будівництво об'єкта), приймає закінчені роботи (об'єкт будівництва) та оплачує їх; підрядником є сторона договору підряду, яка виконує та передає замовнику закінчені роботи (об'єкт будівництва), передбачені договором підряду. Договір підряду на капітальне будівництво замовник може укладати з одним підрядником або з двома і більше підрядниками. За згодою замовника підрядник має право залучати до виконання договору як третіх осіб субпідрядників на умовах укладених з ними субпідрядних договорів, відповідаючи перед замовником за результати їх роботи. У цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядниками – як замовник (ч. 1 і 2 ст. 319 ГК).

Строки виконання робіт за договором підряду на капітальне будівництво встановлюються договором і визначаються датою їх початку та закінчення. У п. 17 і 18 Загальних умов передбачено, що невід'ємною частиною договору підряду є календарний графік виконання робіт, в якому визначаються дати початку та закінчення всіх видів (етапів, комплексів) робіт, передбачених договором підряду. Датою закінчення робіт (будівництва об'єкта) вважається дата їх прийняття замовником, і тільки за згодою замовника виконання робіт (будівництво об'єкта) може бути закінчено достроково.

Щодо ціни даного договору, то, по-перше, вона може бути визначена в тексті договору; по-друге, спосіб визначення ціни може вказуватись у самому договорі; по-третє, ціна у договорі підряду може бути визначена у кошторисі, який містить постатейний перелік затрат на виконання робіт, є додатком до договору та його невід'ємною частиною [3, с. 5]. Так, згідно з ч. 1 ст. 321 ГК, у договорі підряду на капітальне будівництво сторони визначають вартість робіт (ціну договору) або спосіб її визначення. Вартість робіт за договором підряду (компенсація витрат підрядника та належна йому винагорода) може визначатися складанням приблизного або твердого кошторису, при цьому кошторис вважається твердим, якщо договором не передбачено інше (ч. 2 ст. 321 ГК).

За термінологією, що використовується в п. 3, 21 і 22 Загальних умов, ціна (вартість) робіт, визначена на основі кошторису, узгоджена сторонами і обумовлена у договорі підряду, має назву договірної ціни; кошторисом є зведені витрати, зведені кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошторисні розрахунки, об'єктні та локальні кошториси, кошториси на окремі види робіт, кошториси на проектні та пошукові роботи, інші розрахунки витрат на будівництво, складені за встановленою формою, на основі

яких визначається кошторисна вартість будівництва і договірна ціна. Якщо під час укладення договору підряду через невизначеність витрат чи інші обставини остаточно встановити договірну ціну неможливо, сторони у договорі підряду визначають приблизну договірну ціну, а також порядок її коригування в процесі виконання робіт (будівництва об'єкта); приблизна договірна ціна може уточнюватися в міру виконання робіт, здійснення витрат підрядника тощо.

У ч. 3 ст. 321 ГК передбачено, що у разі виникнення потреби значно перевищити приблизний кошторис підрядник зобов'язаний своєчасно попередити про це замовника. Якщо підрядник не попередив замовника про перевищення кошторису, він зобов'язаний виконати роботу, не вимагаючи відшкодування понесених додаткових витрат. Виходячи зі змісту п. 23 Загальних умов, значне перевищення приблизного кошторису означає, що вартість робіт перевищує вартість, зазначену у договорі підряду; про таке перевищення підрядник зобов'язаний повідомити замовника у строки, встановлені договором підряду. Із цього приводу в науковій літературі висловлено думку про доцільність сторонам при укладенні договору підряду на капітальне будівництво визначати як умову договору максимальний розмір перевищення приблизного кошторису для попередження можливих непорозумінь щодо того, який розмір перевищення приблизного кошторису вважати «значним» [12, с. 531-532]. Вважаємо за доцільне закріпити таку норму в п. 23 Загальних умов.

Зміни до твердого кошторису можуть бути внесені лише за погодженням сторін (ч. 2 ст. 321 ГК). Враховуючи можливість істотного зростання після укладення договору вартості матеріалів та устаткування, які мали бути надані підрядником, а також послуг, що надавалися йому третіми особами, у ч. 4 ст. 321 ГК передбачено право підрядника вимагати збільшення встановленої вартості робіт, а у разі відмови замовника – розірвання договору в установленому порядку. Однак у п. 27 Загальних умов уточнено, що підрядник не може вимагати збільшення встановленої вартості робіт у зв'язку зі зростанням вартості матеріалів та устаткування, що використовуються для виконання робіт, у разі, коли строки виконання цих робіт порушені з його вини. У таких випадках вартість матеріалів та устаткування, якщо інше не передбачено договором підряду, визначається відповідно до цін, що діяли на зазначену в договорі дату закінчення робіт, а додаткові витрати на виконання робіт, пов'язані зі зростанням вартості матеріалів та устаткування після зазначеної дати, компенсуються підрядником.

Висновки

Предметом договору підряду на капітальне будівництво є діяльність підрядника з виконання на замовлення замовника відповідно до проектно-кошторисної документації будівельних і пов'язаних з ними робіт, спрямована на отримання певного результату – завершеного будівництвом об'єкта або закінчених робіт, пов'язаних із будівництвом.

На підставі проведеного дослідження можна запропонувати такі зміни і доповнення до Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 № 668, щодо форми та змісту договору підряду на капітальне будівництво:

– п. 5 розділу «Укладення договору підряду» слід привести у відповідність до ч. 5 ст. 318 ГК щодо переліку істотних умов договору, а у п. 11 цього розділу виключити слова «і скріплення підписів печатками»;

– п. 29 і 31 розділу «Права та обов'язки сторін» слід привести у відповідність до ч. 1 ст. 318 ГК, а саме: закріпити виключний обов'язок замовника за договором підряду на капітальне будівництво щодо передачі підряднику затвердженої проектно-кошторисної документації;

– доповнити п. 23 розділу «Договірна ціна» нормою про те, що сторони, укладаючи договір підряду на капітальне будівництво, повинні узгодити можливий максимальний розмір перевищення приблизного кошторису.

Перспективи подальших розвідок у даному науковому напряму можуть бути пов'язані з розробленням окремого кодифікованого нормативно-правового акта, що об'єднає та узгодить норми ЦК і ГК про договори підряду у сфері капітального будівництва.

Список використаних джерел:

1. Договори з виконання робіт в цивільному праві України: проблеми теорії і практики : монографія / за заг. ред. А.Б. Гриняка. – К. : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2015. – 402 с.

2. Науково-практичний коментар Господарського кодексу України / [за ред. Г.Л. Знаменського, В.С. Щербини] ; кол. авт.: О.А. Беляневич, О.М. Вінник, В.С. Щербина та ін. – К. : Юрінком Інтер, 2008. – 720 с.

3. Гриняк Андрій. Договірне регулювання підрядних відносин у підприємницькій діяльності / Андрій Гриняк // Підприємництво, господарство і право. – 2015. – № 9. – С. 3–7.

4. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / [Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.] ; за ред. О.В. Дзери. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 1200 с.

5. Олюха Віталій. Предмет договору підряду на капітальне будівництво / Віталій Олюха // Підприємництво, господарство і право. – 2013. – № 7. – С. 56–59.

6. Щербина В.С. Господарське право : підручник / В.С. Щербина. – К. : Юрінком Інтер, 2013. – 640 с.

7. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

9. Про затвердження Загальних умов укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.08.2005 № 668 // Офіційний вісник України. – 2005. – № 31. – Ст. 1867.

10. Про затвердження Примірного договору підряду в капітальному будівництві : наказ Міністерства будівництва, архітектури та житлово-комунального господарства України від 27.10.2005 № 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/ FIN17102.html.

11. Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 02.03.2015 № 222-VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 25. – Ст. 722.

12. Господарський кодекс України. Науково-практичний коментар. Станом на 18 березня 2013 р. / Д.Л. Тупчієнко, С.В. Мостовенко, С.Г. Деледивка [та ін.]. – К. : Центр учбової літератури, 2013. – 672 с.

Статья посвящена исследованию формы и содержания договора подряда на капитальное строительство. Определен предмет данного договора. Проведен анализ законодательства, регулирующего порядок заключения и исполнения договора подряда на капитальное строительство. Сформулированы выводы и предложения с целью совершенствования законодательства Украины в этой сфере.

Ключевые слова: капитальное строительство, заказчик, подрядчик, смета, проектно-сметная документация, предмет договора, существенные условия договора, договор подряда на капитальное строительство.

In the article the form and content of contract for capital construction are considered. The subject of this contract was defined. The legislation that regulates the conclusion and performance of this contract was analyzed. Proposals to improve the legislation of Ukraine in this area were formulated.

Key words: capital construction, customer, contractor, estimate, design estimates, contract, subject of the contract, essential terms of the contract, contract for capital construction.

УДК 346.9

Марта Шинкар,
асистент кафедри господарського права і процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВОВА ПРИРОДА БАНКРУТСТВА (НЕСПРОМОЖНОСТІ) БАНКІВСЬКИХ УСТАНОВ: ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ

Стаття присвячена дослідженню правової природи банкрутства (неспроможності) банківських установ. Здійснено аналіз наукових підходів до змісту банкрутства (неспроможності) банківських установ учених різних періодів. Проведено аналіз національного законодавства про банкрутство (неспроможність) банківських установ. Дається авторське визначення поняття «банкрутство (неспроможність) банківських установ».

Ключові слова: банкрутство, неспроможність, банківські установи, банківський сектор, ліквідація банку.

Постановка проблеми. Терміни «банкрутство» й «неспроможність» чинне вітчизняне законодавство (Господарський кодекс України, Закони України «Про банки і банківську діяльність», «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» та ін.) наділяє практично тотожним змістом. Проте історичний екскурс засвідчує, що від часу запровадження цих понять у науковий і практичний обіг їх тлумачення не були однозначними й подекуди істотно різнилися. Сьогодні це нерідко призводить, як показало вивчення відповідних сучасних нормативно-правових актів, судових рішень і правничої літератури, до їх неправильного застосування й різночитання. Отже, з'ясування відповідності законодавчого визначення «банкрутства (неспроможності)» юридичній природі цих понять і потребам їх використання, зокрема, у правовому полі банківської діяльності в Україні вбачається вельми актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій із даної теми. В основу статті покладено науковий доробок видатних правників, зокрема Г. Шершеневича, А. Трайніна, П. Цитовича, дослідження яких слугували фундаментальними ідеями у вивченні правової природи банкрутства (неспроможності) банківських установ. Предметом наукової дискусії слугували також теоретичні розробки Б. Полякова, П. Пригузи, О. Борейка, Т. Євенка.

Метою статті є визначення правової природи інституту банкрутства (неспроможності) банківських установ. Для досягнення поставленої мети передбачається виконати такі завдання: 1) визначити особливості наукових підходів до змісту банкрутства (неспроможності) банківських установ у працях учених дорадянської доби; 2) охарактеризувати концептуальні підходи до змісту банкрутства (неспроможності) банківських установ у працях учених нашого часу; 3) запропонувати авторський підхід до розуміння сутності банкрутства (неспроможності) банківських установ.

Виклад основного матеріалу. На відміну від багатьох інших, поняття «банкрутство (неспроможність)» трактується вітчизняним законодавцем ближче до традицій англо-американської системи права, а не континентальної, до якої належить Україна нині та якою послуговувалася за часів Російської імперії. Так, у Великій Британії, де конкурсний процес віддавна називався банкрутським, із 1813 року спеціальним законом було запроваджено термін «*insolvency*» – «неспроможність» (позаторговельна) – для позначення банкрутства осіб, які не займаються підприємницькою діяльністю. У США, Канаді, Австралії та багатьох інших країнах англо-американської системи права вказані поняття формувалися аналогічно, й нині термін «банкрутство» застосовується до фізичних осіб, а «неспроможність» – щодо юридичних осіб, маючи, по суті, ідентичний зміст.

Вивчення джерельної бази за темою дослідження засвідчило, що питанню про співвідношення понять «банкрутство» й «неспроможність» правники приділяли чимало уваги. При цьому тлумачилися зазначені терміни у правничій науці по-різному. Із зрозумілих причин найбільш розроблені ці проблеми у працях юристів дорадянського періоду. Аналіз цього доробку показав, що багато з них розглядали банкрутство як кримінально-правовий аспект неспроможності [1, с. 54].

Приміром, за Г. Ф. Шершеневичем, неспроможність – це стан недостатності майна боржника для задоволення вимог кредиторів, а банкрутство – необережне або умисне завдання неспроможним боржником шкоди кредиторам шляхом зменшення чи приховання майна [2, с. 151]. Банкрутство, роз'яснював свою думку дослідник, – це кримінальний бік того цивільного правочину, котрий зветься неспроможністю [3, с. 89].

Відомий радянський вчений А. Н. Трайнін теж уважав, що «банкрутство – делікт своєрідний: він складається з двох елементів, один із яких (неспроможність) – поняття цивільного права, другий (банкрутне діяння) – поняття кримінально-правове» [4, с. 27].

© М. Шинкар, 2017

Близьку до цього думку висловлював П. П. Цитович: *«Неспроможність торговця може виявитися банкрутством, а сам він – банкрутом із позбавленням усіх майнових прав і навіть засланням»* [5, с. 109].

Сучасні дослідники вже почали виокремлювати різні аспекти банкрутства (неспроможності): окремо кримінальний аспект і окремо господарсько-правовий. Так, М. Кулагін вважає, що в юридичному значенні банкрутство є лише одним із можливих наслідків, проявів неспроможності; банкрутство розглядається як кримінально каране діяння, тоді як неспроможність вважається інститутом приватного права [6, с. 52]. Проте досить великої актуальності набули питання тотожності та розмежування категорій «банкрутство» та «неспроможність» банківських установ.

Неспроможність, банкрутство, неплатоспроможність – явища одного порядку, що характеризують украй несприятливий стан господарюючого суб'єкта, хоча й не тотожні за своїм змістом. Вони є прямим наслідком участі суб'єктів господарювання в ринкових відносинах [7, с. 80].

На думку проф. В. М. Гайворонського, з точки зору юридичної етики введення в сучасну юридичну практику поняття «неспроможність» є необхідним. Подібно до того, як у кримінальній практиці підозрюваний ще не злочинець, так і в справах про банкрутство неспроможний господарюючий суб'єкт ще не є банкрутом («столик» ще не зламаний) [8, с. 24].

Подібної думки дотримується також Б. М. Поляков, який у своїй докторській дисертації доводить, що поняття «неспроможність» і «банкрутство» – це не механічна заміна одного поняття іншим, а «реставрація» понятійного апарату, що склався у конкурсному процесі у дореволюційній Російській імперії, до складу якої входила й Україна. «Банкрутство виступає кримінальним боком відносин неспроможності» (Г.Ф. Шершеневич). Таку саме позицію займає і В. В. Джунь, наголошує Б. М. Поляков [9, с. 10].

Відмінність понять «неспроможність» і «банкрутство», як вважає Є. А. Васильєв, у тому, що перша нездатність розрахуватися з кредиторами лише допускається, вимагає доказів і в ході судового розгляду може не підтвердитися, а друга нездатність доведена і тому визнана судом як істина [10, с. 41].

П. Д. Пригуза у своєму дисертаційному дослідженні доводить, що поняття «неспроможність» та поняття «банкрутство» не є синонімами, а являють собою і означають різні юридичні категорії – *факти-стани,* за наявності яких застосовуються різні режими правового регулювання відносин боржника та інших учасників провадження. Автор доводить, що в національній правовій доктрині України поняття «неспроможність» означає здатність задовольнити вимоги кредиторів через відновлення платоспроможності, а поняттю «банкрутство» відповідає нездатність боржника відновити платоспроможність, тобто банкрутством є неоплатність, поняття якого теоретично та практично розроблене але не застосовується в регулюванні відносин банкрутства [11, с. 12]. Подібної точки зору дотримується О. М. Борєйко у своєму дисертаційному дослідженні, яка вважає, що «неспроможність» має цивільно-правовий характер і є засвідченою судом абсолютною неплатоспроможністю боржника, «банкрутство» – визнаною господарським судом неспроможністю боржника відновити свою платоспроможність і задовольнити визнані судом вимоги кредиторів не інакше як через застосування ліквідаційної процедури. І критерій неплатоспроможності є ключовим для визначення процедури банкрутства, що застосовується до боржника у разі розгляду господарським судом справи про банкрутство [12, с. 11].

Аналіз широкого джерельного масиву теоретичного і практичного характеру дає підстави стверджувати, що підходи до визначення понять «банкрутство» й «неспроможність» далекі від одностайності. Так, чимало правників переконані, що, оскільки зміст терміна «неспроможність» ширший за «банкрутство» і, так би мовити, передує йому, то й різниця між цими поняттями є істотною. До того ж позначення фактично ідентичного правового явища, як це випливає із законодавчих положень, різними термінами призводить до суперечностей і різночитань у теорії та правозастосовній практиці.

Щодо співвідношення вказаних понять у сучасній юридичній доктрині простежується декілька основних підходів. Перший підхід, до якого схиляється чимало вітчизняних та деяких іноземних правників, був притаманний юридичним поглядам часів Російської імперії. Він полягає у визнанні необхідності термінологічного розмежування «неспроможності» й «банкрутства». При цьому перше має означати такий стан боржника, коли йому бракує коштів (майна), аби задовольнити вимоги кредитора. Натомість «банкрутство» – це злочинне діяння неспроможного боржника, яким кредиторові завдається шкода.

Прихильники другого підходу теж розмежовують зазначені поняття, але на підставі фінансового становища боржника, точніше, його тяжкості: «банкрутство» випливає із «неплатоспроможності» боржника, тобто браку коштів (майна) для виконання вимог кредиторів. Така позиція – визначення обох термінів через фінансове становище суб'єкта – не відбиває, на наш погляд, реального правового змісту понять «неспроможність» і «банкрутство».

За третього підходу принциповою підставою розмежування вказаних понять є суто правовий критерій: «неспроможність» – це нездатність суб'єкта після настання встановленого строку виконати свої грошові зобов'язання (ст. 209 Господарського кодексу України); «банкрутство» – визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність (ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»).

Нарешті, прибічники четвертої позиції, ототожнюючи ці поняття, вважають, що для вдосконалення юридичної термінології, уникнення незручностей на практиці й потреби заради від-

повідності букві закону повсюдно застосовувати термін «банкрутство (неспроможність)», їх слід законодавчо розділити. «Зведення «непереборного муру» поміж поняттями, які розглядаються, не лише не потрібне, але в окремих випадках може бути навіть шкідливим».

Варто також зазначити, що в царській Росії юридичні й фізичні особи в контексті неспроможності тривалий час не розрізнялися, тому й виник ухил до криміналізації поняття «банкрутство», віднесення його до окремої категорії на підставі негативних наслідків для суб'єкта. З часом суб'єкт відповідальності за неправочинні дії, пов'язані з банкрутством, дещо змінився. Це зумовлювалося поступовим формуванням інституту юридичних осіб під впливом розвитку економічних відносин. Отже, припинення конкурсного судочинства означало відсутність цивільно-правових наслідків неспроможності, але кримінальне переслідування обвинувачених у банкрутстві мало тривати й надалі.

Убачається, що такий підхід є хибним, оскільки фактично прирівнює боржника як юридичну особу до фізичних осіб – її керівництва. У цьому разі йдеться про правові наслідки для осіб, дії котрих призвели до банкрутства чи які порушили відповідне законодавство, а не про відповідальність юридичної особи. Так, якщо керівник банківської установи винний у вказаних вище порушеннях, це може спричинити його особисту відповідальність. Водночас до правового регулювання самої процедури банкрутства цієї установи та відповідних правових наслідків для неї це не має жодного відношення.

Уважаємо також, що стосовно банківських установ не слід розрізняти поняття «неспроможність» і «банкрутство» на такій підставі правомірності, як намагання боржника задля збереження свого реноме на випадок можливого відновлення діяльності отримати статус неспроможного, а не банкрута. Утім, відповідно до чинного законодавства, можливості банківської установи відновити свою діяльність після початку процедури банкрутства вельми примарні.

З приводу співвідношення зазначених понять, що ґрунтується на законодавчому визначенні (ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»): «банкрутство – визнана господарським судом неспроможність боржника відновити свою платоспроможність за допомогою процедур санації та мирової угоди і погасити встановлені у порядку, визначеному цим Законом, грошові вимоги кредиторів не інакше, як через застосування ліквідаційної процедури». Таке поєднання понять, що розглядаються, означає той ступінь неспроможності боржника, коли об'єктивно унеможливлюється відновлення його здатності розрахуватися з кредиторами й виконувати зобов'язання зі здійснення обов'язкових платежів. Тобто, визначаючи співвідношення понять «банкрутство» і «неспроможність», слід говорити не про їх цілковите ототожнення, як це роблять деякі дослідники, а про збіг значення (синонімічність) банкрутства зі значенням неспроможності на певній (легальній) її стадії.

Оскільки юридичні наслідки неспроможності й банкрутства банківської установи чи іншого суб'єкта економічних відносин стосовно здатності відновити платоспроможність є різними, а також зважаючи на історичний досвід і думку багатьох дослідників, уважаємо ототожнення понять «неспроможність» і «банкрутство» цілком обґрунтованим.

На підставі проведеного аналізу й узагальнень спробуємо сформулювати власне бачення змісту понять, що розглядаються.

Неспроможність – це такий фінансово-економічний стан банківської установи (іншого суб'єкта підприємницької діяльності), за якого на час порушення справи, а також у перебігу процедур спостереження, фінансової санації, запровадження зовнішнього управління вона не здатна задовольнити вимоги кредиторів у повному обсязі, зокрема і щодо здійснення обов'язкових платежів, проте наявні реальні матеріальні можливості й активи відновити платоспроможність установи шляхом погашення заборгованостей на стадіях спостереження, санації або зовнішнього управління.

Банкрутство – це визнаний судовим рішенням про запровадження процедури конкурсного провадження ступінь неспроможності боржника, за якого відновлення його платоспроможності, здатності погасити в повному обсязі грошові вимоги кредиторів у тому числі щодо здійснення обов'язкових платежів, об'єктивно унеможливлюється.

Водночас убачається доречним висловити деякі міркування стосовно критеріїв визначення банкрутства (неспроможності). Слушним вважаємо зауваження Т. І. Євенка про те, що в Україні немає відповідного закону, який врегульовував би всі питання, пов'язані з банкрутством саме банків, а діє лише Закон України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» [13, с. 305].

На момент прийняття господарським судом заяви про визнання боржника банкрутом (неспроможним), нездатним виконувати свої грошові зобов'язання перед кредиторами чи стосовно здійснення обов'язкових платежів поняття банкрутства (неспроможності) ще, так би мовити, тільки зароджується, формується. На цьому етапі критеріями його наявності є неоплатність (якщо боржник – фізична особа) і неплатоспроможність (коли боржник є юридичною особою) як нездатність виконати після настання встановленого строку грошові зобов'язання перед кредиторами. Іншими словами, на цій стадії неспроможність боржника існує у формі його неоплатності чи неплатоспроможності. Крім того, допоки господарський суд розглядає вказану справу й неспроможність боржника не визнана його рішенням, не можна виключати, що боржник насправді є платоспроможним.

Викладене вище свідчить, що поняття «банкрутство (неспроможність)» позначає одночасно подвійні правовідносини – господарські й господарсько-процесуальні, які, безперечно, взаємопов'язані, але не втрачають своєї галузевої належності. При цьому виникають і припи-

няються вони одночасно, а господарські цілковито охоплюються межами дії процесуальних норм. Можна сказати, що вони утворюють єдиний «матеріально-процесуальний» правовий комплекс.

Власне ж питання про можливість визнання фізичної чи юридичної особи банкрутом (неспроможним) відповідно до ч. 3 ст. 10 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» виникає тоді, коли вказані особи не в змозі погасити грошові вимоги чи здійснити обов'язкові платежі протягом трьох місяців після встановлених для їх погашення строків, якщо безспірні вимоги до боржника сукупно становлять не менше трьохсот мінімальних розмірів заробітної плати. Крім того, заява про банкрутство (неспроможність) приймається судом у тому разі, якщо зазначені безспірні вимоги кредиторів підтверджені відповідними судовими рішеннями, що набрали чинності, а вимоги стосовно обов'язкових платежів – актами податкових, митних чи інших органів.

Отже, атрибутивним елементом поняття «неспроможність», котра згодом може призвести до банкрутства, є презумпція неплатоспроможності, тобто припущення, що суб'єкт фінансово-майнових відносин, котрий не розраховується з кредиторами й не провадить обов'язкові платежі протягом певного періоду, не здатен це зробити, доки інше не доведено в передбаченому законом порядку. Отже, під час розгляду господарським судом справи про банкрутство (неспроможність) критерій неплатоспроможності є визначальним для встановлення до боржника відповідних процедур.

У цьому контексті слушною вбачається пропозиція у справах про банкрутство (неспроможність) розрізняти такі стадії розвитку правовідносин, як фіктивна й умисна неплатоспроможність, а також фіктивна й умисна неспроможність, а не лише фіктивне й умисне банкрутство. Це зумовлено тим, що здебільшого саме вказані стадії спричиняють виникнення банкрутства в усіх його формах. Крім того, законом не передбачена відповідальність кредиторів і третіх осіб, недобросовісними діями яких може бути викликана неплатоспроможність і неспроможність, а також, як наслідок, фіктивне й умисне банкрутство боржника.

Натепер у національному законодавстві, як і в правовій доктрині, немає єдиного підходу до таких категорій, як «неспроможність» та «банкрутство», хоча Господарський кодекс України у ст. 209 «Неспроможність суб'єкта підприємництва» розділяє ці категорії, визначаючи, що у разі нездатності суб'єкта підприємництва після настання встановленого строку виконати свої грошові зобов'язання перед іншими особами, територіальною громадою або державою інакше як через відновлення його платоспроможності цей суб'єкт (боржник) визнається неспроможним (ч. 1 ст. 209). А нездатність боржника відновити свою платоспроможність та задовольнити визнані судом вимоги кредиторів інакше як через застосування визначеної судом ліквідаційної процедури вважається банкрутством (ч. 2 ст. 209). Таким чином, за логікою законодавця банкрутство є наслідком неспроможності. Щоб настало банкрутство, першочергово має бути факт неспроможності.

Висновки

Виходячи з проведеного аналізу правової природи банкрутства (неспроможності) та примусової ліквідації банківських установ, пропонується таке визначення *процедури банкрутства (неспроможності) банківської установи:* це запроваджуваний на певний термін із певною метою Національним банком України або господарським судом комплекс заходів, який полягає у встановленні особливого правового статусу банківської установи, її органів управління, а також особливого правового режиму її майна в разі наявності підстав, передбачених чинним законодавством України.

На нашу думку, специфіка банкрутства (неспроможності) банківських установ полягає в тому, що зміст цієї категорії поширюється й на ті правові відносини, які передують розгляду справи про банкрутство. Мета законодавчих заходів із запобігання банкрутству (неспроможності), їх зміст дає підстави відносити їх до відповідних процедур.

Аналіз чинного законодавства, судової практики, актів владних інституцій, а також правничої літератури дає підстави стверджувати, що законодавче визначення поняття «банкрутство (неспроможність)» часто тлумачиться надто розширено. Подекуди під ним розуміють усю сукупність правовідносин, які регулюються відповідними нормативно-правовими актами, в інших випадках – неспроможність (нездатність) боржника виконати певні зобов'язання, визнану господарським судом. Певна річ, такі різночитання не сприяють ані науковій одностайності, ані підвищенню ефективності правозастосування.

З огляду на викладене, вбачається необхідним утілити у правову форму розширене значення «банкрутства (неспроможності)». Мається на увазі процес, до певних процедур (стадій) якого залучається суб'єкт (боржник), від часу виникнення в нього ознак нездатності виконувати зобов'язання (неспроможності) до завершення справи про банкрутство. Сьогодні й теорія, і практика називають цей процес «банкрутством», проте час залучення боржника до нього визначають неоднаково.

Список використаних джерел:

1. Васильев Е.А. Банкротство и несостоятельность: соотношение понятий / Е. А. Васильев // Право и жизнь. – 2000. – № 29. – С. 54–59.

2. Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2003 – Т. I : Введение. Торговые деятели. – 480 с.

3. Шершеневич Г.Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М. : Статут, 2000. – 477 с.

4. Трайнин А.Н. Несостоятельность и банкротство / А. Н. Трайнин. – СПб. : Право, 1913. – 61 с.

5. Очерк основных понятий торгового права / Цитович П., орд. проф. Ун-та св. Владимира. – Киев: Тип. И. Н. Кушнерева и Ко, 1886. – 258 с.

6. Кулагин М.И. Избранные труды / М. И. Кулагин. – М. : Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. – 281 с.

7. Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности) : учебник для вузов. – 3-е изд., изм. и доп. / С.Э. Жилинский. – М. : Норма, 2001. – 672 с.

8. Карелина С.А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) : учеб.-практ. пособие / С. А. Карелина. – М. : Волтерс Клувер, 2006. – 360 с.

9. Поляков Б.М. Правові проблеми регулювання неспроможності (банкрутства) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Поляков Борис Мусійович; НАН України, Ін-т екон.-прав. дослідж. – Донецьк, 2003. – 38 с.

10. Васильев Е.А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах : учеб. пособие / Е. А. Васильев; МГИМО МИД СССР. – М., 1989. – 100 с.

11. Пригуза П.Д. Правове регулювання процедур банкрутства юридичної особи – відсутнього боржника : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Пригуза Павло Дмитрович; ДВНЗ «Київ. нац. екон. ун-т ім. В. Гетьмана». – К., 2011. – 20 с.

12. Борєйко О.М. Неспроможність та банкрутство у цивільному праві України (основні положення та правова природа) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес сімейне право міжнародне приватне право» / О. М. Борєйко; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – О., 2012. – 19 с.

13. Євенко Т.І. Банкрутство банківських установ / Т. І. Євенко // Науковий вісник Національного університету біоресурсів і природокористування України. – 2013. – Вип. 181(6). – С. 304–310. – (Серія: Економіка, аграрний менеджмент, бізнес).

Статья посвящена исследованию правовой природы банкротства (несостоятельности) банковских учреждений. Осуществлен анализ научных подходов ученых разных периодов к содержанию банкротства (несостоятельности) банковских учреждений. Проведен анализ национального законодательства о банкротстве (несостоятельности) банковских учреждений. Дано авторское определение понятия «банкротство (несостоятельность) банковских учреждений».

Ключевые слова: банкротство, несостоятельность, банковские учреждения, банковский сектор, ликвидация банка.

The article is devoted to the study of the legal nature of bankruptcy (insolvency) of banking institutions. The analysis of scientific approaches of scientists of different periods to the content of bankruptcy (insolvency) of banking institutions is carried out. There is provided the analysis of the national legislation on bankruptcy (insolvency) of banking institutions. The author's definition of the concept of bankruptcy (insolvency) of banking institutions is presented.

Key words: bankruptcy, insolvency, banking institutions, banking sector, liquidation of the bank.

УДК 349.2

Роксолана Бутинська,

аспірант кафедри соціального права
Львівського національного університету імені Івана Франка

ПРАВО НА СВОБОДУ ОБ'ЄДНАНЬ РОБОТОДАВЦІВ

Стаття присвячена праву роботодавців на свободу об'єднань, досліджуються його елементи, а також шляхи реалізації цього права. Проаналізовано міжнародні та національні нормативно-правові акти й акти судової влади в частині регулювання права роботодавців на об'єднання. Обґрунтовується, що право на об'єднання є одним із основних прав роботодавців. Таке право включає в себе право створювати об'єднання без попереднього дозволу, право вступати в уже створені об'єднання, а також право брати участь у діяльності цих об'єднань. Сформульовано пропозиції до законодавства щодо ефективної реалізації зазначеного права роботодавцями. Зроблено висновок, що реалізація права на об'єднання дає роботодавцям змогу належним чином захищати свої права й інтереси, а також ефективно регулювати колективні трудові відносини.

Ключові слова: трудове право, європейське трудове право, роботодавець, права людини, свобода об'єднань, об'єднання роботодавців.

Постановка проблеми. Право на свободу об'єднань є одним із основоположних у системі прав і свобод особи та громадянина в трудовому праві.

Право на об'єднання передбачає свободу ініціативи у створенні такого об'єднання; можливість вільного членства, а також можливість не належати до жодної з таких організацій. Свобода об'єднань «означає право на об'єднання громадян для спільних дій і досягнення спільної мети» [12, с. 207].

У міжнародному та європейському трудовому праві принцип свободи об'єднання вважається основоположним. Такий висновок ґрунтується на дослідженні міжнародних актів ООН, актів Міжнародної організації праці, Ради Європи, Європейського Союзу. Українське трудове право також визнає право на об'єднання одним із основних прав суб'єктів колективних трудових правовідносин. Це закріплено як у чинних законах, так і в проекті Трудового кодексу України [10].

Свобода на об'єднання дає можливість організаціям працівників і роботодавців захищати інтереси своїх членів. Також свобода на об'єднання є необхідною умовою існування соціального діалогу, що є основою діяльності Міжнародної організації праці та європейських інститутів у галузі трудового права [6, с. 129–130]. Свобода об'єднання є одним із чотирьох основних принципів у сфері праці, які були закріплені в Женевській декларації Міжнародної організації праці основних принципів і прав у світі праці 1998 р. [2].

Ця проблема досліджувалася в контексті як загальних прав людини, так і права на об'єднання в профспілки й організації роботодавців. Проблемі свободи асоціацій присвятили свої дослідження П.М. Рабінович, Н.Б. Болотіна, Н.Л. Лютов, Д.К. Бекяшев, В.Н. Пронькін та інші науковці. Учені досліджували насамперед право працівників об'єднуватися в профспілки. Натомість право роботодавців на об'єднання майже не досліджувалося на теоретичному рівні.

Метою статті є дослідити правову природу права роботодавців на свободу об'єднань, його зміст, а також основні форми реалізації цього права.

Виклад основного матеріалу. Право роботодавців на об'єднання передбачене Загальною декларацією прав людини, у ст. 20 якої зазначаються два основоположні положення права на асоціацію й заборону примушення вступу до асоціацій.

Стаття 22 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права передбачає, що кожна людина має право на свободу асоціації з іншими, ніхто не може бути примушений вступати в якунебудь асоціацію. Користування правом на свободу асоціації не підлягає ніяким обмеженням, крім тих, які передбачаються законом і необхідні в демократичному суспільстві в інтересах державної чи суспільної безпеки, суспільного порядку, охорони здоров'я й моральності населення, для захисту прав і свобод інших осіб [8].

У свою чергу, основні правові засади свободи об'єднання у сфері праці закріплені в Конвенції Міжнародної організації праці про свободу асоціації та захист права на організацію 1948 р. № 87, відповідно до ст. 2 якої свободу асоціації потрібно розуміти як право працівників і роботодавців без будь-якої причини створювати на свій вибір організації без попереднього на те дозволу, а також вступати до них за єдиної умови підлеглості їхнім статутам [9].

Тобто Конвенція Міжнародної організації праці встановлює такі умови свободи об'єднань роботодавців:

– право роботодавців створювати свої об'єднання;

– право вибору організаційної форми такого об'єднання;

– створення такої організації без попереднього дозволу держави чи інших суб'єктів;

– право вступати або не вступати до таких об'єднань.

Також право на об'єднання передбачає можливість створювати свої статути й адміністра-

© Р. Бутинська, 2017

тивні регламенти, вільно обирати своїх представників, організовувати свій апарат і свою діяльність і формулювати свою програму дій, а також заборону на втручання державних органів влади, що здатне обмежити ці права або перешкодити їх законному здійсненню.

Друга група актів, які регулюють свободу асоціації, – це акти Європейського Союзу та Ради Європи.

У Європейському трудовому праві право на свободу об'єднання закріплене в Європейській соціальній хартії 1961 р., яка була переглянута в 1996 р. Воно зазначено серед основоположних соціальних прав. Стаття 5 цієї Хартії передбачає право працівників і роботодавців на створення місцевих, національних або міжнародних організації. Вони можуть створювати їх для захисту своїх економічних і соціальних інтересів, вступати в такі організації з метою забезпечення здійснення або сприяння здійсненню свободи працівників і роботодавців.

У Хартії міститься застереження, що національне законодавство жодним чином не обмежуватиме свободу створення таких організацій і не використовуватиметься для її обмеження. На відміну від Міжнародних пактів про громадянські й політичні права та про економічні, соціальні й культурні права 1966 р., де зазначені обмеження застосування цього права для визначених категорій осіб, у Хартії указується, що законами визначається обсяг застосування цього права щодо поліції і збройних сил.

Серед основних європейських договорів, які закріплюють гарантії у сфері свободи об'єднань, необхідно також зазначити Хартію Співтовариства про основні соціальні права працівників від 9 грудня 1989 р., у якій підкреслюється, що роботодавці в Європейському співтоваристві мають право на об'єднання з метою створення за своїм вибором професійних організацій і професійних союзів для захисту своїх економічних і соціальних інтересів.

При цьому Хартія не тільки проголошує право на об'єднання, а й закріплює гарантію добровільності такого об'єднання. У Хартії закріплено, що кожний роботодавець має свободу вступати або не вступати в подібні організації, не зазнаючи внаслідок цього будь-яких персональних або професійних збитків.

Поняття «свобода об'єднань» і «свобода асоціацій» у літературі використовуються як синоніми [11, с. 51–57]. Із такою позицією важко погодитися. Якщо аналізувати відповідні конвенції Міжнародної організації праці, а також акти Європейського Союзу, то ми побачимо, що в них оперують терміном «свобода об'єднання». Наприклад, Конвенція Міжнародної організації праці «Про свободу об'єднань і захист права об'єднуватися в профспілки» від 1948 р. № 48 передбачає право працівників і роботодавців створювати профспілки без будь-яких обмежень. Тому ми підтримуємо висловлену в літературі думку, що термін «свобода об'єднання» є ширшим, ніж термін «свобода асоціацій», і стосується передусім об'єднання осіб [5, с. 155].

Право роботодавців створювати свої професійні організації передбачає право на створення об'єднання, право на вступ у такі об'єднання, право на діяльність у цих об'єднаннях. Однією з гарантій реалізації цього права є право роботодавця не створювати такі об'єднання і право не вступати в них без можливих негативних наслідків для нього.

При цьому свобода реалізації цього права виражається в тому, що в законодавстві й на практиці його застосування не містяться відмінності стосовно осіб, які є членами таких об'єднань і які в них не вступили. Також складовою частиною права на свободу об'єднань має бути свобода вибору організацій для ступу в них.

Однією з гарантій реалізації такого права є наявність заявочного, а не дозвільного порядку їх створення. Законодавством має передбачатися заявочний принцип їх легалізації.

У цьому випадку заслуговує на увагу позиція Європейського суду з прав людини, який у рішенні по справі «Корецький та інші проти України» від 3 квітня 2008 р. зазначив, що відмова національних органів державної влади надати статусу юридичної особи об'єднанню громадян є втручанням у право заявників на здійснення права на свободу об'єднання [15].

Заявникам було відмовлено в реєстрації громадського об'єднання під назвою «Громадянський комітет за збереження дикої (корінної) природи Березняків» у зв'язку з тим, що положення статуту не були приведені у відповідність до національного законодавства. Зокрема, в статуті не було зазначено статус Громадянського комітету; положення щодо представництв Комітету в інших містах України суперечило положенню про те, що діяльність Комітету поширюється на територію міста Києва; статут передбачає дві мети Комітету, замість однієї мети й завдань; на Виконавчу дирекцію Громадянського комітету було покладено господарські функції, тоді як ст. 24 Закону України «Про об'єднання громадян» передбачала, що об'єднання громадян може здійснювати господарську діяльність шляхом створення госпрозрахункових установ; положення про те, що Громадянський комітет може вести видавничу діяльність, і положення про те, що членами Комітету можуть бути волонтери, суперечать положенням зазначеного Закону. Також заявники не врахували всіх виправлень до тексту статуту й додали до заяви копію документа про сплату реєстраційного збору, тоді як законодавством передбачено подання оригіналу цього документа.

У зв'язку з цим Європейський суд з прав людини вважав, що відмова державного органу в реєстрації об'єднання порушує ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, якщо це не викликане інтересами національної безпеки або іншими, які передбачені Конвенцією.

Можна виділити такі критерії об'єднання: добровільний характер; спільна мета створення й діяльності; внутрішня організованість [7, с. 5–64].

Усі працівники мають право вільно створювати свої організації або вступати в них. Організації надають важливі послуги своїм членам: від соціальної допомоги до представництва на різних рівнях суспільства. Об'єднання працівників в організацію дає їм змогу встановити збалансовані відносини зі своїм роботодавцем [1, с. 186]. Це створює механізм для ведення переговорів про справедливу оплату праці, створення належних умов праці, узгодження інтересів працівників і роботодавців.

Натомість чинне національне законодавство містить дещо інші підходи стосовно права роботодавців створювати свої організації.

Законом України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності» передбачено державну реєстрацію всеукраїнських об'єднань організацій роботодавців, інших організацій роботодавців, їхніх об'єднань, яка здійснюється в порядку, визначеному Законом України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань» [3]. Тобто, на відміну від Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності», який передбачив заявочний принцип легалізації для роботодавців, передбачено дозвільний принцип.

Характерними в цьому стосунку є рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзацу 4 статті 2, частини 2 статті 6, частин 1, 2 статті 10 Закону України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» (справа про молодіжні організації) від 13 грудня 2001 р., а також у справі за конституційними поданнями народних депутатів України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) статей 8, 11, 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (справа про свободу утворення профспілок) від 18 жовтня 2000 р, які передбачають критерії свободи створення таких організацій.

Зокрема, у рішенні про молодіжні організації від 13 грудня 2001 р. Конституційний Суд України зазначив, що «частина перша статті 36 Конституції України гарантує громадянам право на свободу об'єднання, в тому числі у громадські організації, для здійснення і захисту своїх прав і свобод та задоволення політичних, економічних, соціальних, культурних та інших інтересів. Свобода об'єднання означає, зокрема, правову і фактичну можливість добровільно, без примусу чи попереднього дозволу утворювати об'єднання громадян або вступати до них» [13].

У рішенні про свободу утворення профспілок від 18 жовтня 2000 р. Конституційний Суд зазначив, що «встановлення реєстрації (із набуттям статусу юридичної особи) як єдиного способу легалізації перешкоджає реалізації права утворювати професійні спілки «на основі вільного вибору їх членів» (частина третя статті 36 Конституції України), оскільки громадяни можуть визнати за потрібне об'єднатися з метою захисту своїх трудових і соціально-економічних прав у таку професійну спілку (як правило, нечисленну), яка не обов'язково повинна мати права юридичної особи... Дозвіл на діяльність як профспілки така організація отримує лише після реєстрації, що в принципі рівнозначне вимозі про попередній дозвіл. Це є обмеженням передбаченого частиною третьою статті 36 Конституції України права громадян на утворення профспілок без попереднього дозволу на основі вільного вибору їх членів» [14].

Отже, Конституційний Суд стосовно профспілок зазначив, що їх легалізація шляхом реєстрації суперечить основоположним правам і свободам, передбаченим Конституцією України й міжнародними правовими актами. Водночас стосовно роботодавців існує законодавче застереження, що вони легалізуються лише шляхом реєстрації, що також суперечить відповідним міжнародним і європейським актам. Тому необхідно внести відповідні зміни до Закону України «Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності», передбачивши аналогічно, як і стосовно профспілок, заявочний принцип їх легалізації.

Висновки

Право роботодавців створювати свої організації й об'єднання є одним із основоположних принципів міжнародного та європейського трудового права. Воно полягає в можливості роботодавців створювати свої об'єднання з метою реалізації й захисту своїх соціально-економічних і трудових прав. Свобода об'єднань включає в себе право створювати об'єднання без попереднього дозволу, право вступати в уже створені об'єднання, а також право брати участь у діяльності цих об'єднань.

Список використаних джерел:

1. Бекяшев Д.К. Международное трудовое право (публично-правовые аспекты) / Д.К. Бекяшев. – М. : Проспект, 2013. – 280 с.

2. Декларація МОП основних принципів та прав у світі праці (ухвалена Міжнародною конференцією праці на її вісімдесят шостій сесії в Женеві, 18 червня 1998 року) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/993_260.

3. Про організації роботодавців, їх об'єднання, права і гарантії їх діяльності : Закон України від 22 червня 2012 року № 5026-VI // Офіційний вісник України. – 13.08.2012. – № 59. – Ст. 2366.

4. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право : [учебник для вузов] / И.Я Киселев. – М. : Дело, 1999. – 728 с.

5. Козик А.Л. Международное и национальное трудовое право (проблемы взаимодействия) : [монография] / А.Л. Козик, К.Л. Томашевский, Е.А. Волк. – Минск : Амалфея, 2012. – 244 с.

6. Лушникова М.В. Социальное партнерство в сфере труда : [учебное пособие] / М.В. Лушникова, А.М. Лушников. – Ярославль : ЯрГУ, 2008. – 432 с.

7. Макбрайд Д. Право на свободу объединения по Европейской конвенции прав человека: теория и практика / Д. Макбрайд // Европейские стандарты в области свободы объединений : сборник научных трудов / под ред. А. Вашкевич. – Минск : Тесей, 2004. – С. 5–64.

8. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: Прийнятий Генеральною Асамблеєю ООН 16.12.1966 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http:// zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

9. Про свободу асоціації та захист права на організацію: Конвенція МОП від 09.07.1948 № 87 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/993_125.

10. Проект Трудового кодексу України від 20.05.2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53221.

11. Пронькин В.Н. О свободе ассоциаций / В.Н. Пронькин // Правоведение. – 1993. – № 5. – С. 51–57.

12. Рабінович П.М. Права людини і громадянина : [навчальний посібник] / П.М. Рабінович, М.І. Хавронюк. – К. : Атіка, 2004. – С. 207.

13. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзацу четвертого статті 2, частини другої статті 6, частин першої, другої статті 10 Закону України «Про молодіжні та дитячі громадські організації» (справа про молодіжні організації) від 13.12.2001 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-01.

14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями народних депутатів України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) статей 8, 11, 16 Закону України «Про професійні спілки, їх права та гарантії діяльності» (справа про свободу утворення профспілок) від 18 жовтня 2000 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v011p710-00.

15. Корецький та інші проти України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.minjust.gov.ua/9329.

Статья посвящена праву работодателей на свободу объединений, исследуются его элементы, а также пути реализации этого права. Проанализированы международные и национальные нормативно-правовые акты и акты судебной власти, которые регулируют право работодателей на объединение. Обосновывается, что право на объединение является одним из основных прав работодателей. Такое право включает в себя право создавать объединения без предварительного разрешения, право вступать в уже созданные объединения, а также право участвовать в деятельности этих объединений. Сформулированы предложения в законодательство с целью эффективной реализации указанного права работодателями. Сделан вывод, что реализация права на объединение позволяет работодателям должным образом защищать свои права и интересы, а также эффективно регулировать коллективные трудовые отношения.

Ключевые слова: трудовое право, европейское трудовое право, работодатель, права человека, свобода объединений, объединения работодателей.

The article describes the employers' right to freedom of association, its elements and ways of realization of this right are investigated. International and national regulations and acts of the judiciary in the part of employers' rights of association are analyzed. Author substantiates that the right of association is one of the basic rights of employers. This right includes the right to form associations without prior authorization, the right to join an already established association and the right to participate in the activities of these associations. The proposals to legislation regarding the effective implementation of this law employers is made. It is concluded that the implementation of the right of association allows employers to protect their rights and interests properly, and effectively regulate collective labor relations.

Key words: labor law, European labor law, employer, Human Rights, freedom of association, association of employers.

УДК 349-2

Ніна Гетьманцева,

докт. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри приватного права
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

ВПЛИВ ОЦІНОЧНИХ ПОНЯТЬ НА ДОГОВІРНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН

У статті розкривається вплив оціночних понять на договірне регулювання трудових відносин. Зауважується, що характерні особливості оціночного поняття пов'язані саме з його змістом, визначення якого відведено суб'єктам договірного регулювання, в яких створюється індивідуальне бачення і суб'єктивна оцінка явищ дійсності. Констатується, що правові норми з оціночними поняттями, наділяючись суб'єктивною варіацією, залежністю від конкретної ситуації, умов, ніби добудовуються суб'єктами договірного регулювання стосовно до конкретної ситуації.

Ключові слова: оціночне поняття, договірне регулювання, трудове законодавство, норма права, трудове право, суб'єкти договірного регулювання, роботодавець, трудові відносини.

Постановка проблеми. Правовому регулюванню суспільних відносин, як і договірному регулюванню, властива ознака формальної визначеності. Особливістю нормативно-правового стилю мови є те, що вона є конкретною і лаконічною. Разом із тим необхідно зауважити, що навіть досконале трудове законодавство не в змозі врахувати всієї багатогранності суспільних відносин, що потребують правового регулювання. Тому, з об'єктивної точки зору, логічним і закономірним є застосування так званих оціночних понять, які властиві як правовому регулюванню загалом, так і договірному регулюванню трудових відносин зокрема.

Необхідно констатувати, що оціночним поняттям загалом і трудовому праву зокрема були присвячені спеціальні дослідження таких вчених: М.І. Бару, Є.І. Астрахан, О.М. Беляєвої, Т.В. Кашаніної, Є.А. Степанової, С.Ю. Головіної. Однак згадана проблематика потребує поглибленого дослідження, особливо під час кодифікації трудового законодавства, з метою поліпшення ефективності правового регулювання трудових відносин.

Метою статті є розкриття впливу оціночних понять на договірне регулювання трудових відносин.

Виклад основного матеріалу. Трудове право як галузь права характеризується широким спектром договірного (локального) регулювання, що, у свою чергу, знаходить відображення у створенні та функціонуванні локальних норм з оціночними поняттями. Разом із тим норма, що містить оціночне поняття, може бути сформульована як імперативно, так і диспозитивно, однак завжди є багатогранною множинністю комбінацій на зразок поєднання (співвідношення) державного і договірного регулювання. Невизначеність змісту оціночного поняття не дає єдиної відповіді, а завжди свободу вибору, а відповідно, й можливість різної інтерпретації даного змісту. Зміст оціночного поняття є непостійним, змінним, а тому, маючи динамічну структуру, воно ніколи не має кінцевого, правильного варіанта вирішення, оскільки залежить від конкретної ситуації загалом. Так, поняття переведення на іншу роботу вчені-трудовики 1950–1960 рр. трактували як зміну роду роботи [1, с. 169–174]. Нині сформувалися різні підходи до цьоого визначення [2, с. 345].

Разом із тим оціночне поняття не існує у вигляді чогось пустого, воно є певною величиною, в межах якого може проявитися свобода думки, особливо наглядно це проявляється в договірному регулюванні трудових відносин. Так, ст. 145 КЗпП України проголошує, що працівникам, які успішно й сумлінно виконують свої трудові обов'язки, надаються, в першу чергу, переваги та пільги в галузі соціально-культурного і житлово-побутового обслуговування (путівки до санаторіїв та будинків відпочинку, поліпшення житлових умов і т. ін.). За такої умови успішність і сумлінність є оціночним поняттям, яке роботодавець оцінює на свій власний розсуд, виходячи зі змісту централізованої норми. Але разом з тим, він повинен так «оцінити» успішність і сумлінність, щоби система заохочень переконала працівників, що на підприємстві існує чіткий взаємозв'язок між активністю працівників, результатами їх діяльності і заохоченнями, які вони отримують, та можливістю задовольнити свої власні потреби. Як бачимо, сам правовий варіант, який закріплює централізована норма, є альтернативою можливості вибору умов його здійснення на договірному рівні, тобто у змісті локальної норми.

Дослідники оціночних понять також є одностайними в тому, що оціночні поняття конкретизуються в процесі правозастосування, їх зміст розкривається завдяки обдуманим вольовим діям суб'єкта правозастосування в поєднанні з практичною реальністю [3, с. 104]. Виокремлення даної ознаки пов'язано з тим, що само по собі оціночне поняття нічого не оцінює, оскільки оцінювання на рівні лише самого оціночного поняття бути не може. Оціночне поняття набирає сенсу лише в результаті його застосування,

© Н. Гетьманцева, 2017

бо зміст оціночного поняття залежить від конкретної обставини, коли суб'єкт правозастосування, адаптуючись до ситуації і встановлюючи при цьому ознаки змісту оціночного поняття, обирає варіант поведінки. Правові норми з оціночними поняттями набувають визначеного змісту лише в конкретній ситуації. Значна роль у процесі визначення змісту оціночного поняття в договірному регулюванні відводиться роботодавцю (профспілковому комітету разом, за погодженням із роботодавцем), який (які) створює (-ють) суб'єктивну оцінку явищ дійсності. Норми з оціночними поняттями створюють своєрідний описовий простір, який сприймається роботодавцем, профспілковим комітетом по різному, у зв'язку з чим зробити прогнозування наслідків впливу правової норми з оціночними поняттями на поведінку (реакцію) даних суб'єктів неможливо.

Необхідно зауважити, що за своєю дією оціночні поняття не мають самостійного характеру, оскільки, щоб розкрити їх змістовне наповнення, необхідно проаналізувати норму, що містить це оціночне поняття. Наповнення оціночних понять конкретним змістом зумовлено встановленням відповідності / невідповідності об'єкта і його характеристик критеріям, що закладені законодавцем у нормі, що містить оціночне поняття, а також загальноприйнятим нормам трудового законодавства і системі цінностей самих суб'єктів договірного регулювання [4, с. 64–70].

Є загальноприйнятним, що право в об'єктивному розумінні є системою понять, уявлень і принципів, право в суб'єктивному розумінні – це право в діях конкретного суб'єкта, який діє під регулятивним впливом норми. В оціночному понятті поєднуються саме два моменти: об'єктивний і суб'єктивний, де об'єктивна складова частина є своєрідною статикою оціночного поняття. Фактичні обставини вводять у дію оціночне поняття, ніби забезпечуючи своєрідний перехід від загальної моделі поведінки, яка закріплена в правові нормі, в конкретну модель для конкретних суб'єктів, які діють у певній визначеній соціально-юридичній ситуації. Динамічний аспект оціночного поняття опосередковує розумове співвіднесення конкретного явища з оціночним поняттям. Необхідно підкреслити той факт, що значна увага в процесі визначення змісту оціночного поняття відводиться суб'єктам договірного регулювання, в яких створюється індивідуальне бачення і суб'єктивна оцінка певних явищ. Так, сторони трудових відносин не мають права встановлювати тривалість робочого часу понад максимальну норму, встановлену законодавством. Ст. 50 КЗпП України передбачає, що нормальна тривалість робочого часу працівників не може перевищувати 40 годин на тиждень. У сучасних умовах держава надає право сторонам трудових правовідносин, укладаючи колективний договір, встановлювати меншу норму тривалості робочого часу (ч. 2 ст. 50 КЗпП України). Чи може бути сприйнята дана оціночна норма для застосування шляхом колективно-договірного регулювання, при тому, що централізована норма дає простір для цього? Це залежить від ряду обставин: що вкладає у зміст даного поняття роботодавець: скорочену тривалість робочого часу чи неповну тривалість, а якщо скорочену тривалість робочого часу, то застосування норми залежатиме від рентабельності самого підприємства, установи, організації, тобто фінансової спроможності, згоди роботодавця і погодження профспілкового комітету, якщо ж неповний робочий час – від ряду умов, передбачених ст. 56 КЗпП України, й угоди роботодавця і працівника. Отже, зміст оціночного поняття не визначається в нормах трудового законодавства, а визначається роботодавцем на основі правосвідомості з урахуванням конкретної правової практичної ситуації, реальності. Можна сказати, що правові норми з оціночними поняттями, наділяючись суб'єктивною варіацією, залежністю від конкретної ситуації, умов, ніби добудовуються суб'єктами договірного регулювання стосовно до якоїсь конкретної ситуації. Ця обставина пояснюється тим, що правові норми з оціночними поняттями можуть реалізовувати ситуаційні значення і відтінки, здобуваючи певний зміст лише в конкретній ситуації. Так, однією з додаткових підстав розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця з окремими категоріями працівників за певних умов є одноразове грубе порушення трудових обов'язків керівником підприємства, установи, організації всіх форм власності (філіалу, представництва, відділення та іншого відокремленого підрозділу), його заступниками, головним бухгалтером підприємства, установи, організації, його заступниками, а також службовими особами органів доходів і зборів, яким присвоєно спеціальні звання, і службовими особами центральних органів виконавчої влади, що реалізують державну політику у сферах державного фінансового контролю та контролю за цінами. При цьому «одноразове грубе порушення» трудових обов'язків є оціночним поняттям, яке набуває певного змісту в конкретній ситуації: приховування від податкових органів керівником відомостей про доходи підприємства, установи, організації, невжиття необхідних заходів щодо простою рухомого складу, в результаті чого були завдані збитки підприємству, установі, організації тощо. Трудовий договір з ініціативи роботодавця за додаткових підстав також може бути розірваний у випадку вчинення працівником, який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного з продовженням роботи. Оціночним тут є поняття «аморальний проступок». Мораль (лат. moralis – «моральний», від mores – «звичаї») – це система поглядів і уявлень, норм і оцінок, що регулюють поведінку людей; одна з форм суспільної свідомості. Законодавством не встановлений спеціальний перелік працівників, які можуть бути звільнені на цій підставі. У п. 28 постанови Пленуму Верховного Суду «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9 роз'яснюється, що на підставі здійснення аморального про-

ступку, несумісного з продовженням даної роботи, можуть бути звільнені лише ті працівники, які займаються виховною діяльністю, наприклад вихователі, вчителі, викладачі, практичні психологи, соціальні педагоги, майстри виробничого навчання, методисти, педагогічні працівники позашкільних закладів. Зміст вчинку, що дає підстави для звільнення, законодавство не визначає, а лише називає вчинок аморальним. При цьому централізована норма дає право на локальному рівні суб'єктам договірного регулювання трактувати зміст поняття «аморальний проступок» порізному. Таке звільнення допускається як за вчинення аморального проступку під час виконання трудових обов'язків, так і не пов'язаного з ними (вчинення такого проступку в громадських місцях або в побуті). Звільнення не може бути визнано правильним, якщо воно проведено лише внаслідок загальної оцінки поведінки працівника, не підтвердженої конкретними фактами. Отже, оціночне поняття «аморальний проступок» має дві складові частини: об'єктивну (те бачення того явища, уявлення, яке склалося у роботодавця) і суб'єктивну (роботодавець, застосовуючи оціночне поняття, вкладає в нього те розуміння, яке відповідає його особистому уявленню, в такому разі – аморального проступку). Тому, реалізовуючи норму про звільнення працівника, «який виконує виховні функції, аморального проступку, не сумісного з продовженням даної роботи», недостатньо встановити фактичні обставини справи, конкретні факти, як на це вказує постанова Пленуму Верховного Суду «Про практику розгляду судами трудових спорів» від 6 листопада 1992 р. № 9, необхідно, крім того, встановити зміст оціночного поняття роботодавцем, професійною спілкою, іншими уповноваженими особами, які будуть застосовувати правову норму, на основі конкретних обставин справи. Цим ми хочемо показати, що всі характерні особливості оціночного поняття пов'язані саме з його змістом, визначення якого відведено суб'єктам договірного регулювання, в яких створюється індивідуальне бачення і суб'єктивна оцінка явищ дійсності. Тому в одних випадках, за наявності відповідної підстави, може настати звільнення, в інших – лише обійтися доганою.

Оскільки трудове право як самостійна галузь права має соціальну спрямованість, звісно, трудове право і мораль мають певні стикування. На цьому і наголошує Р.І. Кондратьєв [5, с. 85–89]. Адже зміст норм трудового права пов'язується з принципами, цінностями, що зумовлені різними сферами суспільного життя, що визначаються культурою суспільства, його моральністю. Тому під час розуміння правової норми з оціночним поняттям, необхідно уяснити всі інші, пов'язані з нею соціальні норми та використати знання про ті з них, котрі суттєво можуть вплинути на результат тлумачення.

Як бачимо, сама властивість оцінювання є поштовхом до нових пошуків і роздумів. Залежно від певної моделі, що склалася в думці суб'єктів договірного регулювання, здійснюється суб'єктивізація правової норми з оціночними поняттями через призму договірного регулювання. В цьому виявляється суб'єктивний і одночасно творчий характер оціночного поняття. Як зазначав А.А. Чеговадзе, сам правовий варіант є альтернативою можливості вибору умов його існування. Тому є міра як загальний стандарт, що визначається об'єктивним правом через норму (сукупність норм), і міра, що визначена на певний розсуд [6, с. 84].

Оціночні поняття не можуть бути повністю враховані законодавцем, бо ще не зрозуміло, що буде розумітися під даним поняттям через кілька років. Це підтверджує висновок С.Ю. Головіної щодо впливу різних життєвих факторів на зміну термінологічної сутності навіть стабільних понять [7, с. 19–30, 88–90].

Разом з тим необхідно зазначити, що іноді, запроваджуючи в нормативний текст поняття, законодавець використовує прийоми, тотожні визначенню понять. Одним із таких прийомів, найбільш прийнятним, є роз'яснення шляхом наведення прикладу. Так, ст. 32 КЗпП України дає пояснення, що не вважається переведенням на іншу роботу переміщення його на тому самому підприємстві, в установі, організації на інше робоче місце, в інший структурний підрозділ у тій самій місцевості, доручення роботи на іншому механізмі або агрегаті у межах спеціальності, кваліфікації чи посади, зумовленої трудовим договором. З метою визначення поняття «переведення» розкривається його об'ємна частина шляхом вказівки, на приклад переміщення. При цьому не розкривається весь об'єм поняття, а лише перераховуються деякі епізодичні приклади, які не ведуть до переведення. Очевидним є те, що такий спосіб обмеження даного поняття законодавець має застосовувати лише тоді, коли неможливо дати власне визначення поняття.

Таким чином, появляються непізнані належним чином норми, які призводять до прийняття неефективного закону, який «прийнято без належного вивчення природи і структури соціальних потреб, яким він був викликаний до життя, без урахування обов'язкових правил юридичної техніки, безпосередньо пов'язаної з правотворчістю, без врахування специфіки правосвідомості суб'єктів-реципієнтів, на яких розрахований цей закон, побудований на незнанні, необгрунтованих положеннях і фактах, неврахованих інтересах або інтересах груп, зацікавлених в обмеженні інформації [8, с. 5].

Отже, використання оціночних понять у трудовому праві зумовлено причинами як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Яким би досконалим не було право (а такого, як показала практика, не буває), воно не може повністю виключити масив оціночних понять зі свого змісту. Як зазначав В.Н. Кудрявцев, існування оціночних понять у законі є неминучим [9, с. 138]. Трудове право регулює трудові, виробничі відносини, що розвиваються швидше права. Тому завжди можлива ситуація, коли відносини, що потрапляють у сферу регулювання трудового права, виявляються неврегульованими нормами трудового права, а «швидкі», достатньо не обдумані, не об-

ґрунтовані зміни до трудового законодавства не приносять результативності, ефективності, що й породжує, як правило, безліч оціночних понять, які, з огляду на конкретні ситуації, випадки, умови, реалії, певною мірою реалізовуються та застосовуються суб'єктами договірного регулювання, з огляду на їх суб'єктивну оцінку.

Висновки

Норми трудового права з оціночними поняттями, наділяючись властивими їм ознаками, займають особливе місце в договірному регулюванні трудових відносин.

Зміст оціночного поняття не визначається в нормах трудового законодавства, а визначається суб'єктами договірного регулювання на підставі правосвідомості, на свій власний розсуд з урахуванням конкретної ситуації й обставин справи. Оціночні поняття є порівняно визначеними поняттями, що узагальнюють у собі правозначущі явища дійсності, їм властиві єдність об'єктивних і суб'єктивних начал, що відображають статику і динаміку їх змісту.

Список використаних джерел:

1. Александров Н.Г. Советское трудовое право / Александров Н.Г. – М.: Государственное издательство юридической литературы, 1954. – 383 с.

2. Прилипко С.М. Трудове право України: підручник [для студ.юрид. спец. вищ навч. закл.] / С.М. Прилипко, О.М. Ярошенко. – Харків.: ФІНН, 2010. – 752 с.

3. Бару М.И. Оценочные понятия в трудовом законодательстве / М.И. Бару // Советское государство и право. – 1970. – № 7. – С. 104–108.

4. Гетьманцева Н.Д. Новація умов трудового договору. / Н.Д. Гетьманцева // Юридична Україна. – 2007. – № 3. – С. 64–70.

5. Кондратьєв Р.І. Моральний імператив у правозастосуванні / Р.І. Кондратьєв // Право України. – 2010. –№ 5. – С. 85–89.

6. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения / Л.А. Чеговадзе. – М.: Статут, 2004. – 542 с.

7. Головина С.Ю. Понятийный аппарат трудового права / С.Ю. Головина. – Екатиринбург: УрГЮА, 1997. – 363 с.

8. Козловський А.А. Право як пізнання / А.А. Козловський. –Чернівці: Рута, 1999. – 295 с.

9. Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений / Кудрявцев В.Н. – М.: Госуриздат, 1963. – 320 с.

В статье раскрывается влияние оценочных понятий на договорное регулирование трудовых отношений. Отмечается, что характерные особенности оценочного понятия связаны именно с его содержанием, определение которого отведено субъектам договорного регулирования. Констатируется, что правовые нормы с оценочными понятиями, облекаясь субъективной вариацией, в зависимости от конкретной ситуации, условий, достраиваются субъектами договорного регулирования применительно к конкретной ситуации.

Ключевые слова: оценочное понятие, договорное регулирование, трудовое законодательство, норма права, трудовое право, субъекты договорного регулирования, работодатель, трудовые отношения.

The article reveals the influence of valuation concepts on the contractual regulation of labor relations. It is noted that the characteristic features of the evaluation concept are related precisely to its content, the definition of which is assigned to the subjects of contractual regulation. It is stated that the legal norms with appraisal concepts, subject to subjective variation, depending on the specific situation, conditions, are, as it were, completed by subjects of contractual regulation in relation to a specific situation.

Key words: appraisal concept, contractual regulation, labor legislation, rule of law, labor law, subjects of contractual regulation, robot, labor relations.

УДК 369.3

Галина Трунова,
канд. юрид. наук, доцент

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗАГАЛЬНООБОВ'ЯЗКОВОГО ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО СТРАХУВАННЯ НА ВИПАДОК БЕЗРОБІТТЯ

У статті розглянуто окремі питання правового регулювання соціального страхування на випадок безробіття. Проаналізовано норми щодо допомоги по частковому безробіттю як окремого виду матеріального забезпечення, що надається в системі загальнообов'язкового державного соціального страхування у разі безробіття. Акцентовано увагу на тому, що критерієм ефективності системи соціального страхування на випадок безробіття є порівняння розміру допомоги по безробіттю з національним прожитковим мінімумом. Наголошується на необхідності підвищення мінімального розміру допомоги по безробіттю та на цільовому використанні коштів Фонду соціального страхування.

Ключові слова: безробіття, соціальне страхування, допомога, часткове безробіття, прожитковий мінімум, фонд.

Постановка проблеми. Право на захист від безробіття належить до основних конституційних прав громадян України у сфері права соціального захисту. Реалізація цього права забезпечується системою загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття, ефективність функціонування якої залежить від відповідності та повноти правового регулювання, що і зумовлює актуальність обраної теми.

Аналіз останніх публікацій і досліджень. Правові питання системи соціального страхування на випадок безробіття були предметом дослідження таких учених: О. В. Басая, М. І. Боднарука, О. В. Москаленко, С. В. Попова, О. І. Процевського, Н. М. Хуторян, Г. І. Чанишевої, Р. І. Шабанова, В. В. Юровської та інших. Однак законодавчі зміни та труднощі у правозастосуванні щодо соціального страхування на випадок безробіття спонукають проводити подальші наукові дослідження в межах окресленої тематики.

Метою публікації є виявлення наявних проблем правового регулювання у сфері загальнообов'язкового державного соціального страхування на випадок безробіття і, відповідно, надання пропозицій для їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» від 2 березня 2000 р. [1] за рахунок коштів Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття надаються такі види забезпечення: допомога по безробіттю, у тому числі одноразова її виплата для організації безробітним підприємницької діяльності; допомога на поховання у разі смерті безробітного або особи, яка перебувала на його утриманні. Фондом соціального страхування на випадок безробіття також надаються соціальні послуги, а саме: професійна підготовка або перепідготовка, підвищення кваліфікації у професійно-технічних та вищих навчальних закладах, у тому числі в навчальних закладах державної служби зайнятості, на підприємствах, в установах, організаціях; профорієнтація; пошук підходящої роботи та сприяння у працевлаштуванн, у тому числі шляхом організації громадських робіт для безробітних у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України; надання роботодавцям, які працевлаштовують громадян, що мають додаткові гарантії у сприянні працевлаштуванню, зазначені у ч. 1 ст. 14 Закону України «Про зайнятість населення», компенсації відповідно до ст. 26 Закону України «Про зайнятість населення»; надання роботодавцям – суб'єктам малого підприємництва, які працевлаштовують безробітних, компенсації фактичних витрат у розмірі єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування за відповідну особу за місяць, за який він сплачений відповідно до ст. 27 Закону України «Про зайнятість населення»; надання ваучера для підтримання конкурентоспроможності деяких категорій громадян шляхом перепідготовки, спеціалізації, підвищення кваліфікації за професіями та спеціальностями для пріоритетних видів економічної діяльності відповідно до ст. 30 Закону України «Про зайнятість населення»; здійснення заходів сприяння зайнятості внутрішньо переміщених осіб відповідно до ст. 24-1 Закону України «Про зайнятість населення»; інформаційні та консультаційні послуги, пов'язані з працевлаштуванням.

Окрім того, страховим випадком також вважається обставина, за якою застраховані особи опинилися у стані часткового безробіття [2, с. 40]. Як зазначає Г. І. Чанишева, враховуючи сучасні соціальні умови, держава вживає

© Г. Трунова, 2017

заходів, спрямованих на матеріальне забезпечення осіб, які працюють на умовах часткового безробіття [3, с.45]. Реалізація права застрахованих на допомогу по частковому безробіттю регламентується ст. 47 Закону України «Про зайнятість населення» [4] та деталізується в Порядку надання допомоги по частковому безробіттю [5].

Профільний Закон «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» визначає страховим випадком подію, через яку застраховані особи опинилися в стані часткового безробіття. Однак жодним чином не визначає порядку і умов матеріального забезпечення за даним страховим випадком і навіть не закріплює його серед видів матеріального забезпечення, визначених у ст. 7 «Види забезпечення та соціальні послуги». Р. І. Шабанов, аналізуючи норми щодо сутності допомоги по частковому безробіттю, доходить висновку про необхідність включення дефініції «часткове безробіття» разом із порядком надання допомоги до змісту Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» [6, с. 46].

Допомога по частковому безробіттю – це кошти Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття, що надаються територіальними органами Державної служби зайнятості у районах, містах, районах у містах підприємству для виплати застрахованим особам у разі втрати ними частини заробітної плати внаслідок вимушеного скорочення передбаченої законодавством тривалості робочого часу у зв'язку із зупиненням (скороченням) виробництва продукції без припинення трудових відносин [5].

Законом «Про зайнятість населення» передбачено, що право на допомогу по частковому безробіттю мають застраховані особи, які протягом 12 місяців, що передували місяцю, в якому почалося скорочення передбаченої законодавством тривалості робочого часу, працювали не менше шести календарних місяців, сплачували страхові внески та у яких скорочення тривалості робочого часу становить 50 і більше відсотків на місяць.

Рішення про надання або відмову у наданні допомоги по частковому безробіттю приймається керівником територіального органу Державної служби зайнятості у районах, містах, районах у містах та оформлюється наказом [4]. До обов'язків Фонду соціального страхування на випадок безробіття включено контроль за правильністю призначення роботодавцем та виплатою застрахованим особам допомоги по частковому безробіттю [1].

У зв'язку з тим, що допомога по частковому безробіттю фінансується за рахунок Фонду соціального страхування на випадок безробіття, рішення про призначення приймається керівником виконавчої дирекції Фонду, контроль за виплатою роботодавцем коштів застрахованим особам здійснюється Фондом, вважаємо обов'язковим включення даного виду забезпечення до Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття».

За загальним правилом, розмір допомоги по безробіттю в Україні визначається у відсотковому відношенні до середньої заробітної плати звільненого працівника: до 2 років страхового стажу – 50 %; від 2 до 6 років – 55 %; від 6 до 10 років – 60 %; понад 10 років – 70 %. Однак застраховані особи, визнані в установленому порядку безробітними, які протягом 12 місяців, що передували реєстрації особи як безробітної, за даними Державного реєстру загальнообов'язкового державного соціального страхування мають страховий стаж менше шести місяців або звільнені з останнього місця роботи з підстав, передбачених ст. 37, пунктами 3, 4, 7 і 8 ст. 40, статтями 41 і 45 Кодексу законів про працю України, а також з аналогічних підстав, визначених іншими законами, особи, зазначені у ч. 2 ст. 6 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», особи, зазначені в абз. 3 ч. 4 ст. 7 Закону України «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», мають право на допомогу по безробіттю у мінімальному розмірі.

Критерієм ефективності системи соціального страхування на випадок безробіття є порівняння розміру допомоги по безробіттю з національним прожитковим мінімумом. Прожитковий мінімум застосовується також для загальної оцінки рівня життя в Україні, що є основою для реалізації соціальної політики та розроблення державних соціальних програм. Актуальною проблемою є встановлення відповідності рівня вітчизняних соціальних стандартів їх міжнародним аналогам. Мінімальний розмір допомоги на випадок безробіття у 2016 році склав 544 грн [7].

На нашу думку, даний розмір допомоги по безробіттю суперечить принципу соціальної справедливості та унеможливлює гідне існування особи у разі настання безробіття. Вважаємо, що в Законі України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» повинно бути визначено, що мінімальний розмір допомоги по безробіттю не може бути меншим за мінімальний прожитковий мінімум для працездатної особи.

Одним з основних принципів соціального страхування, відповідно до Основ законодавства про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14 січня 1998 р., є принцип забезпечення рівня життя, не нижчого за прожитковий мінімум, встановлений законом, шляхом надання пенсій, інших видів соціальних виплат та допомоги, які є основним джерелом існування [8]. Принципом оптимізації механізму забезпечення правового регулювання соціального страхування є принцип наближення розмірів мінімальних страхових виплат за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням до рівня прожиткового мінімуму [9, с. 368] з метою забезпечення права особи на достатній життєвий рівень [10, с.155].

Водночас необхідно відзначити практику нецільового використання коштів Фонду соціального страхування на випадок безробіття. Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про державний бюджет на 2014 рік» було перед-

бачено вилучення з фонду соціального страхування на випадок безробіття 1,4 млрд грн. з подальшим їх зарахуванням до Пенсійного Фонду [11]. Хоча Законом «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» передбачено, що саме до повноважень Правління Фонду соціального страхування на випадок безробіття належить схвалення проекту річного бюджету фонду. Кошти Фонду не включаються до складу Державного бюджету України, а держава є гарантом забезпечення прав застрахованих осіб та надання їм відповідних соціальних послуг Фондом.

На нашу думку, в цьому разі був порушений та проігнорований принцип цільового використання коштів страхування на випадок безробіття. Як відзначає І. Ю. Хомич, за аналогією з Бюджетним кодексом України, нецільовим використанням коштів соціальних фондів можна вважати витрачання цих коштів на заходи, не передбачені законодавством про соціальне забезпечення, або з порушенням визначеного порядку їх нарахування та виплати, а також їх призначення та виплати особам, які не мають на це права [12, с. 134]. Що ж стосується цільового використання коштів фонду соціального страхування на випадок безробіття, то дані кошти повинні використовуватися відповідно до ст. 17 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», тобто виключно на забезпечення за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням на випадок безробіття. Як відзначає М. Л. Захаров, використання коштів страхових фондів (страхових внесків), перерозподіл здійснюється тільки між застрахованими, включаючи їх сім'ю. Використовувати ж страхові внески, які сплачуються роботодавцями або самими застрахованими, для забезпечення інших громадян не можна. У цьому і полягає сутність принципу цільового використання страхових фондів [13, с. 41]. На проблемі визначення права власності коштів фонду соціального страхування наголошував і В. Д. Роік, який вважає проблему одержавлення страхових коштів однією із системних проблем розвитку соціального страхування [14, с. 11-12]. С. О. Сільченко також наголошує на одержавленні соціального страхування в Україні [15, с. 176]. О. М. Ярошенко визначає, що у сучасних умовах держава є основним суб'єктом соціальної політики, а тому, визначаючи напрями, вона повинна гарантувати в тому числі і забезпечення у разі необхідності дотації страховим фондам з державного бюджету [16, с. 9-10].

Роль держави в системі соціального страхування на випадок безробіття полягає в тому, що вона виступає гарантом забезпечення прав застрахованих осіб. І в більшості Європейських держав ця роль реалізується шляхом надання дотацій із державного бюджету у разі дефіциту Фонду соціального страхування по безробіттю.

Варто відзначити, що ефективність правозастосовчої діяльності щодо матеріального забезпечення за соціальним страхуванням на випадок безробіття, а відповідно, і функціональність витрачання коштів Фонду соціального страхування на випадок безробіття контролюється Державною службою зайнятості. Так, Наказом Міністерства праці та соціальної політики України, державної податкової адміністрації України «Про затвердження Порядку розслідування страхових випадків та обґрунтованості виплати матеріального забезпечення безробітним» від 13 лютого 2009 р. [17] визначено механізм проведення розслідування страхових випадків та обґрунтованості виплат матеріального забезпечення відповідно до Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття».

Розслідування здійснюється шляхом проведення перевірки достовірності даних, які є підставою для надання особі статусу безробітної та виплати їй матеріального забезпечення, що зазначені в документах, поданих особою до державної служби зайнятості під час її реєстрації та протягом періоду її перебування на обліку як безробітної. Питання щодо проведення перевірки порушується у разі наявності певних передбачених Наказом підстав, а рішення щодо проведення перевірки приймається керівником центру зайнятості. Для проведення перевірки центри зайнятості взаємодіють із Державною податковою адміністрацією України та Пенсійним фондом України шляхом обміну інформацією про отримані особами, які перебувають на обліку в державній службі зайнятості як безробітні, доходи від провадження підприємницької діяльності, виконання робіт за трудовим договором, у тому числі за сумісництвом, під час роботи за кордоном, виконання робіт (надання послуг) за цивільно-правовими договорами.

За результатами звірки або перевірки оформлюється акт. У разі встановлення належності безробітної особи до категорії зайнятих така особа знімається з обліку як безробітна в установленому законодавством порядку та повертає суму незаконно отриманого матеріального забезпечення і вартості наданих соціальних послуг з моменту виникнення обставин, що впливають на умови виплати матеріального забезпечення та надання соціальних послуг.

Якщо відомості про доходи особи, на підставі яких призначено матеріальне забезпечення, є недостовірними з вини роботодавця, центри зайнятості проводять перерахунок страхових виплат із дня їх призначення. Суми незаконно виплачених коштів повертаються роботодавцем. Виплата коштів, недоотриманих особою внаслідок зниження суми страхових виплат, здійснюється за рахунок коштів Фонду. Якщо відомості про доходи є недостовірними з вини особи, центри зайнятості припиняють відповідні виплати, а суми здійснених виплат з дня їх призначення повертаються особою [17].

Судова практика, яка склалася за позовами про відшкодування роботодавцями сум незаконно виплачених коштів допомоги по безробіттю, які були призначені на підставі недостовірних відомостей, поданих роботодавцем, свідчить, як правило, про задоволення претензій Фонду соціального страхування на випадок безробіття. Суди під час прийняття рішення, посилаючись на п. 6 Порядку розслідування страхових випадків та

обґрунтовуючи виплати матеріального забезпечення безробітним, керуються ч. 3 ст. 35 Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», якою визначено, що достовірність зазначених у документах даних перевіряється Державною службою зайнятості. У разі подання недостовірних відомостей, використання роботодавцем коштів Фонду з порушенням встановленого порядку роботодавець добровільно чи на підставі рішення суду повинен відшкодувати страховику заподіяну шкоду. Роботодавець несе відповідальність згідно із законодавством за шкоду, заподіяну застрахованим особам унаслідок невиконання або неналежного виконання обов'язків, визначених Законом. Також у своїх рішеннях Суд керується ст. 1166 Цивільного кодексу України, відповідно до якої майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала [18].

Висновки

Отже, на підставі вищевикладеного можна зробити такі висновки.

По-перше, з метою відповідності комплексного регулювання соціально-страхового забезпечення на законодавчому рівні профільними нормативно-правовими актами вважаємо обов'язковим включення допомоги по частковому безробіттю до ст. 7 Закону «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття», яка визначає види забезпечення та соціальні послуги, які надаються відповідно до даного Закону.

По-друге, з метою часткового наближення національних соціальних стандартів до європейських необхідно в Законі України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття» закріпити норму, якою передбачити, що мінімальний розмір допомоги по безробіттю не може бути нижчим за прожитковий мінімум для працездатних осіб.

По-третє, необхідно забезпечити цільове використання коштів Фонду соціального страхування на випадок безробіття, виключно на забезпечення і соціальні послуги, які чітко визначені Законом «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття».

Список використаних джерел:

1. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття : Закон України від 02.03.2000 № 1533-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1533-14/print1474959456645155.

2. Болотіна Н. Б. Право людини на соціальний захист в Україні / Н. Б. Болотіна. – Київ: Знання, 2010. – 107 с.

3. Чанишева Г. І. Соціальний захист у разі неповної зайнятості: стандарти Європейського Союзу та законодавство України / Г. І. Чанишева // Право України. – 2016. – № 8. – С. 40-46.

4. Про зайнятість населення : Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5067-17/print1448191825302238.

5. Про затвердження Порядку надання допомоги по частковому безробіттю : наказ Міністерства соціальної політики України від 07.03.2013 № 103. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0756-13.

6. Шабанов Р. І. Щодо співвідношення понять «неповна зайнятість» «та часткове безробіття» / Р. І. Шабанов // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету ім. Г. С. Сковороди. – Право. – 2013. – Вип. 20. – С. 42–47.

7. Про мінімальний розмір допомоги по безробіттю : Постанова Правління Фонду загальнообов'язкового державного соціального страхування України на випадок безробіття від 04.12.2015 № 77. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dcz.gov.ua/doccatalog/document?id=391346.

8. Основи законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від 14.01.1998 № 1698-ВР. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/16/98-%D0%B2%D1%80.

9. Боднарук М. І. Правове регулювання соціального страхування в Україні : монографія / М. І. Боднарук. – Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2014. – 472 с.

10. Бурак В. Підвищення прожиткового мінімуму як підстава для перегляду розміру заробітної плати та інших соціальних виплат / В. Бурак // Юридичні факти в системі правового регулювання. Зб. наук. Праць. Матеріали VI міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 26 лист. 2015 р.) / за заг.ред. Н. М. Пархоменко, М. М. Шумила, І. О. Ізарової. – К.: ВД «Дакор», 2015. – С. 152–155.

11. Про державний бюджет на 2014 рік : Закон України від 16.01.2014 № 719-VII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/719-18/print1453551263072433.

12. Хомич І. Ю. Принцип цільового використання коштів у соціальному забезпеченні населення України: поняття та значення / І. Ю. Хомич // Наше право. – 2013. – № 10. – С. 131–136.

13. Захаров М. Л. Социальное страхование в России: прошлое, настоящее и перспективы развития (трудовые пенсии, выплаты пострадавшим на производстве) : монография / Захаров М. Л. – М.: Проспект, 2013. – 312 с.

14. Роик В. Д. Концептуальные подходы совершенствования пенсионного и других видов социального страхования в меняющемся мире социально-трудовых отношений / В. Д. Роик. – Москва, 2010. – 32 с.

15. Сільченко С. О. Деякі проблеми сучасного стану соціального законодавства / С. О. Сільченко // Право і безпека. – 2011. – № 4. – С. 176–180.

16. Ярошенко О. Соціально-правовий вимір держави Україна в умовах євроінтеграції / О. Ярошенко // Право України. – 2016. – № 8. – С.9-16.

17. Про затвердження Порядку розслідування страхових випадків та обґрунтованості виплати матеріального забезпечення безробітним : наказ Міністерства праці та соціальної політики України, державної податкової адміністрації України від 13.02.2009 №

60/62. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0232-09.

18. Рішення Господарського суду Харківської області від 26.04.2016 р. Справа № 922/712/16. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57646243; Рішення Білоцерківського міськрайонного суду Київської області від 23.05.2016 р. Справа № 357/247/16-ц. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59245952.

В статье рассмотрены отдельные вопросы правового регулирования социального страхования на случай безработицы. Проанализированы нормы относительно помощи по частичной безработице как отдельного вида материального обеспечения, предоставляемого в системе общеобязательного государственного социального страхования на случай безработицы. Акцентировано внимание на том, что критерием эффективности системы социального страхования на случай безработицы является сравнение размера пособия по безработице с национальным прожиточным минимумом. Отмечается необходимость повышения минимального размера пособия по безработице и целевого использования средств Фонда социального страхования.

Ключевые слова: безработица, социальное страхование, помощь, частичная безработица, прожиточный минимум, фонд.

The article considers some issues of legal regulation of social insurance in case of unemployment. Analyzed rules regarding partial unemployment benefit as a separate type of material support provided by the system of compulsory state social insurance against unemployment. The attention is focused, that the criteria of effectiveness of the system of social insurance against unemployment is a comparison of the size of unemployment benefits with the national subsistence minimum. Special emphasis is made on the necessity of increasing the minimum size of unemployment benefits and target use of means of Fund of social insurance.

Key words: unemployment, social insurance, assistance, partial unemployment, living wage, Fund.

УДК 347.453

Марія Бахуринська,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри земельного та аграрного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ВИБОРУ ПРИВАТНОГО ПАРТНЕРА НА УМОВАХ ДПП НА ПРИКЛАДІ ПОЛЬЩІ

У статті досліджуються особливості правового регулювання державно-приватного партнерства в країнах Європейського Союзу на прикладі Польщі. Проводиться порівняльний аналіз процедури вибору приватного партнера та передачі йому об'єктів публічної власності на умовах державно-приватного партнерства. На основі позитивного досвіду розвитку державно-приватного партнерства в Польщі розробляються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері державно-приватного партнерства.

Ключові слова: державно-приватне партнерство, правове регулювання, землекористування, європейське законодавство, національне законодавство у сфері державно-приватного партнерства.

Постановка проблеми. Участь держави в економіці завжди мала свої особливості, головною з яких є пріоритет реалізації публічної функції над метою отримання прибутку. При цьому одноосібне управління державою окремими підприємствами та цілими галузями економіки довело свою неефективність, крім того, постійною проблемою є брак фінансових ресурсів. Однією з проблем економічного розвитку України є незадовільний стан інфраструктурного забезпечення. Стратегія сталого розвитку Україна-2020 серед напрямів реформування за вектором розвитку визначила реформи й в інфраструктурній сфері, зокрема на транспорті, в телекомунікації, житлово-комунальній сфері. Незважаючи на позитивний досвід багатьох країн, зокрема країн Європейського Союзу (далі – ЄС), механізми державного приватного партнерства (далі – ДПП) не набули широкого розповсюдження в Україні.

Метою статті є дослідження особливостей правового регулювання ДПП в країнах ЄС на прикладі Польщі. Проводиться порівняльний аналіз процедури вибору приватного партнера та передачі йому об'єктів публічної власності на умовах ДПП. На базі позитивного досвіду розвитку ДПП в Польщі розробляються пропозиції щодо вдосконалення законодавства України у сфері ДПП.

Особливості землекористування у сфері ДПП розглядають у дослідженнях О.М. Вінник, А.М. Мірошниченко, В.І. Семчик, В.В. Носік та ін. Проблемам розвитку ДПП приділяється значна увага в сучасних наукових публікаціях, серед яких варто відмітити роботи таких учених: В.М. Вакуленка, І.В. Запатріна, К.В. Павлюка О.Ю Самойлікова та ін.

Виклад основного матеріалу. Аналіз наукових публікацій показав, що міжнародна передова практика постійно уточнює концепцію ДПП завдяки зусиллям міжнародних інституцій, таких як Європейська комісія або Комісія ООН з міжнародного торгового права (далі – UNCITRAL).

Визначення ДПП, дане Європейською комісією «Зелена книга» Європейської комісії щодо ДПП [1] (далі – Зелена книга ЄС щодо ДПП), опубліковане у 2004 році, визначає ДПП як різноманітні «форми співпраці між органами державної влади та діловим співтовариством, метою якої є забезпечення фінансування, будівництва, реконструкції, управління й обслуговування інфраструктури чи надання послуг».

Зелена книга ЄС щодо ДПП налічує чотири елементи, які зазвичай характеризують ДПП:

– відносно довга тривалість відносин, які передбачають співпрацю між державним партнером і приватним партнером із різноманітних аспектів запланованого проекту;

– метод фінансування проекту – частково за рахунок приватного сектору, а частково за рахунок комплексних домовленостей між різноманітними суб'єктами. Незважаючи на це, в деяких випадках можливо залучення державних коштів, причому у великих розмірах;

– важлива роль організації-експлуатанта, яка бере участь на різноманітних стадіях проекту (проектування, завершення, впровадження, фінансування). Державний партнер переважним чином концентрується на визначенні цілей, яких необхідно досягти стосовно публічного інтересу, якості наданих послуг і політиці ціноутворення, відповідає також за моніторинг за дотриманням цих цілей;

– розподіл ризиків між держаним партнером і приватним партнером, до якого переходять ризики, які зазвичай бере на себе державний партнер. Але ДПП не означає, що приватний партнер обов'язково бере на себе всі ризики або навіть левову частку ризиків, пов'язаних із проектом. Конкретний розподіл ризиків визначається в кожному окремому випадку відповідно до здатності сторін контролювати та впоратись із ризиком.

© М. Бахуринська, 2017

Відповідно до Зеленої книги ЄС щодо ДПП, власне ДПП регулюються не законодавством ЄС, а загальними принципами Договору ЄС і/або правилами ЄС щодо державних контрактів і концесій.

У Повідомленні про державно-приватне партнерство та законодавство Співтовариств про державні закупівлі й концесії, оприлюдненому у 2005 році, Європейська комісія підтвердила, що не існує потреби в спеціальному законодавстві щодо ДПП на рівні ЄС, оскільки вона вважає, що ДПП має регулюватись законодавством ЄС щодо державних контрактів або щодо концесій.

Відповідно до загальних принципів Договору ЄС, контракти про державну закупівлю робіт, товарів чи послуг і питання концесії на цей момент регулюються Директивою 2014/24/Є [2], Директивою 2014/23/ЄС [3] і Директивою 2014/25/ЄС[4]. При цьому стосовно концесій Зелена книга ЄС щодо ДПП зазначає, що «до правил, які регулюють надання концесій на надання послуг, застосовуються в силу посилання принципи, зазначені в статтях 43 та 49 Договору, зокрема принципи прозорості, рівного ставлення, пропорційності та взаємного визнання» [5].

Директиви ЄС із питань здійснення державних закупівель і концесії поширюють свою сферу дії на всі органи державної влади та підприємства, а також на певні приватні й комунальні підприємства, що мають спеціальні привілеї, *покладаючи обов'язок на державні підприємства надавати більші контракти шляхом конкурентних і прозорих процедур, заснованих на об'єктивних критеріях, установлених заздалегідь*. Для таких цілей Директиви місять правила щодо *вимог до опублікування, різних конкурентних процедур, які використовуються для різних видів контрактів, і вимоги стосовно типів критеріїв і специфікацій, які мають використовуватись під час здійснення державних закупівель*.

Детальні правила Директив заздалегідь застосовуються в межах та вище спеціально встановлених директивами меж. Національне законодавство країн ЄС застосовується, якщо договори у сфері ДПП здійснюються нижче порогових значень до менших контрактів, крім того, кожна держава-член ЄС має свою національну систему законодавства у сфері ДПП, що поєднує національні правила з вимогами Директив ЄС.

Розвиток ДПП в Польщі почався з узагальнення досвіду країн ЄС стосовно державно-партнерства й визначення єдиних термінів і правових рамок концесійного законодавства Польщі. У 2003 році були прийняті Правила для успішного державно-приватного партнерства, що узагальнює положення Керівництва ООН UNCITRAL, адаптованого до законодавства ЄС. Зелена книга ДПП, прийнята у 2004 році, узагальнила положення попередніх документів щодо різноманітних директив ЄС і досвіду країн, які входять до складу європейської спільноти [6].

Після адаптації польського законодавства у сфері ДПП до документів і директив ЄС були прийняті базові законодавчі акти, що регулюють питання ДПП, зокрема Закон про державно-приватне партнерство від 19 грудня 2008 року та Закон про концесії на роботи або послуги від 9 січня 2009 року.

Указані законодавчі акти визначили принципи співпраці державного органу та приватного партнера в рамках ДПП, мета якого є спільне здійснення проекту, заснованого на поділі завдань і ризиків між державним органом і приватним партнером. Правове регулювання питань ДПП також здійснюється й іншими нормативно-правовими актами, такими як Закон про державні закупівлі від 29 січня 2004 року, що визначає правила та процедури для державних закупівель, правового захисту, контролю державних закупівель і закупівель компетентними органами; Закон про муніципальні органи від 20 грудня 1996 року, який установлює принципи й форми муніципальних органів місцевого самоврядування, що стосується виконання ними завдань, з метою задоволення колективних потреб місцевого співтовариства; Закон про платні автомагістралі й республіканський дорожній фонд від 27 жовтня 1994 року, який визначає умови для підготовки будівництва, фінансування будівництва, правил проведення тендерних процедур для будівництва й експлуатації або тільки експлуатації платних автодоріг, принципи укладання угод із будівництва й експлуатації, а також визначає компетентні органи в цих питаннях; Закон з управління нерухомістю від 21 серпня 1997 року, який установлює правила управління нерухомим майном, що належить державній скарбниці або місцевим органам влади, поділу майна та його консолідації; правила експропріації й повернення відчуженого майна; встановлює частку у витратах будівництва об'єктів технічної інфраструктури; оцінки нерухомості та професійної діяльності, метою якої є управління нерухомим майном.

При цьому законодавство України має істотні відмінності від законодавчої бази країн ЄС стосовно ДПП та є занадто зарегульованим. Саме тому одним із напрямів удосконалення вітчизняного законодавства має бути імплементація міжнародного та європейського законодавства. Зокрема, доцільно адаптувати українське законодавство до вимог Керівництва з державно-приватного партнерства UNCITRAL ООН і Зеленої книги з ДПП Європейської комісії.

Недоліком українського законодавства є покладення повноважень із прийняття ключових рішень у сфері ДПП на Кабінет Міністрів України, тоді як у Польщі в більшості випадків на ці органи покладено лише контролюючу функцію й визначення загальних правил, а всі рішення стосовно конкретних проектів приймає публічний партнер – ініціатор угоди про ДПП, яким, відповідно до досвіду Польщі, можуть бути майже всі наявні форми громадської власності, в тому числі й підприємства державної або комунальної власності, якщо партнерство з приватною сферою має істотні переваги під час реалізації тих чи інших проектів. Виняток, як правило, становлять проекти у сфері

державної безпеки та оборони. Водночас виключний перелік державних партнерів у п. 1 ст. 1 Закону України «Про державно-приватне партнерство в Україні» [7], що виключає участь державних і комунальних підприємств як публічних партнерів, значно обмежує можливості розвитку ДПП в Україні.

Ще однією з відмінностей українського та польського законодавств є різні сфери застосування ДПП. У Польщі вони значно ширші: до проектів ДПП можуть належати будь-які угоди між державним партнером, що пов'язані з будівництвом або реконструкцією об'єктів; наданням послуг; виконання робіт. В Україні закон визначає конкретні сфери застосування ДПП, що значно обмежує можливості застосування проектів в інших сферах громадського сектору, які потребують інвестицій від приватних партнерів. У цьому випадку доцільно застосувати польський досвід, коли до сфери ДПП належать усі суб'єкти громадського сектору, що мають значну частину суспільного фінансування.

Потребують розширення також форми державного партнерства, якими, відповідно до законодавства України, можуть бути концесія та спільна діяльність, тоді як міжнародні норми розглядають значно більше можливостей партнерства. Наприклад, створення нового акціонерного підприємства для реалізації суспільно значимих проектів.

Є ще низка інших норм, які значно звужують застосування в Україні механізмів ДПП. Зокрема, ст. 6 Закону України «Про державно-приватне партнерство» передбачає для приватного партнера необхідність застосування правил державних закупівель, тоді як конкуренті механізми вже були використані під час визначення приватного партнера в проекті ДПП. Згідно з польським досвідом, після проведення конкурсу з вибору приватного партнера вся відповідальність за реалізацію проекту ДПП, в тому числі за процедуру закупівлі необхідних матеріалів або вибір субпідрядників, лежить уже на приватному партнері. Нереалізований в Україні світовий досвід щодо можливості передачі об'єктів ДПП у власність приватного партнера після завершення проекту ДПП.

На окрему увагу заслуговують особливості надання й використання земельних ділянок, що необхідні для реалізації проектів ДПП. Світовий досвід засвідчує, що у випадках, коли новий об'єкт інфраструктури передбачається побудувати на земельній ділянці, яка перебуває в публічній власності (тобто на ділянці, що належить організації-замовнику або іншому публічному органу), або коли мова йде про модернізацію чи реконструкцію вже наявного об'єкта інфраструктури, надання такої ділянки або об'єкта в розпорядження концесіонера буде зазвичай здійснюватися його власником. У тих випадках, коли організація-замовник ще не є власником земельної ділянки та їй необхідно придбати його в його власників, виникає більш складна ситуація. У більшості випадків з урахуванням потенційних затримок і витрат, пов'язаних із переговорами, можливо, з великою кількістю окремих власників, і необхідності, яка може існувати в деяких правових системах, потрібно проводити складні дослідження документів, що підтверджують правовий титул, і вивчати ланцюжок попередніх передач права власності щоб установити законність правового титулу окремих власників, унаслідок чого концесіонеру нічого очікувати бути стороною, яка перебуває в найкращому становищі, щоб узяти на себе відповідальність за придбання земельної ділянки, необхідної для проекту. У силу цього організація-замовник зазвичай приймає на себе відповідальність за надання земельної ділянки, необхідної для реалізації проекту, щоб уникнути зайвих затримок або збільшення проектних витрат у результаті придбання землі. Організація-замовник може купити необхідну земельну ділянку біля його власників або, якщо це необхідно, придбати її в примусовому порядку.

Процедура, за допомогою якої приватна власність у примусовому порядку набувається урядом за умови виплати власникам належної компенсації, в національних правових системах описується за допомогою різних технічних термінів, таких як «експропріація», в сьогоднішньому Керівництві іменується «придбання в примусовому порядку». У країнах, де законодавство передбачає кілька видів процедур для придбання в примусовому порядку, буде, можливо, доцільно уповноважити компетентні публічні органи здійснювати всі придбання, необхідні для потреб проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно, з найбільш ефективною із цих процедур, наприклад, за допомогою спеціальних процедур, які в низці країн застосовуються з причин настійних потреб публічного характеру.

Повноваженнями на придбання власності в примусовому порядку зазвичай наділений уряд, проте законодавство деяких країн також дозволяє операторам інфраструктури або постачальникам загальнодоступних послуг (наприклад, залізничним компаніям, установам, відповідальним за питання енергопостачання, або телефонним компаніям) робити певні дії з метою примусового придбання приватної власності, яка потрібна для надання або розширення надання їхніх послуг населенню. Практика цих країн показала, що (особливо у випадках, коли рішення про виплату компенсації власникам власності виноситься за допомогою судових процедур) доцільно делегувати концесіонеру право робити певні дії, пов'язані з придбанням у примусовому порядку, за збереження за урядом відповідальності за прийняття тих заходів, які, згідно з відповідним законодавством, розглядаються як необхідні умови для порушення процедур, спрямованих на придбання відповідної власності. Після придбання земельна ділянка часто стає публічною власністю, хоча в низці випадків законодавство може дозволяти організації-замовнику й концесіонеру погоджувати інший порядок з урахуванням їхніх відповідних часток у витратах на придбання власності.

У тих випадках, коли для отримання доступу до будівельного майданчика або виконання будь-яких робіт чи обслуговування будь-яких об'єктів, необхідних для надання

відповідної послуги, концесіонеру потрібно право на транзитний проїзд по території або через територію, що належить третій сторонам (наприклад, для встановлення дорожніх знаків на прилеглих земельних ділянках; для встановлення щогл або ліній електропередачі на території, яка належить третім сторонам; для монтажу чи обслуговування трансформаторного й релейного обладнання; для підрізування дерев, які заважають телефонним лініям і які розташовані на суміжній території, або для укладання труб нафто-, газу– чи водопроводу), може виникнути необхідність у спеціальних механізмах.

Для позначення права використовувати власність іншої особи з конкретною метою або виконувати на її території певні роботи зазвичай застосовується термін «сервітут». Сервітути, як правило, вимагають згоди власника власності, стосовно якої вони встановлюються, якщо тільки такі права не передбачені законом. Покладання на концесіонера відповідальності за отримання сервітутів безпосередньо від власників відповідної власності зазвичай не є досить оперативним або рентабельним рішенням. Замість цього, найчастіше такі сервітути в примусовому порядку набуває уряд одночасно з придбанням ділянки для будівельного майданчика.

Вітчизняне законодавство теж передбачає обов'язок державного партнера надати приватному партнерові необхідну земельну ділянку. Відповідно до ч. 1-2 ст. 8 Закону України «Про державно-приватне партнерство», якщо для здійснення ДПП необхідне користування земельною ділянкою, державний партнер передає приватному партнерові, згідно із Земельним кодексом України, земельну ділянку, на якій розташований об'єкт ДПП, разом із об'єктом ДПП на строк, установлений договором, укладеним у рамках ДПП, чи забезпечує не пізніше дати набрання чинності договором, укладеним у рамках ДПП, набуття приватним партнером права на користування земельними ділянками, наданими в установленому порядку для будівництва об'єкта ДПП. У всіх інших випадках державний партнер забезпечує надання на вимогу приватного партнера земельних ділянок, необхідних для виконання договору, укладеного в рамках ДПП, в порядку, встановленому законом і зазначеному в такому договорі.

Передбачаючи обов'язок державного партнера забезпечити надання земельної ділянки, закон не зазначає, на якій підставі буде передано вказану земельну ділянку. Тим більше ст. 94 Земельного кодексу України все ще передбачає можливість закріплення за концесіонером земельної ділянки на умовах оренди. Проблема вітчизняного законодавства полягає в тому, що земельна ділянка не визнається об'єктом правовідносин у сфері ДПП, тоді як міжнародне законодавство не передбачає окремого розділу стосовно земельних ділянок у зв'язку з тим, що за міжнародними нормами земельні ділянки належать до об'єктів ДПП і на них розповсюджуються ті самі норми, що й на інші активи партнерської діяльності.

Позитивною рисою останньої зміни до ст. 8 Закону України «Про державно-приватне партнерство» є покладення на державного партнера обов'язку розробити й погодити проекти землеустрою щодо відведення земельних ділянок та іншу документацію із землеустрою, яка, відповідно до законодавства, вимагається для надання земельної ділянки в користування. Керівництво UNCITRAL рекомендує розширити цей перелік на всі необхідні для спільної діяльності дозволи й ліцензії. Крім того, рекомендується створити інституційні механізми для координації діяльності публічних органів, відповідальних за видачу та підтвердження ліцензій, дозволів або санкцій, необхідних для здійснення проектів у галузі інфраструктури, що фінансуються з приватних джерел, відповідно до законодавчих або нормативних вимог, що стосуються будівництва й експлуатації об'єктів інфраструктури відповідного типу

З погляду міжнародних норм пункт про можливість відшкодування приватним партнером витрат державного партнера на оформлення земельної документації є недоцільним і зменшує привабливість угод ДПП для приватного сектору. У більшості випадків витрати державного партнера на підготовку документації оцінюються як його внесок у спільний проект.

Пункт про необхідність звільнення приватним партнером наданої в користування земельній ділянки після припинення дії угоди про ДПП в перспективі може викликати юридичні казуси. Наприклад, якщо в процесі спільної діяльності на ділянці були збудовані певні об'єкти. Тому доцільно вдосконалити норми Закону, що стосуються загального розподілу активів після завершення дії угоди про ДПП відповідно до рекомендацій Керівництва UNCITRAL.

Висновки

Порівняльний аналіз законодавства України та Польщі в розрізі міжнародних актів, що регулюють питання ДПП, свідчить про необхідність адаптації законодавства України у сфері ДПП до стандартів ЄС. Крім того, обов'язково треба враховувати досвід окремих країн ЄС у практичній реалізації механізмів ДПП в межах окремої країни. Це не лише підвищить ефективність застосування механізмів ДПП в Україні, а й забезпечить залучення значних обсягів іноземних інвестицій за рахунок міжнародних фінансових інституцій, діяльність яких вимагає застосування міжнародних стандартів у сфері ДПП.

Список використаних джерел:

1. Зелена книга щодо державно-приватних партнерств та законодавства співтовариства у сфері державних контрактів та концесій [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://old.minjust.gov.ua/file/32428.doc.

2. Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014.

3. Директива 2014/23/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року про

укладання договорів концесії // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014.

4. Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС від 26 лютого 2014 року щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС // Офіційний Вісник ЄС L 94. – 28.03.2014. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page?id_doc=53691.

5. Зелена книга Європейської комісії щодо Державно-приватного партнерства та Закон співдружності про державні контракти і концесії // COM(2004)327final. – 30.04.2004.

6. Вивчення оптимальних моделей державного-приватного партнерства для промислових парків в Яворові і Новому Роздолі [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.institute.lviv.ua/doc/02ppp.pdf.

7. Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2404-17.

В статье исследуются особенности правового регулирования государственно-частного партнерства в странах Европейского Союза на примере Польши. Выполняется сравнительный анализ процедуры выбора частного партнера и передачи ему объектов публичной собственности на условиях государственно-частного партнерства. На основе положительного опыта развития государственно-частного партнерства в Польше разрабатываются предложения по усовершенствованию законодательства Украины в сфере государственно-частного партнерства.

Ключевые слова: государственно-частное партнерство, правовое регулирование, землепользование, европейское законодательство, национальное законодательство в сфере государственно-частного партнерства.

In the article the features of legal regulation of Public Private Partnership in the EU by the example of Poland. The comparative analysis of procedures for selecting the private partner and the transfer of the objects of public property in terms of PPP. Based on the positive experience of PPP in Poland developed proposals to improve the legislation in Ukraine PPP.

Key words: state-private partnership, legal adjusting, land-tenure, European legislation, national legislation in the sphere of PPP.

УДК 349.41

Ярослав Буряк,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри цивільного права та процесу
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

СУДОВА ПРАКТИКА АДМІНІСТРАТИВНИХ СУДІВ У СПРАВАХ ПРО ПРИМУСОВЕ ВІДЧУЖЕННЯ ЗЕМЕЛЬНИХ ДІЛЯНОК ІЗ МОТИВІВ СУСПІЛЬНОЇ НЕОБХІДНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню судової практики у справах, що стосуються примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності. На підставі аналізу судових рішень систематизуються судові рішення в цій категорії справ залежно від мети примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності в такі категорії: будівництво ліній електропередач, електростанцій, видобування корисних копалин, будівництво об'єктів інфраструктури.

Ключові слова: примусове відчуження, земельна ділянка, будівництво ліній електропередач, будівництво електростанцій, видобування корисних копалин, будівництво об'єктів інфраструктури, судова практика.

Постановка проблеми. Актуальність теми полягає в тому, що протягом останнього часу в судовій практиці зростає кількість позовів про примусове відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності, що, у свою чергу, призводить до порушення права власника такої ділянки вільно розпоряджатись нею.

Варто зауважити, що проблеми примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності досліджувала низка вітчизняних науковців, водночас ґрунтований аналіз судової практики в цій категорії справ незначний, що, своєю чергою, пов'язано з винесенням апеляційними адміністративними судами нових рішень у 2016–2017 роках [див., напр., 1–8].

Мета статті – охарактеризувати правові підстави викупу земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності; опрацювати судові рішення з єдиного реєстру судових рішень із цього питання; систематизувати судові рішення в цій категорії справ залежно від мети примусового викупу земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до статті 41 Конституції України, примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток із мотивів суспільної необхідності на підставі й у порядку, встановлених законом, і за умови попереднього й повного відшкодування їх вартості [9].

Земельним кодексом України визначено, що підстави та порядок примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності визначаються законом (стаття 147) [10].

Так, статтею 1 Закону України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» примусове відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності визначено як перехід права власності на земельні ділянки, інші об'єкти нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, до держави чи територіальної громади з мотивів суспільної необхідності за рішенням суду [11].

Водночас об'єктом відчуження, відповідно до цього Закону, є земельна ділянка (її частина), житловий будинок, інші будівлі, споруди, багаторічні насадження, що на ній розміщені, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб.

Вимога про примусове відчуження земельної ділянки, інших об'єктів нерухомого майна, що на ній розміщені, підлягає задоволенню, якщо позивач доведе, що будівництво, капітальний ремонт, реконструкція об'єктів, під розміщення яких відчужується відповідне майно, є неможливим без припинення права власності на таке майно попереднього власника [11].

На підставі аналізу судової практики можна систематизувати судові рішення в цій категорії справ залежно від мети примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності в такі категорії: *будівництво ліній електропередач, електростанцій*; видобування корисних копалин; будівництво об'єктів інфраструктури.

Розглянемо та проаналізуємо детальніше кожну з наведених категорій на підставі судових справ.

Будівництво ліній електропередач, електростанцій

Постановою Київського апеляційного адміністративного суду від 30 січня 2017 року встановлено, що, відповідно до Розпоряджен-

© Я. Буряк, 2017

ня Кабінету Міністрів України від 27 липня 2006 року № 436-р, затверджено план заходів на 2006–2010 роки щодо реалізації Енергетичної стратегії України на період до 2030 року, де передбачено будівництво об'єкта «Лінії електропередачі 750 кВ для видачі потужностей Рівненської та Хмельницької атомних електростанцій».

Замовником проектування та будівництва магістрального лінійного енергооб'єкта, будівництво якого зумовлено загальнодержавними інтересами, є ДП «Національна енергетична компанія «Укренерго».

24 грудня 2014 року Київська обласна державна адміністрація прийняла розпорядження «Про заходи щодо викупу або примусового відчуження земельних ділянок, що перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, з подальшим їх наданням у постійне користування державному підприємству «Національна енергетична компанія «Укренерго» № 456 [12].

Зазначеним розпорядженням доручено Макарівській районній державній адміністрації у визначеному законодавством порядку вжити заходів щодо викупу або примусового відчуження земельних ділянок, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності (згідно з додатком до розпорядження Київської ОДА), з метою подальшого їх надання в постійне користування державному підприємству «Національна енергетична компанія «Укренерго» для розміщення, будівництва, експлуатації та обслуговування заходів ПЛ 330 кВ Новокиївська-Северна на ПС 750 кВ «Київська».

На виконання цього розпорядження Макарівська районна державна адміністрації прийняла розпорядження «Про викуп або примусове відчуження земельних ділянок, які перебувають у власності фізичних або юридичних осіб, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, з подальшим наданням цих земельних ділянок у постійне користування державному підприємству «Національна енергетична компанія «Укренерго» із зміною їх цільового призначення для розміщення, будівництва, експлуатації та обслуговування заходів НЛ 330 кВ Новокиївська-Северна на ПС 750 кВ «Київська» від 9 грудня 2015 року № 455 (зі змінами від 25 травня 2016 року № 269) [12].

Суд задовольнив позов Макарівської районної державної адміністрації в повному обсязі.

Аналогічними прикладами можуть слугувати постанови Київського, Одеського, Житомирського апеляційних адміністративних судів [13–17].

Видобування корисних копалин

Постановою Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 17 січні 2017 року встановлено, що у зв'язку з тим, що вказана земельна ділянка знаходиться в межах запланованого розширення Вовчанського кар'єру з видобування корисних копалин загальнодержавного значення, ТзОВ звернулось до Васильківської районної державної адміністрації Дніпропетровської області з метою врегулювання питання щодо відчуження земельної ділянки відповідача [18].

Головою Васильківської районної державної адміністрації Дніпропетровської області прийнято розпорядження «Про початок процедури відчуження шляхом викупу земельних ділянок, які перебувають у власності фізичних осіб, для суспільних потреб та затвердження відповідних попередніх заходів» від 22 грудня 2015 року № Р-362/0/276-15 і від 16 січня 2016 року № Р-70/0/276-16 і затверджено перелік попередніх заходів, необхідних для прийняття Васильківською райдержадміністрацією рішення про викуп земельних ділянок приватної власності для суспільних потреб (розміщення та обслуговування об'єктів, пов'язаних із видобуванням корисних копалин).

Головою Васильківської районної державної адміністрації Дніпропетровської області прийнято розпорядження «Про відчуження шляхом викупу земельної ділянки ОСОБА_3 площею 7,903 га для суспільних потреб» від 12 березня 2016 року № Р-123/0/276-16 і встановлено викупну ціну.

Відмову від викупу земельної ділянки відповідач обґрунтував тим, що земельна ділянка перебуває в його приватній власності, є землею для ведення товарного сільськогосподарського виробництва. Цю земельну ділянку він використовує як самостійно, так і здає її в оренду, у зв'язку з чим вона є постійним джерелом доходу для нього та його родини.

Відсутність добровільної згоди на викуп земельної ділянки для суспільних потреб стала підставою для звернення позивача до суду із цим адміністративним позовом у порядку, визначеному ч. 1 ст. 15 Закону України «Про примусове відчуження земельних ділянок, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» [18].

Як обґрунтування задоволення позову судом установлено, що, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 12 грудня 1994 року № 827, титано-цирконієва руда, яку видобуває підприємство, входить до переліку корисних копалин загальнодержавного значення.

Задовольняючи позовні вимоги про примусове відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності, Дніпропетровський апеляційний адміністративний суд у справі від 24 березня 2016 року зазначив як підставу задоволення позову те, що від діяльності гірничо-збагачувальних комбінатів залежить загальний стан металургійної галузі. Подальша безперебійна робота місцевоутворювального підприємства вимагає розширення меж кар'єрів із видобування корисних копалин за рахунок відведення додаткових земельних ділянок у межах гірничого відводу [19].

Аналогічними в цьому випадку є також такі судові справи [20–23].

Будівництво об'єктів інфраструктури

Постановою Львівського апеляційного адміністративного суду у справі № 2а-9104/2/11 задо-

волено позов Управління капітального будівництва Львівської обласної державної адміністрації про примусове відчуження з мотивів суспільної необхідності садового будинку, багаторічних насаджень, які входять до садової ділянки [24].

Зокрема, як установлено судом, відповідно до Державної цільової програми підготовки та проведення в Україні фінальної частини чемпіонату Європи з футболу, затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 14 квітня 2010 року № 357, у місті Львові здійснюються будівництво та реконструкція Львівського аеропорту. У межі будівельного майданчика, відведеного для будівництва продовження штучної злітно-посадкової смуги ДП «Міжнародний аеропорт «Львів», потрапила частина садових ділянок кооперативно-садівничого товариства «Залізничник», що підтверджується викопіюванням із генерального плану. Згідно зі статтею 8 Закону України «Про організацію та проведення фінальної частини чемпіонату Європи 2012 року з футболу в Україні», Кабінетом Міністрів України 21 квітня 2010 року прийнято Розпорядження «Про викуп об'єктів приватної власності та земельних ділянок з мотиву суспільної необхідності» № 948-р, яким Львівській облдержадміністрації доручено викупити садові ділянки, що розміщені на земельній ділянці, яка відводиться для будівництва та реконструкції Львівського аеропорту.

У свою чергу, розпорядженням голови Львівської облдержадміністрації «Про викуп об'єктів приватної власності та земельних ділянок з мотиву суспільної необхідності» від 28 квітня 2010 року № 393/0/5-10 начальнику управління капітального будівництва Львівської облдержадміністрації доручено укласти договори купівлі-продажу з власниками майна та проводити розрахунки. Також Положенням про управління капітального будівництва Львівської ОДА, затвердженим розпорядженням голови Львівської облдержадміністрації від 30 листопада 2006 року № 1229, відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження Типового положення про управління капітального будівництва обласної, Київської та Севастопольської міської державної адміністрації» від 06 вересня 2000 року № 1401, визначено, що одним із завдань управління є виконання функцій, пов'язаних із реалізацією покладених на облдержадміністрацію завдань у сфері будівництва, а також здійснення відшкодовування громадянам у разі знесення вартості будівель. Згідно з вищезазначеним Розпорядженням Кабінету Міністрів України, викупу з мотивів суспільної необхідності підлягає 18 садових ділянок членів КСТ «Залізничник», серед них і ділянка відповідача, яку необхідно було викупити до 1 липня 2010 року. На виконання цього Розпорядження Кабінету Міністрів України позивачем викуплено садові ділянки 16 членів, 1 на стадії оформлення, залишилась не викуплена ще 1 садова ділянка, яка належить відповідачу [24].

Аналогічні рішення Львівського апеляційного адміністративного суду бачимо в таких справах [25–27].

Висновки

Отже, аналізуючи рішення апеляційних адміністративних судів щодо примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності, можна дійти до висновку про збільшення позовів у цій категорії справ з огляду на судову практику 2016–2017 років.

Водночас на підставі аналізу судової практики можна систематизувати судові рішення в цій категорії справ залежно від мети примусового відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності в такі категорії: будівництво ліній електропередач, електростанцій; видобування корисних копалин; будівництво об'єктів інфраструктури.

Список використаних джерел:

1. Головня І.Я. Відчуження земельних ділянок для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності як підстава припинення права власності на земельну ділянку : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 / І.Я. Головня ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». – Одеса, 2015. – 20 с.

2. Данилко Н.І. Засади правового регулювання викупу земельних ділянок для суспільних потреб органами місцевого самоврядування / Н.І. Данилко // Держава і право. – 2012. – Вип. 56. – С. 400–404.

3. Терлецька Л.М. Правове регулювання відшкодування збитків при викупі земельних ділянок / Л.М. Терлецька // Актуальні проблеми держави і права. – 2011. – Вип. 61. – С. 662–667. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2011_61_91.

4. Головня І.Я. Поняття та правова природа відчуження земельних ділянок для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності / І.Я. Головня // Молодий вчений. – 2015. – № 2 (3). – С. 229–232. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2015_2%283%29__59.

5. Марчук М.П. Особливості вилучення земельних ділянок для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності / М.П. Марчук // Часопис Київського університету права. – 2011. – № 1. – С. 253–255. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2011_1_65.

6. Суєтнов Є.П. Відчуження земельних ділянок для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / Є.П. Суєтнов ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». – Х., 2013. – 20 с.

7. Наконечний А.Б. Примусове відчуження земельних ділянок за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.06 / А.Б. Наконечний ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2016. – 20 с.

8. Ільницький О.В. Особливості судового розгляду справ про примусове відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, з мотивів суспільної необхідності / О.В. Ільницький, Н.В. Ільків // Вісник Вищої ради юстиції. – 2013. – № 3. – С. 18–33. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/vvru_2013_3_4.

9. Конституція України від 28 червня 1996 року (із змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http: www.zakon2.rada.gov.ua.

10. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III (із змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2768-14/print1490727596756661.

11. Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності : Закон України від 17 листопада 2009 року № 1559-VI (із змінами) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1559-17/print1491714890679469.

12. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 30.01.2017. Справа № 875/85/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64397640.

13. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 18.01.2017. Справа № 875/64/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64179272.

14. Постанова Київського апеляційного адміністративного суду від 09.02.2017. Справа № 875/87/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64656039.

15. Постанова Одеського апеляційного адміністративного суду від 12.12.2012. Справа № 9105/2/2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28534873.

16. Постанова Житомирського апеляційного адміністративного суду від 03.02.2015. Справа № 874/32/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/43359373.

17. Постанова Житомирського апеляційного адміністративного суду від 02.12.2014. Справа № 874/14/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/41740993.

18. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 17.01.2017. Справа № 872/2а-36/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64123599.

19. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 24.03.2016. Справа 872/2а-5/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56768880.

20. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 24.03.2016. Справа 872/2а-8/16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56768756.

21. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 07.04.2015. Справа № 872/2а-5/15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44035927.

22. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 02.06.2015. Справа 872/2а-17/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44798109.

23. Постанова Дніпропетровського апеляційного адміністративного суду від 28.05.2015. Справа № 872/2а-13/14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/44753589.

24. Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 04.04.2011. Справа № 2а-9104/2/11 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16043929.

25. Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 25.11.2010. Справа № 2а-11/10/9104 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/48541119.

26. Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 24.05.2012. Справа № 2а-9104/1/12 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/24228152.

27. Постанова Львівського апеляційного адміністративного суду від 03.03.2011. Справа № 2а-13/10/9104 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/14628001.

Статья посвящена исследованию судебной практики по делам, касающимся принудительного отчуждения земельных участков по мотивам общественной необходимости. На основании анализа судебных решений систематизируются судебные решения в данной категории дел в зависимости от цели принудительного отчуждения земельных участков по мотивам общественной необходимости в следующие категории: строительство линий электропередач, электростанций, добычи полезных ископаемых, строительство объектов инфраструктуры.

Ключевые слова: принудительное отчуждение, земельный участок, строительство линий электропередач, строительство электростанций, добычи полезных ископаемых, строительство объектов инфраструктуры, судебная практика.

Article investigates research jurisprudence in matters relating to land expropriation for reasons of public necessity. On the basis of judgments systematized judgments in this category of cases, depending on the purpose of expropriation of land for reasons of social necessity in the following categories: construction of power lines, power stations; mining; infrastructure construction.

Key words: expropriation, land, construction of transmission lines, construction of power plants, mining operations, infrastructure construction, litigation.

УДК 349.41

Наталія Кузьменко,

аспірант
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

МЕЖІ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ЩОДО ПРИЙНЯТТЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ У СФЕРІ ЗЕМЕЛЬНИХ ВІДНОСИН

Стаття присвячена аналізу питань прийняття органами місцевого самоврядування рішень нормативного характеру у сфері земельних відносин та визначенню чітких меж здійснення даними органами повноважень щодо регулювання земельних відносин на відповідній території.

Ключові слова: нормативно-правовий акт, рішення, орган місцевого самоврядування, повноваження, земельні відносини.

Постановка проблеми. У контексті реформи децентралізації влади особливого значення набуває питання наявності в органів місцевого самоврядування можливості приймати рішення, спрямовані на регулювання земельних відносин з урахуванням місцевих особливостей шляхом прийняття відповідних нормативно-правових актів у межах, визначених Конституцією та законами України.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Загальні особливості прийняття органами місцевого самоврядування нормативно-правових актів досліджувалися в т. ч. на дисертаційному рівні переважно в межах конституційного права такими вченими: В. Р. Барським, Т. О. Калиновською, А. О. Кузнєцовим, А. Г. Мельник, М. О. Петришиною, О. В. Чернецькою та ін.

Питання нормативного регулювання земельних відносин аналізували, зокрема? такі науковці, як А. П. Гетьман, П. Ф. Кулинич, Т. В. Лісова, А. М. Мірошниченко, В. В. Носік, В. І. Семчик, М. В. Шульга та ін. Проблемам законодавчого забезпечення реалізації принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні присвячена докторська дисертація Т. О. Коваленко. Водночас у земельно-правовій науці відсутні комплексні дослідження питань прийняття саме органами місцевого самоврядування рішень нормативного характеру у сфері земельних правовідносин та визначення чітких меж здійснення повноважень щодо регулювання земельних правовідносин даними органами, що й зумовлює актуальність даної роботи.

Мета статті. На практиці органи місцевого самоврядування досить часто роблять спроби регулювання земельних правовідносин на місцевому рівні шляхом прийняття відповідних рішень нормативно-правового характеру, які у багатьох випадках стають предметом судового оскарження з мотивів, зокрема, перевищення повноважень такими органами. У зв'язку із цим метою даного дослідження є визначення меж повноважень органів місцевого самоврядування щодо прийняття нормативно-правових актів у сфері земельних відносин, оскільки це має вагоме теоретичне та практичне значення.

Виклад основного матеріалу. У науковій літературі зазначається, що правове регулювання земельних відносин органами місцевого самоврядування відбувається через прийняття відповідних нормативних актів у цій сфері, що встановлюють правила поведінки для суб'єктів земельних відносин на відповідній території [1, с. 86]. Враховуючи те, що в юридичній літературі, законодавстві та правозастосуванні терміни «нормативно-правовий акт» та «нормативний акт» переважно використовуються для позначення одного і того ж поняття [2, с. 275; 3, с. 159], в межах даної роботи зазначені терміни вживатимуться як синоніми.

У теорії права нормативно-правовий акт традиційно розглядається як офіційний письмовий документ, прийнятий уповноваженим на це суб'єктом нормотворення у визначеній законодавством формі та за встановленою процедурою, спрямований на регулювання суспільних відносин, такий, що містить норми права, має неперсоніфікований характер і розрахований на неодноразове застосування [2, с. 274]. При цьому, як зазначає М. О. Петришина, право органів місцевого самоврядування видавати нормативно-правові акти є однією з найважливіших гарантій їхньої діяльності й формою реалізації принципу правової автономії місцевого самоврядування [4, с. 236].

Відповідно до ч. 1 ст. 144 Конституції України органи місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених законом, приймають рішення, які є обов'язковими до виконання на відповідній території. Враховуючи те, що згідно з положеннями ст. 1, 10, 26, 43 Закону України (далі – ЗУ) «Про місцеве самоврядування в Україні» повноваженнями приймати рішення в т. ч. і нормативного характеру наділяються саме представницькі органи місцевого самовря-

© Н. Кузьменко, 2017

дування (сільські, селищні та міські ради), а також районні та обласні ради, то в межах даного дослідження під органами місцевого самоврядування розумітимуться саме відповідні ради.

Для початку варто звернути увагу на те, що однією з важливих вимог, яких мають дотримуватися органи місцевого самоврядування, приймаючи нормативно-правові акти, є вимога щодо форми таких актів, адже відповідно до ч. 1 ст. 59 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» рада в межах своїх повноважень приймає нормативні та інші акти у формі рішень. Хоча на практиці трапляються випадки прийняття місцевими радами відповідних актів в іншій формі, наприклад у формі ухвал [5], що, звичайно, є порушенням чинного законодавства України.

Реалізуючи нормотворчі повноваження, місцеві ради, як зауважує Т. Калиновська, повинні спиратися тільки на компетенційні права та обов'язки і використовувати у своїй діяльності ті засоби, форми, прийоми, що передбачені законодавством [6, с. 287].

При цьому, як слушно зауважує А. Г. Мельник, на особливу увагу заслуговує питання реальної можливості у представницького органу місцевого самоврядування первинного рівня приймати рішення у сфері регулювання земельних відносин, яке виходить із волі територіальної громади (є власне самоврядним) і є обов'язковим на відповідній території [7]. У зв'язку із цим проаналізуємо наявне законодавче регулювання з метою визначення меж повноважень органів місцевого самоврядування з прийняття рішень нормативного характеру у сфері земельних відносин.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Дана конституційна норма закріплює спеціально-дозвільний принцип правового регулювання, котрий у поєднанні із загально-дозвільним, як зазначає Ф. Веніславський, забезпечує широкі можливості для вільного функціонування й розвитку усіх інститутів громадянського суспільства, оскільки шляхом встановлення правових меж діяльності органів публічної влади та їх посадовців фактично закріплює сферу життя суспільства, вільну від владного втручання [8, с. 58]. По суті зазначений вище принцип являє собою принцип законності, який, на думку В. Р. Барського, є найважливішим принципом для всіх різновидів підзаконної нормотворчої діяльності [9, с. 68].

Крім того, загальною межею здійснення повноважень органами місцевого самоврядування при прийнятті рішень у сфері земельних відносин можна вважати положення, закріплене у ч. 1 ст. 64 Конституції України, відповідно до якого конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України, тобто, приймаючи рішення, органи місцевого самоврядування не можуть звужувати наявний обсяг прав і свобод людини і громадянина. Відповідно до цієї норми ч. 1 ст. 154 ЗК закріплює вимогу, що органи місцевого самоврядування без рішення суду не мають права втручатись у здійснення власником повноважень щодо володіння, користування і розпорядження належною йому земельною ділянкою або встановлювати непередбачені законодавчими актами додаткові обов'язки чи обмеження. Як бачимо, дане положення прямо обмежує органи місцевого самоврядування приймати рішення в т. ч. нормативного характеру, які б встановлювали певні обмеження чи додаткові обов'язки, не передбачені законом.

У науковій літературі звертається увага на те, що вимога дотримуватися компетенції у разі прийнятті нормативно-правових актів передбачає, що акт видається лише з питань, що належать до предмета відання місцевої ради та не порушує територіальних меж діяльності цього органу [10, с. 86].

Відповідно до п. 34 ч. 1 ст. 26 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні» до виключної компетенції сільських, селищних та міських рад належить вирішення відповідно до закону питань регулювання земельних відносин. І тут варто звернути увагу на формулювання «відповідно до закону», яке означає, що місцеві ради можуть регулювати земельні відносини лише у випадках, передбачених на рівні закону. Тобто дана норма, по суті, якраз і закріплює одну зі сфер відання органів місцевого самоврядування – земельні відносини, а вже конкретизацію повноважень у межах даної сфери необхідно шукати на рівні інших законів. Так, п. 271.2 ст. 271 Податкового кодексу України (далі – ПК) та ч. 1, 4 ст. 23 ЗУ «Про оцінку земель» передбачено прийняття місцевими радами рішень про затвердження технічної документації з нормативної грошової оцінки земельних ділянок у межах населених пунктів, котра використовується як база оподаткування у визначених ПК випадках. Також згідно з п. 284.1 ст. 284 ПК органи місцевого самоврядування наділені повноваженням приймати рішення нормативного характеру щодо встановлення ставок плати за землю та пільг щодо земельного податку, що сплачується на відповідній території.

Згідно зі ст. 8 ЗУ «Про землеустрій» органи місцевого самоврядування наділяються повноваженнями здійснювати регулювання у сфері землеустрою, які конкретизуються в інших статтях цього Закону. Так, відповідно до п. «в» ч. 1 ст. 8 цього Закону до повноважень обласних рад належить затвердження регіональних програм використання та охорони земель, підвищення родючості ґрунтів, а п. «а» ч. 1 ст. 16 цього Закону наділяє Київську та Севастопольську міські ради повноваженням розробляти та затверджувати цільові програми, схеми та проекти землеустрою щодо використання та охорони земель. Аналогічні повноваження закріплені у ЗУ «Про охорону земель».

Обласні та районні ради мають повноваження затверджувати на регіональному рівні схеми планування територій областей та районів, які розробляються на розвиток Генеральної схеми планування території України та визначають

принципові вирішення розвитку, планування, забудови, використання територій адміністративно-територіальних одиниць та їх окремих частин (ст. 14 ЗУ «Про регулювання містобудівної діяльності»).

Натомість сільські, селищні та міські ради у сфері планування територій мають повноваження затверджувати генеральні плани населених пунктів та плани зонування, які, відповідно, визначають довгострокову стратегію планування та забудови території населеного пункту, а також умови та обмеження використання території для містобудівних потреб у межах визначених зон (ст. 17-18 ЗУ «Про регулювання містобудівної діяльності»).

Крім того, до повноважень сільських, селищних та міських рад належать повноваження затверджувати місцеві програми та заходи з благоустрою населених пунктів, а також правила благоустрою територій населених пунктів, якими встановлюються вимоги щодо благоустрою територій населених пунктів, зокрема порядок здійснення благоустрою та утримання територій об'єктів благоустрою, вимоги до впорядкування територій підприємств, установ, організацій, вимоги до утримання зелених насаджень на об'єктах благоустрою – територіях загального користування (пп. 1, 2 ч. 1 ст. 10, ст. 34 ЗУ «Про благоустрій населених пунктів»).

При цьому, як слушно зазначають М. В. Шульга та І. В. Ігнатенко, місцева рада не має права ухвалити рішення про передачу будь-якому іншому органу місцевого самоврядування (або органу виконавчої влади, комунальному підприємству, установі, організації) своїх повноважень щодо регулювання земельних відносин зважаючи на ч. 2 ст. 19 Конституції України та на те, що жоден закон не передбачає права місцевої ради на передачу власних виключних повноважень іншому органу [11].

По суті, зазначені вище повноваження органів місцевого самоврядування щодо врегулювання земельних відносин на відповідній території шляхом прийняття нормативно-правових актів і визначають межі їхньої діяльності у даній сфері. Тому можна погодитися з думкою А. Г. Мельник, яка зауважує, що законодавством встановлені вузькі межі для правотворчості місцевих рад. На її думку, законодавчо потрібно надати даним органам можливість реально впливати на питання місцевого значення, а не просто уточнювати, переписувати чи коментувати закони в своїх рішеннях [12, с. 101-102].

Вирішуючи питання про необхідність наділення органів місцевого самоврядування додатковими повноваженнями щодо регулювання земельних відносин, погоджуємося з думкою Т. Калиновської, яка зазначає, що у разі прийняття місцевою радою нормативно-правового акта важливо перш за все з'ясувати, чи можливо вирішити проблему за допомогою вже наявних підзаконних нормативно-правових актів, має бути вивчене питання про необхідність і корисність його появи, про наслідки, які можуть виникнути під час його реалізації, про витрати, які потягне за собою його виконання [6, с. 290]. Враховуючи надзвичайно велике значення землі, яка відповідно до ст. 14 Конституції України є основним національним багатством, що перебуває під особливою охороною держави, регулювання відносин щодо набуття та реалізації прав на землю, забезпечення раціонального використання, охорони та відтворення земель, визначення меж та обмежень у реалізації суб'єктивних прав на земельні ділянки, здійснення державного та самоврядного управління у галузі земельних відносин має здійснюватися шляхом прийняття відповідних загальнообов'язкових на території всієї держави законодавчих актів, а на місцевому рівні мають конкретизуватися та уточнюватися ті положення законодавства, які не здатні врахувати всіх місцевих особливостей та умов. Наприклад, повноваження визначати конкретні ставки плати за землю в тому чи іншому населеному пункті пояснюється тим, що податок на майно, який включає плату за землю, належить до місцевих податків (ст. 9 ПК), тому цілком логічним є надання органам місцевого самоврядування можливості самостійно приймати рішення щодо його розміру (у визначеним законом межах), який впливатиме на формування доходів загального фонду місцевого бюджету. При цьому органи місцевого самоврядування мають можливість врахувати якість земель у межах визначених містобудівною документацією зон, їх віддаленість від центру, платоспроможність населення та інші фактори. Повноваження у сфері містобудування, охорони земель, благоустрою територій теж покликані забезпечити максимальне врахування місцевих особливостей при прийнятті відповідних нормативно-правових актів. У зв'язку із цим пропозиції щодо розширення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері нормативного регулювання земельних відносин, на нашу думку, видаються недоцільними, адже наявний обсяг повноважень у даній сфері є цілком достатнім.

Водночас варто зазначити, що на практиці органи місцевого самоврядування досить часто роблять спроби на власний розсуд «удосконалити» регулювання земельних відносин у межах відповідного населеного пункту. Так, у межах повноважень щодо розпорядження земельними ділянками комунальної власності місцеві ради практикують затвердження порядків надання земельних ділянок у користування (оренду) [13], порядків продажу земельних ділянок (прав на них) комунальної власності (у разі розміщення на них об'єктів нерухомості) [14], порядків продажу земельних ділянок комунальної власності на конкурентних засадах (земельних торгах) [15], порядків надання у власність громадянам земельних ділянок для певних потреб [16], порядків передачі (надання) земельних ділянок у користування або у власність із земель комунальної власності [17] тощо.

При цьому у судовій практиці є досить багато випадків оскарження таких рішень чи їх частин з мотивів перевищення повноважень органами місцевого самоврядування при їх прийнятті. У зв'язку із цим надзвичайно важливо

правильно визначити наявність чи відсутність відповідних повноважень у зазначених органів.

Аналіз вищезазначених рішень органів місцевого самоврядування щодо затвердження порядків надання (передачі) у власність чи користування земельних ділянок комунальної власності, продажу земельних ділянок комунальної власності на конкурентних засадах (земельних торгах), безоплатної приватизації земельних ділянок, визначення та відшкодування збитків власникам землі та землекористувачам тощо дає можливість зробити деякі висновки. По-перше, у таких рішеннях відповідні місцеві ради переважно дублюють положення ЗК, ЗУ «Про публічні закупівлі», ЗУ «Про оренду землі», ЗУ «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності» та інших законів, що, безумовно, є абсолютно зайвим і недоцільним, тому говорити в цій частині про нормотворчу діяльність таких органів не можна. По-друге, поряд із таким «цитуванням» закріплених на рівні закону норм права ради намагаються встановлювати також певні особливості та процедури надання в постійне користування, передачі в оренду чи у власність земельних ділянок із земель комунальної власності територіальної громади, хоча земельним законодавством не передбачено можливості органів місцевого самоврядування визначати особливості надання земельних ділянок у власність та користування на території відповідного населеного пункту. Загальний порядок передачі земельних ділянок у власність та надання у користування визначений ЗК, якого і мають дотримуватися всі суб'єкти земельних відносин, тому, приймаючи зазначені вище рішення, відповідні ради, на нашу думку, виходять за межі своїх повноважень, особливо в частині запровадження додаткових вимог, обмежень, пільг чи переваг певним категоріям громадян, не передбачених ЗК та іншими законами.

Так, рішенням Окружного суду міста Києва від 27 грудня 2013 року [18] окремі положення Тимчасового порядку передачі (надання) земельних ділянок у користування або у власність із земель комунальної власності в місті Києві, затвердженого рішенням Київської міської ради № 63/9120 від 28.02.2013, які запроваджували вимогу додавати до клопотання про передачу земельної ділянки у власність або про надання дозволу на розроблення проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки документи, не передбачені ст. 123 ЗК, були визнані незаконними. Дане рішення було вмотивоване тим, що відповідно до вимог ЗК (абз. 2 ч. 2 ст. 123) органам, які передають земельні ділянки державної чи комунальної власності у користування відповідно до повноважень, визначених статтею 122 цього Кодексу, забороняється вимагати додаткові матеріали та документи, не передбачені цією статтею.

Водночас вважаємо за потрібне заначити, що органи місцевого самоврядування, на нашу думку, можуть у своїх рішеннях урегульовувати певні внутрішні питання своєї діяльності у сфері земельних відносин. Аргументом на користь даної тези є положення ст. 4 ЗУ «Про місцеве самоврядування в Україні», відповідно до яких одним з основних принципів, на якому здійснюється місцеве самоврядування, є принцип правової, організаційної та матеріально-фінансової самостійності в межах повноважень, визначених цим та іншими законами. Це можна розуміти так, що орган місцевого самоврядування в межах конкретних повноважень може визначити певну процедуру їх здійснення (у разі відсутності закріплення такої процедури на законодавчому рівні), але за умови, що така процедура не створюватиме додаткових обмежень чи обов'язків для фізичних чи юридичних осіб і не суперечитиме іншим актам законодавства. Наприклад, у багатьох рішеннях місцевих рад передбачаються положення, що клопотання про надання земельних ділянок у користування чи передачу у власність подаються до міської ради через Управління адміністративних послуг, або положення, котрі визначають, якими управліннями розглядається подана заява (клопотання) і хто саме готує проект відповідного рішення для подальшого розгляду на сесії ради тощо.

Водночас для забезпечення єдності правового простору в Україні, для попередження суперечок про те, за яких передумов чи для реалізації яких повноважень представницький орган місцевого самоврядування має право і навіть зобов'язаний видавати нормативно-правовий акт, у науковій літературі пропонується закон про місцеве самоврядування доповнити окремою нормою, яка б встановлювала коло питань, які визначаються і встановлюються виняткова нормативно-правовими актами місцевої ради [9, с. 72]. На нашу думку, таке доповнення є недоречним, оскільки згідно з преамбулою даного закону він визначає систему та гарантії місцевого самоврядування в Україні, засади організації та діяльності, правового статусу і відповідальності органів та посадових осіб місцевого самоврядування, а конкретні повноваження та порядок їх реалізації даними органами визначаються в інших законах. Дублювання ж таких повноважень у різних нормативно-правових актах може призвести до появи колізій у випадках, коли законодавець, вносячи зміни в один закон, «забуває» змінити відповідні положення іншого закону, що створює додаткові проблеми у правозастосуванні.

Розширення ж повноважень органів місцевого самоврядування у сфері регулювання земельних відносин в разі, якщо буде обґрунтована необхідність цього, має здійснюватися шляхом внесення змін у відповідні законодавчі акти, адже Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» і так закріпив можливість даних органів приймати рішення з питань регулювання земельних відносин у визначених законом випадках.

Висновки

Таким чином, межі повноважень органів місцевого самоврядування щодо прийняття

нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання земельних відносин, визначаються Конституцією та законами України. Насамперед дані органи зобов'язані дотримуватися спеціально-дозвільного принципу правового регулювання, закріпленого у ч. 2 ст. 19 Конституції України, та своїми рішеннями не звужувати наявний обсяг прав і свобод людини і громадянина, а також не встановлювати непередбачені законодавчими актами додаткові обов'язки чи обмеження. Аналіз законодавчих актів дозволяє зробити висновок, що органи місцевого самоврядування наділені досить вузьким, але водночас достатнім обсягом нормотворчих повноважень у сфері регулювання земельних відносин, а саме: повноваженнями затверджувати технічну документацію з нормативної грошової оцінки земельних ділянок у межах населених пунктів, встановлювати ставки плати за землю та пільги щодо земельного податку, що сплачується на відповідній території, повноваженнями у сфері планування територій, охорони земель, а також благоустрою населених пунктів. Прийняття органами місцевого самоврядування рішень нормативного характеру з інших питань буде порушенням принципу законності, за винятком рішень щодо врегулювання ними певних внутрішніх питань своєї діяльності у сфері земельних відносин за умови, що такі рішення не запроваджуватимуть додаткових обмежень чи обов`язків для фізичних чи юридичних осіб і не суперечитимуть іншим актам законодавства.

Список використаних джерел:

1. Мельник А.Г. Поняття та сутність правового регулювання земельних відносин, яке здійснюється органами місцевого самоврядування / А.Г. Мельник // Теорія і практика інтелектуальної власності. – 2013. – № 3. – С. 85–90.

2. Косович В. До визначення поняття «нормативно-правовий акт»: практична необхідність і теоретична можливість уточнення / В. Косович // Право України. – 2012. – № 9. – С. 274–280.

3. Котюк В.О. Поняття і види нормативних актів / В.О. Котюк // Соціологія права. – 2015. – № 3/4 (14/15). – С. 158–162.

4. Петришина М.О. Нормативно-правові акти органів та посадових осіб місцевого самоврядування / М.О.Петришина // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 99. – С. 236–242.

5. Ухвала Львівської міської ради 3-ї сесії 6-го скликання від 21 квітня 2011 року № 376 «Про Правила благоустрою м. Львова» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://city-adm.lviv.ua/public-information/offices/upravlinnia-ekolohii-ta-landshaftnoho-planuvannia/ukhvaly/789/download?cf_id=36.

6. Калиновська Т. Вимоги легітимності нормативно-правових актів місцевих рад / Т. Калиновська // Право України. – 2010. – № 12. – С. 283–292.

7. Мельник А.Г. Компетенція органів місцевого самоврядування в сфері регулювання земельних відносин, поняття та сутність правового регулювання земельних відносин, що здійснюється органами місцевого самоврядування [Електронний ресурс] / А.Г. Мельник. – Режим доступу: http://ovd.od.court.gov.ua/sud1521/inform/idg35.

8. Веніславський Ф. Спеціально-дозвільний принцип у конституційно-правовому регулюванні / Ф. Веніславський // Вісник Академії правових наук України. – 2009. – № 2. – С. 57–67.

9. Барський В. Р. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування в Україні : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право; муніципальне право» / Барський Вадим Рудольфович; Одеська національна юридична академія. – О., 2006. – 221 с.

10. Копейчиков В.В. Правовые акты местных органов государственной власти и управления / В.В. Копейчиков. – М., 1956. – 109 с.

11. Шульга М.В. Організаційно-правове забезпечення управління землями в межах населених пунктів / М. В. Шульга, І. В. Ігнатенко // Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право». – 2016. – № 2(14): [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://lj.oa.edu.ua/articles/2016/n2/16smvmnp.pdf.

12. Мельник А.Г. Поняття компетенції органів місцевого самоврядування у сфері регулювання земельних відносин, його ознаки / А.Г. Мельник // Часопис Київського університету права. – 2013. – № 1. – С. 100–104.

13. Рішення Сумської міської ради V скликання від 29 квітня 2009 року № 2609-МР «Про затвердження Положення про порядок надання в оренду, вилучення та передачу у власність земельних ділянок територіальної громади м. Суми» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.meria.sumy.ua/index.php?docid=12519.

14. Рішення Івано-Франківської міської ради VII скликання від 20.01.2017 № 366-9 «Про затвердження порядку продажу земельних ділянок (прав на них) комунальної власності територіальної громади м. Івано-Франківська» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.namvk.if.ua/dt/76740.

15. Рішення Чернігівської міської ради від 28 квітня 2016 року № 7/VII – 22 «Про порядок продажу земельних ділянок комунальної власності на конкурентних засадах (земельних торгах) у місті Чернігові» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.chernigiv-rada.gov.ua/document/rishennya-sesii/8873.

16. Рішення Новодністровської міської ради 70-ї сесії VII скликання від 30 липня 2015 року № 174 «Про затвердження Положення про порядок надання у власність громадянам вільних земельних ділянок для будівництва та обслуговування житлового будинку, господарських будівель і споруд у м. Новодністровську» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://miska-rada.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=3751:-l-r&catid=67:2014-08-21-11-38-29&Itemid=92.

17. Рішення Київської міської ради «Про внесення змін до рішення Київської міської ради від 28.02.2013 № 63/9120 «Про Тимчасовий порядок передачі (надання) земельних ділянок у користування або у власність із земель комунальної власності в місті Києві» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://kmr.ligazakon.ua/SITE2/l_docki2.nsf/alldocWWW/3D8D1817897DE48FC2257E1900687354?OpenDocument.

18. Постанова Окружного суду міста Києва від 27 грудня 2013 року (справа № 826/15103/13-а) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/36407517.

Статья посвящена анализу вопросов принятия органами местного самоуправления решений нормативного характера в сфере земельных отношений и определению четких границ осуществления данными органами полномочий по регулированию земельных отношений на соответствующей территории.

Ключевые слова: нормативно-правовой акт, решение, орган местного самоуправления, полномочия, земельные отношения.

The article deals with the analysis of the issues which concern with the adoption of normative decisions of local self-government authorities in the land law sphere and delimitation of their powers to regulate land relationships on the relevant territory.

Key words: legal act, decision, local self-government authority, powers, land relationships.

УДК 342.9

Євген Гілін,

аспірант
Київського міжнародного університету

РОЛЬ ДЕРЖАВНОГО АГЕНТСТВА З ПИТАНЬ ЕЛЕКТРОННОГО УРЯДУВАННЯ УКРАЇНИ В МЕХАНІЗМІ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВПРОВАДЖЕННЯ ІННОВАЦІЙНИХ ТЕХНОЛОГІЙ УПРАВЛІННЯ В ДІЯЛЬНІСТЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

У статті розглянуто деякі основні аспекти правового статусу Державного агентства з питань електронного урядування України. Доведено, що Державне агентство з питань електронного урядування України є щодо органів місцевого самоврядування координаційним і консультативно-дорадчим центром у питанні впровадження й використання в діяльності останніх (тобто органів місцевого самоврядування) новітніх інформаційних і телекомунікаційних технологій.

Ключові слова: місцеве самоврядування, інноваційна діяльність, публічне управління, соціальний статус, правовий статус.

Постановка проблеми. Однією з головних цілей будь-якої сучасної демократичної країни є забезпечення належного соціально-економічного та культурного розвитку її суспільства. Зрозуміло, що Україна тут не є винятком, забезпечення стабільного позитивного розвитку основних сфер суспільного життя для неї також є першочерговим завданням, актуальність якого особливо зросла протягом останніх років, ураховуючи курс нашої країни на інтеграцію до високорозвиненої європейської спільноти. Зокрема, в Стратегії сталого розвитку «Україна – 2020», затвердженій Указом Президента України від 12.01.2015 № 5/2015, зазначається, що метою цієї Стратегії є впровадження в Україні європейських стандартів життя й вихід України на провідні позиції у світі. Україна має стати державою із сильною економікою та передовими інноваціями. Для цього передусім необхідно відновити макроекономічну стабільність, забезпечити стійке зростання економіки екологічно невиснажливим способом, створити сприятливі умови для ведення господарської діяльності та прозору податкову систему [1]. На реалізацію поставлених цілей і завдань спрямовується діяльність потужного управлінського механізму. Однак для того що повноцінно забезпечити інноваційний розвиток українського суспільства, функціонування самого управлінського механізму має ґрунтуватися на відповідних новітніх технологіях. І тут варто констатувати, що в цьому питанні в нашій державі існує низка проблемних аспектів, адже в більшості нормативно-правових документів, присвячених інноваційній діяльності, суб'єкти публічного управління згадуються як ті, хто зобов'язаний сприяти такій діяльності, тоді як питання про те, на яких засадах і як саме ця діяльність має впроваджуватися й реалізовуватися в роботі самих цих суб'єктів, не отримує змістовного та конструктивного вирішення. Досить часто все зводиться до звичайної констатації назрілої необхідності поліпшення якості й ефективності управління. Особливо гостро стоїть проблема впровадження інноваційних технологій управління в діяльність органів місцевого самоврядування. Адже цій сфері публічного управління, її вдосконаленню та реформуванню правлячою верхівкою тривалий час не приділялося суттєвої уваги. Це при тому, що потреба оновлення й поліпшення механізму управління на цьому рівні відзначалася ще в 1998 році в Концепції адміністративної реформи. Зокрема, у ній ішлося про те, що реформування місцевого самоврядування, окрім іншого, передбачає розвиток ініціативи та самодіяльності населення, створення органів самоорганізації населення як за територіальною, так і за функціональною ознакою, встановлення їхніх організаційних зв'язків із органами й посадовими особами місцевого самоврядування; впровадження на основі статутів територіальних громад нових форм участі громадян у здійсненні місцевого самоврядування, які б стимулювали розвиток місцевої демократії; практичне впровадження механізмів дійового контролю територіальної громади за діяльністю органів і посадових осіб місцевого самоврядування й органів самоорганізації населення; апробація та запровадження в міській агломерації таких організаційних моделей управління, які б передбачали добровільне формування спільних органів управління та їхні взаємозв'язки з органами місцевого самоврядування територіальних громад, що входять до агломерації на договірних умовах; організаційне забезпечення реалізації програми державної підтримки й розвитку місцевого самоврядування шляхом створення відповідного

© Є. Гілін, 2017

дорадчо-консультативного органу; становлення інституту служби в органах місцевого самоврядування (муніципальної служби) [2].

Утім протягом останніх років держава в особі її вищих органів влади зробила низку важливих кроків у напрямі реформування місцевого самоврядування в Україні, з метою підвищення рівня якості й ефективності надання ними відповідних публічних послуг, що, у свою чергу, актуалізує проблематику впровадження інноваційних технологій управління.

Проблемні питання діяльності місцевого самоврядування, в тому числі інновації в їхній управлінській роботі, так чи інакше розглядали В. Погорілко, В. Плохало, К. Кулі, Х. Хачатурян, Н. Сапа, М. Баймуратов, Я. Журавель, О. Батанов, О. Жовтанецька, В. Барський, В. Євдокимов, Т. Захарова та ін. Однак, віддаючи належне науковим зусиллям цих та інших дослідників, варто констатувати, що низка проблемних аспектів у цій галузі потребує подальшого вивчення. Зокрема, це стосується організаційно-правового механізму впровадження інноваційних технологій управління в діяльність органів місцевого самоврядування.

Мета статті – дослідити правовий статус Державного агентства з питань електронного урядування України, яке є важливою організаційно-інституційною ланкою означеного механізму.

Виклад основного матеріалу. Термін «статус» походить від латинського слова “status”, яке означає становище. У сучасних словниках української мови статус характеризується як становище особи або групи осіб щодо іншої особи або групи осіб у соціальній системі [3, с. 545; 4, с. 1387]. Тобто статус – це соціальна категорія, що, як зазначає О. Грицанов, позначає соціальний, співвідносний стан (позицію) індивідуума або групи в соціальній системі, що визначається за низкою ознак, специфічних для цієї системи (економічних, професійних, етнічних тощо) [5, с. 663]. Г. Дворецька зазначає, що соціальний статус варто розуміти як позицію людини чи групи в суспільстві, яка визначається соціальними ознаками (економічне забезпечення, фах, кваліфікація, освіта, політичні можливості тощо) і демографічними особливостями (стать, вік тощо) [6]. Схожу точку зору висловлюють В. Вербець та О. Субот, за якими соціальний статус являє собою становище соціального суб’єкта в суспільстві, що передбачає для нього певні специфічні права й обов’язки, правила поведінки. Але соціальний статус визначає становище індивіда або соціальної групи стосовно інших індивідів і груп, яке визначається за соціально значущими для цієї соціальної системи критеріями (економічними, політичними, соціально-правовими, професійно-кваліфікаційними тощо) [7]. Соціальний статус, пише А. Михненко, – це сукупність прав, привілеїв, моральних норм та обов’язків індивіда або соціальної групи, пов’язана з виконанням первинної соціальної ролі, яка виявляється у формі поведінки, очікуваної відповідно до становища в суспільстві [8, с. 675].

Особливим різновидом соціального статусу є правовий статус, якого набувають суб’єкти суспільних відносин під впливом відповідних правових норм. На сторінках юридичної літератури різними дослідниками пропонується велика кількість визначень поняття «правовий статус». Так, скажімо, Ю. Шемшученко та В. Бабкін характеризують правовий статус як сукупність прав і обов’язків, що визначають юридичний стан особи, державного органу чи міжнародної організації; комплексний показник становища певного прошарку, групи чи індивідів у соціальній системі, один із найважливіших параметрів соціальної стратифікації [9, с. 225]. О. Малько зазначає, що правовий статус – комплексна інтеграційна категорія, що відображає взаємовідносини суб’єктів суспільних відносин, особи й суспільства, громадянина й держави, індивіда та колективу, а також інші соціальні зв’язки [10, с. 237]. На переконання О. Скакун, правовий статус особи – система закріплених у нормативно-правових актах і гарантованих державою прав, свобод, обов’язків, відповідальності, відповідно до якої індивід як суб’єкт права (тобто як такий, що має правосуб’єктність) координує своє поведінку в суспільстві [11, с. 377].

В. Котюк розуміє правовий статус як сукупність юридичних прав, свобод та обов’язків особи, які закріплені в чинному законодавстві і становлять соціально допустимі й необхідні потенційні можливості особи мати суб’єктивні права та обов’язки й реалізувати їх у системі суспільних відносин [12, с. 100]. Цікавою видається точка зору, яку пропонують О. Зайчук та Н. Оніщенко. Юристи відмічають, що складні зв’язки між державою й індивідами, а також між індивідами в державно-організованому суспільстві фіксуються державою в юридичній формі – у формі прав, свобод та обов’язків. У своїй єдності саме вони становлять правовий статус, який, у свою чергу, відображає особливості соціальної структури суспільства, рівень демократії і стан законності. Правовий статус, наголошують автори, як юридична категорія не лише визначає стандарти можливої й необхідної поведінки, що забезпечують нормальну життєдіяльність соціального середовища, а й характеризують реальну взаємодію держави та особи [13]. В. Нерсесянц уважає, що правовий статус – це одна з найважливіших політико-юридичних категорій, яка нерозривно пов’язана із соціальною структурою суспільства, рівнем демократії, станом законності. За своїм змістом правовий статус – система прав і обов’язків, що законодавчо закріплюється державами в конституціях, міжнародно-правових актах про права людини та інших нормативно-юридичних актах [14, с. 225].

Отже, на підставі вищевикладеного можемо зробити висновок, що правовий статус Державного агентства з питань електронного урядування України – це політико-правова категорія, яка відображає юридичне становище цього органу влади в механізмі держави, а також у системі відповідних публічно-правових відносин. Визначається це становище шляхом закріплен-

ня в позитивному праві цілей, завдань, функцій, прав та обов'язків, а також інших юридично значущих властивостей і характеристик цього державного органу.

Основним статусним нормативно-правовим актом для Державного агентства з питань електронного урядування України є відповідне Положення про нього. Варто відмітити, що зазначений орган влади утворений шляхом реорганізації Державного агентства з питань науки, інновацій та інформатизації України (Держінформнауки України), яке було центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовувалася й координувалася Кабінетом Міністрів України через Міністра освіти і науки України [15]. Нинішнє Державне агентство з питань електронного урядування України (далі – Агентство) також є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України і який реалізує державну політику у сферах інформатизації, електронного урядування, формування та використання національних електронних інформаційних ресурсів, розвитку інформаційного суспільства. Основними завданнями цього Агентства є такі: 1) реалізація державної політики у сфері інформатизації, електронного урядування, формування й використання національних електронних інформаційних ресурсів, розвитку інформаційного суспільства; 2) унесення на розгляд Кабінету Міністрів України пропозицій щодо забезпечення формування державної політики в зазначеній сфері [16]. На виконання цих завдань Агентство здійснює свою діяльність за такими напрямами: узагальнює практику застосування законодавства з питань, що належать до його компетенції, розробляє пропозиції щодо вдосконалення законодавчих актів, актів Президента України, Кабінету Міністрів України та в установленому порядку вносить їх на розгляд Кабінету Міністрів України; організовує проведення прогнозно-аналітичних досліджень стану розвитку інформаційного суспільства, електронного урядування та сфери інформатизації; виконує функції генерального державного замовника Національної програми інформатизації, а саме: здійснює моніторинг у сфері інформатизації; погоджує галузеві, регіональні програми і проекти інформатизації, програми і проекти інформатизації органів місцевого самоврядування, здійснює їх координацію й уносить подання Кабінетові Міністрів України щодо зупинення виконання таких програм і проектів; забезпечує методологічну, нормативно-правову, інформаційну та організаційну підтримку процесів формування й виконання Національної програми інформатизації; здійснює державну реєстрацію електронних інформаційних ресурсів державних органів, органів місцевого самоврядування та інших юридичних осіб публічного права, доступ до яких здійснюється через телекомунікаційні мережі загального користування, і видає відповідні свідоцтва; здійснює в межах повноважень, передбачених законом, заходи щодо розвитку електронного урядування; створення й функціонування інформаційної системи електронної взаємодії державних електронних інформаційних ресурсів; затвердження разом із Мінекономрозвитку порядку та вимог інтеграції інформаційних систем державних органів та органів місцевого самоврядування з Єдиним державним порталом адміністративних послуг; створення й забезпечення функціонування єдиного державного веб-порталу відкритих даних; розробляє і здійснює разом з іншими органами виконавчої влади та органами місцевого самоврядування заходи щодо розвитку інформаційного суспільства; сприяє впровадженню в державних органах та органах місцевого самоврядування технологій електронного урядування; тощо [16].

Реалізуючи своє функціональне призначення, Агентство користується низкою прав, зокрема воно може: 1) залучати в установленому порядку до виконання окремих робіт, участі у вивченні окремих питань учених і фахівців (за їхньою згодою), працівників центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій (за погодженням із їхніми керівниками); 2) одержувати безоплатно від державних органів та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності та їхніх посадових осіб, а також громадян і їхніх об'єднань інформацію, документи й матеріали, необхідні для виконання покладених на нього завдань; 3) скликати наради, утворювати комісії, робочі та експертні групи, проводити наукові конференції, семінари, виставки в Україні й за її межами з питань, що належать до його компетенції; 4) користуватися відповідними інформаційними базами даних державних органів, державною системою урядового зв'язку та іншими технічними засобами; 5) здійснювати нагляд і контроль за формуванням і виконанням Національної програми інформатизації [16].

Висновки

Виходячи з вищенаведених законодавчих положень, можемо говорити про те, що Державне агентство з питань електронного урядування України є щодо органів місцевого самоврядування координаційним і консультативно-дорадчим центром у питанні впровадження та використання і діяльності останніх (тобто органів місцевого самоврядування) новітніх інформаційних і телекомунікаційних технологій. Особлива увага при цьому приділяється розвитку електронного врядування, з метою підвищення відкритості, прозорості й, відповідно, контрольованості передусім з боку громадськості діяльності органів місцевого самоврядування. Важливим моментом є те, що в Положенні про Державне агентство з питань електронного урядування України міститься норма, відповідно до якої цей орган влади має право в межах свої повноважень, передбачених законом, видавати накази, що є обов'язковими для виконання органами місцевого самоврядування. Це законодавче положення певним чином пом'якшує ту обставину, що чинне законодавство прямо

не зобов'язує суб'єктів публічного управління, зокрема органи місцевого самоврядування, до активного впровадження у свою діяльність інноваційних технологій управління.

Список використаних джерел:

1. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5/2015.

2. Про заходи щодо впровадження Концепції адміністративної реформи в Україні : Указ Президента України від 22.07.1998 № 810 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/810/98.

3. Словник іншомовних слів / уклад.: С.М. Морозов, Л.М. Шкарапута. – К. : Наукова думка, 2000. – С. 680.

4. Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

5. Новейший философский словарь / сост. А.А. Грицанов. – Мн. : Изд. В.М. Скакун, 1998. – 896 с.

6. Дворецька Г.В. Соціологія : [навчальний посібник] / Г.В. Дворецька. – К. : КНЕУ, 2001. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://buklib.net/books/24091/.

7. Вербець В.В. Соціологія : [навчальний посібник] / В.В. Вербець, О.А. Субот, Т.А. Христюк. – К. : КОНДОР, 2009. – 550 с. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.com/16330826/sotsiologiya/sotsialni_statusi_roli_sotsialniy_strukturi_suspilstva.

8. Енциклопедичний словник з державного управління / уклад.: Ю.П. Сурмін, В.Д. Бакуменко, А.М. Михненко та ін. ; за ред. Ю.В. Ковбасюка, В.П. Трощинського, Ю.П. Сурміна. – К. : НАДУ, 2010. – 820 с.

9. Політичний енциклопедичний словник : [навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів] / упоряд.: В.П. Горбатенко, А.Г. Саприкін ; за ред. Ю.С. Шемчушенка, В.Д. Бабкіна. – К. : Генеза, 1997. – 400 с.

10. Теория государства и права : [курс лекций] / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – М. : Юристъ, 1997. – 672 с.

11. Скакун О.Ф. Теорія держави і права : [підручник] / О.Ф. Скакун ; пер. з рос. – Х. : Консум, 2001. – 656 с.

12. Котюк В.О. Теорія права: Курс лекцій : [навчальний посібник для юридичних факультетів вузів] / В.О. Котюк. – К. : Вентурі, 1996. – 208 с.

13. Зайчук О.В. Теорія держави і права. Академічний курс : [підручник] / О.В. Зайчук, Н.М. Оніщенко. – К. : Юрінком Інтер, 2006. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ebk.net.ua/Book/law/zaychuk_tdp/part2/402.htm.

14. Проблемы общей теории права и государства : [учебник для вузов] / под общ. ред. академика РАН, д. ю. и., проф. В.С. Нерсесянца. – М. : Норма, 2004. – С. 832.

15. Про затвердження Положення про Державне агентство з питань науки, інновацій та інформатизації України : Указ Президента України від 08.04.2011 № 437/2011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/437/2011.

16. Про затвердження Положення про Державне агентство з питань електронного урядування України : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.10.2014 № 492 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.dknii.gov.ua/polojennya.

В статье рассмотрены некоторые основные аспекты правового статуса Государственного агентства по вопросам электронного управления Украины. Доказано, что Государственное агентство по вопросам электронного управления Украины выступает по отношению к органам местного самоуправления координационным и консультативно-совещательным центром в вопросе внедрения и использования в деятельности последних (т. е. органов местного самоуправления) новейших информационных и телекоммуникационных технологий.

Ключевые слова: местное самоуправление, инновационная деятельность, публичное управление, социальный статус, правовой статус.

The article discusses some of the main aspects of the legal status of the State Agency for e-government in Ukraine. It is proved that the State Agency of Ukraine for e-government acts against the local government coordination and advisory center on the issue of implementing and maintaining activities in the past (ie municipal) new information and communication technologies.

Key words: local government, innovation, public administration, social status, legal status.

УДК 342.9

Олег Глуханчук,

здобувач
Науково-дослідного інституту публічного права

ПОНЯТТЯ ТА ВИДИ КОНСТИТУЦІЙНИХ ГАРАНТІЙ СУДОВОГО ЗАХИСТУ

У статті визначаються поняття та види конституційних гарантій судового захисту. Розглядаються доктринальні дослідження вчених, а також аналізується наукова література стосовно даної теми.

Ключові слова: поняття та види, конституційні гарантії, доктринальні дослідження, судовий захист.

Постановка проблеми. Конституційні права і свободи людини і громадянина мають такі специфічні властивості, які здатні виділити їх із загальної системи прав та визначають їх вирішальну роль у визначенні правового статусу особи в суспільстві та державі. Ці права відрізняються від інших не тільки за змістом, а й за формою свого закріплення через те, що вони набувають статусу конституційних тільки після появи їх в Конституції України. Такі права і свободи людини і громадянина є основними за своїм змістом, тому що за їх допомогою більш глибоко і повно визначаються та регулюються найважливіші відносини між громадянином та державою [1].

Однією із засад на шляху розбудови демократичної, соціальної та правової держави є реалізація принципу проголошення та захисту прав, свобод та законних інтересів всіх суб'єктів правовідносин у державі. А Конституція України проголошує, що основним державним органом, що має забезпечити такий захист, є суд. Отже, в усьому державно-правовому механізмі забезпечення прав і свобод людини і громадянина саме право на судовий захист відіграє одну з основних ролей. Однак, як би широко вони не були декларовані, не становлять реальної цінності без гарантій їхньої реалізації. У свою чергу, в Україні, гарантування практичної реалізації прав і свобод перебуває на досить низькому – не лише правовому, але й загальнокультурному, світоглядному рівні. Тому вбачаємо за необхідне з метою поліпшення проблематики розглянути зміст поняття конституційних гарантій судового захисту, а також їх види.

Окремі питання визначення понять та видів конституційних гарантій судового захисту були предметом дослідження таких українських вчених: В. Авер'янова, В. Бабкіна, О. Дрозд, В. Забігайла, М. Козюбри, Р. Калюжного, А. Колодія, В. Копєйчикова, С. Лисенкова, А. Олійника, В. Опришка, М. Орзіха, В. Погорілка, П. Рабіновича, В. Тація, Ю. Тодики, М. Цвіка, В. Шаповала, Ю. Шемшученка; дослідників зарубіжжя: М. Баглая, О. Бережнова, М. Вітрука, Л. Воєводіна, В. Кучинського, О. Лукашової, М. Матузова, Р. Мюллерсона, В. Патюліна, В. Сіренка, І. Фарбера, В. Чиркіна, В. Чхиквадзе та багатьох інших авторів. Водночас варто зауважити, що, незважаючи на значну кількість наукових праць, ця тема потребує подальшого наукового дослідження.

Метою статті є визначення поняття конституційних гарантій судового захисту та їх види.

Виклад основного матеріалу. Визначенню конституційних гарантій судового захисту, на наш погляд, об'єктивно має передувати розкриття змісту та встановлення обсягу таких правових категорій, як гарантія та конституційні гарантії прав і свобод. Дана об'єктивність полягає в тому, що зазначені правові категорії є складовими елементами поняття «конституційні гарантії судового захисту». Загалом поняття «гарантія» походить від французького "garantie" – порука; умова, яка забезпечує щось [2]. Це поняття у свою чергу охоплює всю сукупність об'єктивних і суб'єктивних чинників, спрямованих на практичну реалізацію прав і свобод, а також на усунення можливих перешкод їх повного і належного здійснення. Основним завданням усіх гарантій є забезпечення виконання, дотримання і використання прав і свобод громадян [3, с. 382].

Однак, на жаль, на сьогодні в нашій державі поняття «гарантія» не знайшло свого законодавчого закріплення, що, у свою чергу, викликає неоднорідні підходи вчених стосовно визначення даної правової категорії. До прикладу В. Перевалов вважає, що гарантії – це система умов, засобів і способів, що забезпечують всім рівні правові можливості для виявлення, отримання та реалізації своїх прав і свобод [4]. А. Мордовець під гарантіями розуміє систему соціально-економічних, політичних, моральних, юридичних, організаційних передумов, умов, засобів і способів, що створюють рівні можливості особистості для здійснення своїх прав, свобод та інтересів [5]. На наш погляд, цю проблематику варто віднести до проблем визначення поняття «конституційні гарантії судового захисту».

Вважаємо за доцільне розглянути зміст такої правової категорії, як конституційні гарантії. В юридичній енциклопедії дане поняття визначається як вид правових гарантій. Конституційні гарантії є механізмом забезпечення дотримання, виконання, застосування і використання конституції та інших норм права органами дер-

© О. Глуханчук, 2017

жавної влади, місцевого самоврядування, їхніми посад, особами, іншими фізичними і юридичними особами. Гарантії, що визначаються у Конституції, мають найвищу юридичну силу, є основою правових гарантій, які спрямовані, насамперед, на охорону Конституції України, а також охорону передбачених нею інститутів: основ державного і суспільного ладу, прав, свобод і обов'язків людини та громадянина, форм прямого народовладдя, Президента України, органів законодавчої, виконавчої і судової влади, інститутів місцевого самоврядування, територіального устрою України тощо [6]. Отже, ця правова категорія є різновидом гарантій. Конституційні гарантії, на відміну від загальних гарантій, закріплені в Основному законі України.

У межах роботи вбачаємо за доцільне розглянути поняття «конституційні гарантії прав і свобод», оскільки судовий захист – це, в першу чергу, гарантія здійснення прав і свобод, що наявна в усіх демократичних державах [7]. Так, вчені В. Погорілко та В. Федоренко вважають, що під гарантіями конституційних прав і свобод людини варто розуміти систему умов і засобів, юридичних механізмів забезпечення належної реалізації визначених Конституцією та законами України прав і свобод людини та громадянина. Система гарантій конституційних прав і свобод представлена загальними і спеціальними (юридичними) гарантіями. Загальні гарантії визначаються рівнем розвитку основних сфер суспільного та державного життя – політичної, економічної, соціальної, культурної (духовної) та інших [8, с. 235]. На переконання Н. Шаптали та Г. Задорожної, конституційні гарантії прав і свобод людини та громадянина – це об'єктивні умови і засоби, які забезпечують фактичну реалізацію та всебічну охорону прав і свобод особи [9, с. 200].

У сучасних демократичних державах, гарантії конституційних прав і свобод людини прийнято розглядати як сукупність установлених конституцією процесуальних норм, що є засобом захисту основних матеріальних прав і свобод людини, а також передбачені конституцією правозахисні інститути та основні принципи їх діяльності та, нарешті, особливі правила, які містяться в конституції та встановлюють межі й умови можливого обмеження прав і свобод людини [10, с. 115]. Аналогічну позицію підтримують також й інші вітчизняні конституціоналісти, зокрема О. Майданник [11, с. 155]. Звідси слідує, що конституційно-правові гарантії прав і свобод людини та громадянина в Україні – це передбачена Конституцією та законами України система правових норм, організаційних засобів і способів, умов і вимог, за допомогою яких здійснюється охорона та захист прав, свобод і законних інтересів людини та громадянина [12, с. 32, 198].

У зв'язку з тим, що реалізація особами свого права на судовий захист їх порушених конституційних прав є невід'ємним елементом законності у державі. А можливість отримати судовий захист порушеного чи оспорюваного суб'єктивного права чи охоронюваного законом інтересу є одним із найважливіших прав особи. Реалізація права на судовий захист має не тільки юридичне, але й важливе соціально-політичне значення. Судовий захист надається кожному, хто має на нього право та потребує його. Будь-яка особа, що вважає своє право порушеним, має можливість звернутися за судовим захистом та доводити свою правоту [1].

Реалізація конституційного права на судовий захист забезпечується саме завдяки конституційним гарантіями судового захисту. У зв'язку з чим, вважаємо за доцільне надати власне визначення поняття «конституційні гарантії судового захисту». А тому, посилаючись на наукову літературу, а також доктринальні дослідження, під конституційними гарантіями судового захисту слід розуміти систему умов та засобів, які забезпечують фактичну та належну реалізацію визначених Конституцією гарантій судового захисту.

Наприклад, ст. 55 Конституції України гарантує кожному право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб [13]. Судовому захисту підлягають будь-які права і свободи, в якому б нормативному акті вони не були закріплені – в конституції, галузевих законах, інших нормативних або локальних правових актах. Таким чином, право на судовий захист має універсальний характер. При цьому суд не може відмовити у правосудді за умови, що громадянин України, іноземець або особа без громадянства вважають, що їхні права чи свободи були порушені чи створено або створюються будь-які перешкоди для їх реалізації, або наявні будь-які інші порушення їхніх прав та свобод. Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв, скарг, оформлених відповідно до чинного законодавства, є порушенням права на судовий захист, яке, згідно зі ст. 64 Конституції України, не може бути обмежене [14]. У цьому сенсі ст. 55 Конституції України повною мірою відповідає вимогам, сформульованим у ст. 8 Загальної декларації прав людини: «Кожна людина має право на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами у випадках порушення його прав, наданих їй конституцією або законом» [15]. Значення цієї гарантії полягає в тому, що кожен має гарантоване державою право оскаржити в судовому порядку рішення, дії чи бездіяльність будь-якого органу державної влади, органу місцевого самоврядування, посадових та службових осіб за умови, що ці рішення, дія чи бездіяльність порушують права та свободи зазначених осіб або перешкоджають їх здійсненню, а тому потребують правового захисту в суді.

Відповідно до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права [16], який зобов'язує державу забезпечити будь-якій особі, права і свободи якої порушені, ефективний засіб правового захисту, навіть якщо це порушення було скоєне особами, які діяли офіційно, існує можливість оскарження в суді рішень та дій (бездіяльності) будь-яких державних органів, зокрема самих судів. Права, які порушені судом, не можуть бути вилучені з числа об'єктів

судового захисту. Таке право на судовий захист передбачає право на охорону прав законних інтересів не тільки від свавілля законодавчої та виконавчої влади, але й від помилкових рішень суду [17, с. 60–61], має принципове значення.

Варто зауважити, що в науці сам судовий захист розглядають як інститут конституційного права, як суспільні відносини та державну функцію, іноді судовий захист ототожнюється з правосуддям або розглядається як гарантія доступу до нього [18, с. 225–226]. У теорії права судовий захист розглядається як складова частина правоохоронної функції держави [19, с. 46]. Проте закономірним у правовій державі є посилення впливу судової влади, її відокремлення від правоохоронних органів, виділення в самостійну гілку державної влади, що неминуче приводять до переростання судового захисту прав і свобод громадян в самостійну державну функцію.

Отже, на сьогодні визначення поняття «конституційні гарантії судового захисту» є малодослідженим, однак ми на основі аналізу наукової літератури та доктринальних досліджень запропонували власне визначення даного терміну. Однак необхідно також виділити види конституційних гарантій судового захисту. У свою чергу, варто зауважити, що це питання на сьогодні є відкритим та потребує подальшого дослідження. Загалом, спираючись на загальнотеоретичних аспектах дослідження конституційних гарантій, варто зауважити, що на сьогодні існують як загальні конституційні гарантії судового захисту, так і спеціальні.

До загальних гарантій належать:

– економічні;

– політичні;

– організаційні.

Зазначені гарантії спрямовані на практичне здійснення прав і свобод громадян, на усунення можливих причин і перешкод на шляху здійснення громадянами своїх прав і свобод. На цих видах конституційних гарантій вважаємо за доцільне не зупинятися.

Також варто виділити такий вид конституційних гарантій, як юридичні конституційні гарантії судового захисту. У свою чергу, під юридичними гарантіями варто розуміти надання державою формальної (юридичної) загальнообов'язковості умовам, які необхідні для того, щоб кожна людина могла скористатися своїм конституційним правами і свободами загалом та судових захистом зокрема.

Заслуговує уваги думка М. Малеїна, який під юридичними гарантіями розуміє норми права, які передбачають у своїй сукупності правовий механізм, покликаний сприяти реалізації законів. Якісна характеристика юридичних гарантій передбачає оцінку всієї діючої системи права загалом, із точки зору повноти охоплення правовим інструментарієм усіх найбільш важливих взаємовідносин державних органів та громадян, а також громадян [20, с. 43]. Протилежної думки дотримується О. Міцкевич, який, у свою чергу, під юридичними гарантіями вважає встановлений державою порядок діяльності державних органів та установ, громадських організацій, спрямований на попередження й припинення посягань на права громадян, на відновлення цих прав і залучення до відповідальності за порушення цих прав [21, с. 16].

Розглянувши загальні конституційні гарантії, вбачаємо доцільним на них не зупинятися детально, оскільки ці гарантії є загальними, базовими, а приділити більше уваги саме спеціальним конституційним гарантіям судового захисту. Однак, проводячи аналіз загальнотеоретичних підходів, а також доктринальних досліджень, на сьогодні відсутні спроби вчених визначити спеціальні види конституційних гарантій судового захисту. Тому, посилаючись на вищевикладений матеріал, наукову літературу та доктринальні дослідження, пропонуємо виділити такі види конституційних гарантій судового захисту: проголошення, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом; закріплення право на повноважний суд; проголошення права на професійну правничу допомогу; закріплення рівності всіх учасників перед судом; закріплення гарантії, що ніхто не може бути позбавлений права на розгляд справи у суді; проголошення про неможливість обмеження права на судовий захист.

Ці гарантії закріплені у Конституції України. Так, наприклад, право на професійну правничу допомогу знайшло своє відображення у ст. 59 Конституції України. Ця стаття визначає, що кожен має право на професійну правничу допомогу, а у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Однак варто зауважити, що нині існує чимало інших гарантій судового захисту, які не знайшли свого відображення та закріплення в конституції. Але вони закріплені в законах та підзаконних нормативно-правових актах, які виступають із метою забезпечення належної та ефективної реалізації конституційного права на судовий захист.

Висновки

Отже, підбиваючи підсумок розгляду визначення поняття та видів «конституційних гарантій судового захисту» варто відзначити:

– по-перше, необхідно зауважити, що на сьогодні існує велика кількість проблем стосовно визначення поняття та видів «конституційних гарантій судового захисту. Тому ми розглянули складові елементи поняття «конституційні гарантії судового захисту», об'єктивними причинами цього слугувало те, що на сьогодні, за аналізом наукової літератури та доктринальних досліджень, немає наукових підходів до визначення поняття «конституційні гарантії судового захисту»;

– по-друге, на основі проведеного розгляду, а також базуючись на загальнотеоретичних аспектах, ми запропонували власне визначення «конституційних гарантій судового захисту»;

– по-третє, ми визначили види конституційних гарантій судового захисту, та варто відзначити, що на сьогодні залишається велика кількість відкритих питань стосовно даної теми.

Тому, посилаючись на вищевикладений матеріал, а також на наукову літературу та доктринальні дослідження вчених, варто зауважити, що на сьогодні є всі підстави для активізації досліджень та наукових розроблень стосовно визначення поняття та видів «конституційних гарантій судового захисту», оскільки в нашій державі наявна негативна тенденція стосовно реалізації конституційних прав.

Список використаних джерел:

1. Конституційне право України: Підручник для студентів ВНЗ / За ред. академіка АПрН України, доктора юридичних наук, професора Ю.М. Тодики, доктора юридичних і політичних наук, професора В.С. Журавського. – К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2002. – 544 с.

2. Словарь иностранных слов. – 16-е изд. испр. – М. : Рус. яз., 1988. – 113 с.

3. Теория государства и права : учебник / под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М), 2002. – 546 с.

4. Теория государства и права : учебник / под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. – 2-е изд., изм. и доп. – М. : Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М), 2002. – 546 с.

5. Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М. : Юристъ, 2001. – 171 с.

6. Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1998.

7. Бесчастний В.М., Філонов О.В., Субботін В.М., Пашков С.М. Конституційне (державне) право зарубіжних країн: [Навчальний посібник]. – 2-ге вид., стер. – К.: Знання, 2008. – 467 с.

8. Погорілко В.Ф. Конституційне право України : підручник / В.Ф. Погорілко, В.Л. Федоренко ; за заг. ред. проф. В.Л. Федоренка. – 3-вид., перероб. і доопр. ; передмова проф. В.В. Коваленка. – К. : КНТ ; Видавництво Ліра-К, 2011. – 532 с.

9. Шаптала Н.К. Конституційне право України : [навч. посіб.] / Н.К. Шаптала, Г.В. Задорожня. – Дніпропетровськ : ЛізуновПрес, 2012. – 472 с.

10. Годованець В.Ф. Конституційне право України : [навч. посіб.] / В.Ф. Годованець, А.С. Головін. – К. : Персонал, 2011. – 384 с.

11. Майданник О.О. Конституційне право України : [навч. посіб.] / О.О. Майданник. – К. : Алерта, 2011. – 380 с.

12. Заворотченко Т.М. Конституційно-правові гарантії прав і свобод людини і громадянина в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 / Т.М. Заворотченко. – К., 2002. – 220 с.

13. Конституція України / Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80.

14. Магновський І.Й. Судовий захист прав людини – невід'ємна складова правової держави // Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України. – 2002. – № 2. – С. 96–100.

15. Демків Р.Я. Консник [3-е изд., изм. и доп.] / М.В. Баглай. – М. : Норма, 2002. – 800 с.

19. Стефанчук Р.О. До питання правової регламентації, здійснення і захисту прав пацієнтів в Україні // Захист соціальних та економічних прав/ ред. Ф. Штанька, Н. Б. Болотіної. – К.: КЮІ МВС України, 2004. – Ч. 2.

20. Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством / Отв. ред. А.И. Масляев. – М.: Наука, 1985. – 165 с.

21. Мицкевич А.В. О гарантиях прав и свобод советских граждан в общенародном социальном государстве // Советское государство и право. – 1963. – № 8. – С. 15–21.

В статье определяется понятие и виды конституционных гарантий судебной защиты. Рассматриваются доктринальные исследования ученых, а также анализируется научная литература относительно данной темы.

Ключевые слова: понятие и виды, конституционные гарантии, доктринальные исследования, судебная защита.

This article defines the concept and types of constitutional guarantees of judicial protection. It considers doctrinal studies and analysis of scientific literature regarding this topic.

Key words: concept and types, constitutional safeguards, doctrinal studies, remedy.

УДК 342.9

Світлана Дегтярьова,

канд. юрид. наук, суддя
Кіровоградського окружного адміністративного суду

РОЛЬ ПОДАТКОВОГО НАВАНТАЖЕННЯ ЯК ОСОБЛИВОГО СКЛАДНИКА ПОДАТКОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

Стаття присвячена аналізу та визначенню ролі податкового навантаження як особливого складника податкової політики України. Актуальність запропонованої теми зумовлена тим, що рівень податкового навантаження є серйозним і чи не ключовим фактором забезпечення належної динаміки практичної активності й зростання виробництва та економіки в Україні. Податкове навантаження відіграє досить важливу роль у системі управління податками загалом, оскільки є прямим об'єктом указаного управління. Саме податкове навантаження визначає як кількісну, так і якісну оцінку або характеристику наслідків впливу податків на їх платників, а також дає можливість оцінити стан добробуту й достатку населення країни, яке сумлінно виконує свій податковий обов'язок.

Ключові слова: податки, податкова система, податкове навантаження, гроші, бюджет, платники податків.

Постановка проблеми. Ключовим питанням податкової політики України в сучасних умовах є формування податкової системи, орієнтованої на економічне зростання.

Збалансований рівень податкового навантаження є серйозним і чи не ключовим фактором забезпечення належної динаміки практичної активності й зростання виробництва та економіки в Україні.

У вітчизняній науці питання податкового навантаження досить широко висвітлені в працях таких науковців: В. Андрущенка, І. Білоус, В. Вишневського, Т. Єфименко, В. Мельника, А. Соколовської, О. Короткевич, Н. Лоханова, М. Степура, О. Тимченко й ін.

Висновки економічної теорії та історичний досвід різних країн показують, що економічному зростанню сприяє така податкова система, яка забезпечує доходи держави, але по можливості менше зачіпає ринковий механізм.

Формування оптимального взаємозв'язку між державою й суб'єктами оподаткування забезпечується через збалансування податкового навантаження як на фізичних, так і на юридичних осіб.

Метою статті є дослідження природи поняття «податкове навантаження» та визначення його ролі в податковій системі України.

Виклад основного матеріалу. Поняття податкового навантаження, як і її синонімів – податкового тягаря, тяжкості податків, податного тиску тощо, виникло одночасно з найбільш ранніми згадками про податки в історичних джерелах. Із давніх часів робилися й спроби визначення його оптимальної величини. Реальні кількісні оцінки податкового тягаря належать до періоду закінчення Першої світової війни, коли розрахунки з міжсоюзницької заборгованості й репараційні платежі зажадали зіставлення загального рівня оподаткування в різних країнах. Для таких міжкраїнових зіставлень найчастіше використовується показник податкового тягаря [2].

Тут варто зазначити, що В. Панасков під податковим тягарем на населення загалом уважав відношенням усіх сплачених податків на душу населення до середнього доходу населення країни, враховуючи грошову оцінку отриманих ним матеріальних благ [5].

Загалом поняття «податковий тягар» одночасно виникло з появою та втіленням у життя суспільства податків. У XVIII ст. А. Сміт провів дослідження економічної залежності між надходженням коштів до державного бюджету й рівнем податкового навантаження. У результаті отримана аксіома, яка стверджує, що від зниження податкового навантаження держава залишиться у виграші, оскільки з'являються вивільнені кошти, від укладення яких можна отримати додатковий прибуток і, відповідно, додатковий податок [6, с. 10–15].

Аналіз різних наукових працях дав можливість дійти висновку, що існує дуже велика кількість наукових поглядів і підходів щодо визначення податкового навантаження. Це, у свою чергу, досить суттєво ускладнює розуміння зазначеної дефініції й призводить до виникнення різних способи обчислення показника податкового навантаження.

Так, наприклад, у фінансовому словнику визначено, що податкове навантаження – це питома вага всіх податкових платежів за певний час (фінансовий рік) у величині валового доходу платника податків. У. Петті податкове навантаження визначає як загальну суму коштів, яку необхідно мобілізувати до державної казни у вигляді податків. А. Сміт розглядав податкове навантаження в аспекті взаємозв'язків між рівнем податкового тягаря та бюджетними доходами. Ф. Юсті стверджував, що податкове навантаження – це співвідношення між бюджетом і національ-

© С. Дегтярьова, 2017

ним доходом держави. С. Іванов визначав на макроекономічному рівні податковий тягар (податковий гніт) як узагальнений показник, що характеризує роль податків у житті суспільства й визначається як відношення загальної суми податкових зборів до сукупного національного продукту (або частка податків у ВВП). Для окремого працівника (сім'ї) показник податкового тягаря розраховується як відношення всіх сплачуваних податків до всіх одержуваних доходів, включаючи грошову оцінку натуральних благ [4].

А. Соколовська під податковим навантаженням розуміє вартісне вираження всієї сукупності податків, зборів та інших обов'язкових платежів до бюджетів усіх рівнів, які повинна сплачувати юридична чи фізична особа згідно з чинним податковим законодавством країни. Оцінка податкового тиску на підприємства проводиться, як правило, на основі аналізу статистичних даних і використання методів економіко-математичного моделювання. Мета розрахунків полягає у визначенні тривалості періоду, протягом якого зростання бази оподаткування (відбулося за рахунок зниження ставок податків і зборів) зможе забезпечити збільшення платежів підприємств до бюджету і компенсувати початкове скорочення його доходів [3, с. 5].

Зміст поняття «податкове навантаження» разом з іншими категоріями науки про податки утворює смислове ядро термінології оподаткування, яке ввібрало в себе уявлення про граничні межі оподаткування в національній економіці. Зміст і межа податкового навантаження не є чимось незмінним. До чинників, що визначають зміст і мету податкового навантаження (верхню та нижню межі), у країні належать:

– ступінь розвитку ринкової економіки;

– масштаби й форми державного регулювання;

– рівень соціально-економічного розвитку національної економіки;

– рівень життя населення;

– напрями використання державних доходів;

– внутрішня та зовнішня політика держави;

– соціально-культурні традиції населення,

– рівень розвитку податкової культури.

Але центральну частину поняття про податкове навантаження становить система соціально-економічних відносин, які виникають між державою і платниками податків щодо розподілу та перерозподілу частки ВВП. Отже, межа податкового навантаження – це умовна точка в оподаткуванні, за якої досягається баланс урахування інтересів платників стосовно їх податкоспроможності і стимулів для розвитку й інтересів держави щодо достатності наповнення бюджету [7, с. 5].

Вивчення рівня податкового навантаження на економіку держави є досить важливим, оскільки саме від кількості податків, їх видів і ставок, диференційованості, наявності й обґрунтованості податкових пільг багато в чому залежать можливості їх стимулювального впливу на суб'єктів економічної діяльності, їхню спроможність до нагромадження й інвестування, що обумовлює міру структурних перетворень в економіці та зростання її ефективності [8, с. 43–44].

Податкове навантаження має як фіскальний показник, так і ціновий показник. Фіскальний показник визначає рівень централізації й усуспільнення створюваного ВВП в бюджетній системі країни, а також показує рівень перерозподілу усуспільненої частини ВВП через цю систему за допомогою надання економічним агентам прямої та опосередкованої фінансової допомоги. Ціновий показник податкового навантаження характеризує значення обов'язкових платежів на будь-яке результуюче джерело: виручка підприємства, прибуток, витрати на оплату праці, витрати домогосподарств тощо [9, с. 114].

Податкове навантаження відіграє досить важливу роль у системі управління податками загалом, оскільки є прямим об'єктом указаного управління. Саме податкове навантаження визначає як кількісну, так і якісну оцінку або характеристику наслідків впливу податків на їх платників, а також дає можливість оцінити стан добробуту й достатку населення країни, яке сумлінно виконує свій податковий обов'язок.

Як уже неодноразово говорилося, податкове навантаження є наслідком податкової політики держави та якісною характеристикою будь-якої системи оподаткування. Воно реалізується на таких чотирьох рівнях:

1) податковий тиск безпосередньо податкових важелів;

2) податковий тиск усієї сукупності податків;

3) використання механізму пільг платниками, надання пільгових кредитів, дотацій, при цьому податковий тиск переміщується з одних платників податків на інших;

4) використання податкових технологій, за яких посилюється податковий тиск на платника податку (наприклад, авансовані платежі, які передбачають сплату податку платником до моменту отримання результатів його господарської діяльності) [10, с. 328].

Як показує практика економічно розвинених зарубіжних країн, щоб у державний бюджет здійснювалися регулярні і стабільні надходження, держава має здійснювати раціональну політику податкового навантаження. Така політика полягає в помірному регулюванні податкових ставок, залежно від суб'єкта господарювання, держава може збільшувати або зменшувати обсяги податкових пільг, що, у свою чергу, дасть можливість збільшити кількість платників податків, а відтак збільшити й обсяг бюджетних коштів держави.

Як бачимо, податкове навантаження має надзвичайно велике значення для економіки держави, оскільки його показники слугують таким собі індикатором стану функціонування суб'єктів господарювання. Саме податкове

навантаження є однією з основ проведення реформування вітчизняної системи оподаткування, адже його дані беруться до уваги під час аналізу власного стану системи оподаткування та в порівнянні з показниками інших країн.

Окрім зазначеного, податкове навантаження відіграє важливу роль і в діяльності будь-яких підприємств, які діють на території держави та є суб'єктами оподаткування. Виключно від його розміру залежить здатність указаних суб'єктів господарювання розширювати своє виробництво, тим самим примножувати власний прибуток або вкладати інвестиції, що теж не менш важливо як для підприємств, так і для держави загалом.

У нашій країні натепер неможливо оцінити ступінь і так звану «важкість» податкового навантаження. Існує думка, що вітчизняна податкова система не надто жорстка, а рівень оподаткування не перевищує показники в країнах перехідної економіки. Проте потрібно зазначити, що в Україні є досить велика кількість проблем у податковій сфері загалом, що потребують якнайскорішого вирішення.

До основних проблем варто зарахувати насамперед, і, на нашу думку, це є однією з основних причин, низький рівень податкової культури та податкової дисципліни платників податків, що призводить до порушення податкового законодавства.

Наступною проблемою, яка надзвичайно негативно впливає на економіку держави й систему оподаткування, є наявність так званої тіньової економіки та велика кількість неефективних податкових пільг, також наявність збиткових підприємств, як наслідок, неякісний механізм стягування всіх видів обов'язкових платежів. Усе це у своїй сукупності ускладнює відносини між державою та суб'єктами господарювання, платниками податків, знижує рівень податкової політики держави.

Необхідною умовою подолання наявної несприятливої для України ситуації є зниження рівня податкового навантаження на вітчизняних суб'єктів підприємництва. Це сприятиме позитивним зрушенням у всіх сферах державного управління, підвищенню платоспроможного попиту, покращанню інвестиційного клімату, збільшенню масштабів діяльності й доходів платників податків, що, у свою чергу, призведе до збільшення ВВП та розширення податкової бази. Реформуючи податкову систему України, необхідно враховувати особливості оподаткування зарубіжних країн, зокрема щодо диференційованих ставок оподаткування для окремих податків, поступового зменшення ставки ЄСВ та спрощення механізму адміністрування податків загалом, а також зниження рівня податкового навантаження за рахунок удосконалення у сфері розподілу й перерозподілу ВВП [7, с. 215].

На нашу думку, в державі мають бути створені всі умови для добровільної, своєчасної сплати податків. Потрібно створити такі умови, щоб різниця між тягарем і вигодою оподаткування платникам податків була очевидною, щоб свідома сплата податків була пріоритетною над примусом, щоб потреби й можливості держави не стояли вище потреб і можливостей населення, адже не людина створена та існує для держави, а навпаки.

Висновки

Отже, роль податкового навантаження як особливого складника податкової політики України є очевидною й полягає в тому, що саме податкове навантаження може виступати, точніше сказати, виступає безпосереднім об'єктом управління податками в державі, крім цього, воно є об'єктом теоретичного дослідження впливу податків на достаток їх платників. Значимість податкового навантаження полягає ще й у тому, що саме ця категорія за ефективної податкової політики держави забезпечує стабільні й достатні надходження в Державний бюджет України, створює стимули до активної підприємницької діяльності, а відтак і розвитку національної економіки загалом.

Список використаних джерел:

1. Єфименко Т.І. Динаміка податкового навантаження в Україні в контексті реалізації податкової реформи / Т.І. Єфименко, А.М. Соколовська. – К. : ДННУ «Академія фінансового управління», 2013. – 492 с.

2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://stud.com.ua/34061/ekonomika/podatkove_navantazhennya.

3. Соколовська А. Теоретичні засади визначення податкового навантаження та рівня оподаткування економіки / А. Соколовська // Економіка України. – 2006. – № 7. – С. 4–12.

4. Новік О.І. Тлумачення поняття «податкове навантаження» у вітчизняній та зарубіжній літературі / О.І. Новік [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://global-national.in.ua/archive/6-2015/155.pdf.

5. Пансков В.М. Налоги и налогообложение в РФ : [учебник для вузов] / В.М. Пансков. – М. : МЦФЭР, 2006. – 592 с.

6. Сміт А. Добробут націй. Дослідження про природу та причини добробуту націй / А. Сміт ; пер. з англ. О. Васильєвої ; ред. Є. Литвин. – К. : Port-Royal, 2004. – 594 с.

7. Саніна І.С. Оцінка рівня податкового навантаження в Україні / І.С. Саніна, Л.П. Ткачик[Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.vestnik-econom.mgu.od.ua/journal/2015/13-2015/48.pdf.

8. Мельник Т. Вплив внутрішніх податків на зовнішній сектор економіки України / Т. Мельник // Економіст. – 2005. – № 12. – С. 42–45.

9. Мельничук О.П. Податкове навантаження у системі оподаткування України / О.П. Мельничук, О.В. Мельник // Економіка і регіон. – 2014. – № 1. – С. 114–120.

10. Іванов Ю.Б. Сучасне оподаткування: мотиваційний аспект : [монографія] / Ю.Б. Іванов, О.Л. Єськов. – Х. : ІНЖЕК, 2007. – 328 с.

Статья посвящена анализу и определению роли налоговой нагрузки как особой составляющей налоговой политики Украины. Актуальность предложенной темы обусловлена тем, что уровень налоговой нагрузки является серьезным, ключевым фактором обеспечения надлежащей динамики практической активности и роста производства, а также экономики в Украине. Налоговая нагрузка играет важную роль в системе управления налогами в целом, поскольку является прямым объектом указанного управления. Именно налоговая нагрузка определяет как количественную, так и качественную оценку или характеристику последствий воздействия налогов на их плательщиков, а также дает возможность оценить состояние благополучия и благосостояния населения страны, добросовестно выполняет свое налоговое обязательство.

Ключевые слова: налоги, налоговая система, налоговая нагрузка, деньги, бюджет, налогоплательщики.

This article analyzes the role and definition of the tax burden as a special component of the tax policy of Ukraine. Relevance of the proposed topics due to the fact that the tax burden is serious and is not the key to ensuring the proper dynamics practical activity and growth in production and the economy in Ukraine. The tax burden plays an important role in tax administration as a whole, as a direct object the specified control. It determines the tax burden both quantitative and qualitative assessment or characterization of the effects of taxes on taxpayers, and makes it possible to assess the state of well-being and welfare of the population, which faithfully fulfills its tax obligation.

Key words: taxes, tax system, tax burden, money, budget, taxpayers.

УДК 342.92

Олександр Капля,

канд. юрид. наук, старший науковий співробітник,
доцент кафедри управління безпекою, правоохоронної
та антикорупційної діяльності
Навчально-наукового інституту права імені князя Володимира Великого
Міжрегіональної Академії управління персоналом

«АДМІНІСТРАТИВНА ЮСТИЦІЯ» ЯК ЮРИДИЧНИЙ ТЕРМІН

У науковій статті розглянуті теоретичні основи формування визначення поняття «юстиція» та «адміністративна юстиція». Визначено особливості розуміння цих термінів в етимологічному, юридичному та соціальному сенсах. Обґрунтовано відмінності між адміністративною юстицією та адміністративним судочинством.

Ключові слова: адміністративне судочинство, юстиція, адміністративна юстиція, процес, правосуддя.

Постановка проблеми. Упродовж останніх років було опубліковано чимало робіт, присвячених проблемам адміністративної юстиції. Але, розглядаючи їх у сукупності, можна дійти висновку, що їх автори не створили єдиних концептуальних підходів до вироблення єдиного підходу до визначення терміну «адміністративна юстиція».

Обираючи підходи до розгляду теми статті, варто згадати думку Ю.М. Тодики, який зазначав, що в процесі тлумачення зміст понять розкривається через знання мови, якою вони сформульовані, знання про системні зв'язки цих понять, їх походження і функціонування. Тлумачення, як будь-який процес мислення, підкоряється законам і правилам логіки, тобто кожне положення, що інтерпретується, має бути обґрунтованим, доведеним [1, с. 52].

Серед багатьох дослідників проблем судочинства можна знайти значну кількість науковців, які присвятили свої праці саме цій проблематиці. До найбільш відомих належать такі: Т.О. Коломоець, П.С. Лютіков, М.Ю. Віхляєв, Н.Г. Салищева, Е.Б. Абросимова , О.В. Кузьменко, Т.О. Гуржій.

Попри достатню кількість публікацій, визначення поняття «адміністративна юстиція» потребує подальшого вдосконалення.

Практична значущість, недостатній ступінь визначеності, гостра актуальність цієї проблеми і визначили тему статті.

Метою статті є розгляд теоретичних основ формування і визначення понять «юстиція» та «адміністративна юстиція», визначення особливостей розуміння цих термінів в етимологічному, юридичному та соціальному сенсах.

Виклад основного матеріалу. Яким є етимологічне значення слова «юстиція»? У латинській мові юстиція (justitia) – це справедливість, законність (від jus – право).

В іншій інтерпритації воно складається з двох частин – "juris" та "stitium". У свою чергу, "jus", "juris" означає «право», «закон». А "sistere" – не що інше, як «ставити», «встановлювати». Отже, можна вважати, що сучасним аналогом латинського "justitia" є «правосуддя».

Новий тлумачний словник української мови дає нам три значення досліджуваного поняття: 1) суд, судова діяльність держави; правосуддя; 2) сукупність державних органів, що займаються судочинством; 3) юристи [2, с. 314].

Великий юридичний словник подає таку інформацію: «Юстиция (лат. Justitia – справедливість) – 1) те саме, що і правосуддя; 2) система судових установ, судове відомство. Залежно від виду і сфери судочинства, розрізняють кримінальну, цивільну, адміністративну, конституційну, міжнародну, військову, електоральну, ювенальну та інші види юстиції» [3, с. 18].

Економічна енциклопедія дає таке визначення: юстиція – це сукупність правових установ, діяльність судових органів щодо здійснення правосуддя, а також судове відомство.

Крім того, існує багато інших значень цього слова. Так, у римській міфології Юстиція – це богиня, що уособлювала правосуддя.

В Енциклопедичному словнику Брокгауза і Єфрона зазначено, що юстиція – це Арагонська установа, що обмежувала владу короля в судовому відношенні та надавало важливу гарантію особистої свободи і прав власності арагонского дворянства[4, с. 417].

А що ж говорять вчені-юристи з приводу означених термінів?

Досить детальний аналіз поглядів здійснила Т. Коломоєць. У результаті їх систематизації авторка дійшла висновку, про те, що сформувалося два основних підходи до розуміння адміністративної юстиції:

– вузький підхід, коли адміністративна юстиція розглядається як судовий захист (адміністративне судочинство);

– широкий підхід, який включає не тільки вирішення адміністративно-правових спорів судами (адміністративне судочинство), а й іншими уповноваженими на те державними органами (оскарження управлінських актів в адміністративному порядку).

© О. Капля, 2017

Але нам важко погодитися з такими підходами. Адже у разі вузького підходу адміністративна юстиція ототожнюється з судочинством. Свою аргументацію некоректності такого підходу ми дамо нижче.

А у разі широкого підходу до суб'єктів адміністративної юстиції фактично включаються органи державної влади. Разом з тим, по-перше, судовий захист прав громадян від свавілля державних органів – це не основна їх функція, а точніше, взагалі не їх функція. По-друге, здійснюючи такий розгляд, ці органи здійснюють управлінську діяльність, що полягає в контролі за підлеглими органами чи посадовими особами.

У подальшому авторка наводить власне визначення адміністративної юстиції, наголошуючи саме на судовому захисті: «Це система спеціальних судових органів, яка створена для вирішення правових спорів у визначеній законодавством процесуальній формі, що виникають із приводу діяльності публічної адміністрації між громадянами чи юридичними особами, з одного боку, і органами публічної адміністрації, їх посадовими особами, з іншого, в результаті чого може бути прийняте рішення про визнання недійсності і (чи) скасування незаконного акта чи інший спосіб відновлення порушеного суб'єктивного права заінтересованої особи» [5, с. 6–14].

У свою чергу, Н. Саліщева зазначала, що адміністративна юстиція – це судовий контроль за діяльністю публічної адміністрації під час її взаємодії з громадянами та організаціями громадян. Це підтверджено багаторічною практикою діяльності інституту адміністративної юстиції в зарубіжних країнах, у першу чергу, європейських[6, с. 17–18].

Д. Бахрах під адміністративною юстицією розумів розгляд і вирішення в судовому порядку спорів громадян і юридичних осіб із суб'єктами публічної влади (адміністративними органами) з приводу їх владної діяльності. Інакше кажучи, адміністративна юстиція – це розгляд судами скарг громадян і юридичних осіб на владні дії суб'єктів публічної влади.

Обґрунтовуючи відмінності між адміністративною юстицією та адміністративним судочинством, автор слушно зауважує, що вона може бути і цивільним, і адміністративним судочинством. Крім того, останнє включає також компетенційні спори між суб'єктами владних повноважень із приводу реалізації їхньої компетенції у сфері управління, зокрема делегованих повноважень (п. 3 ч. 2 ст. 17 КАС). Такі спори не можуть бути віднесені до адміністративної юстиції [7, с. 23].

Свою класифікацію поглядів на поняття «адміністративна юстиція» подають О. Кузьменко та Т. Гуржій. Вони вказують, що нині існують три основні напрями, відповідно до яких вона розуміється як:

1) особливий порядок вирішення адміністративно-правових спорів судами та іншими уповноваженими на те державними органами. Таку позицію у визначенні поняття «адміністративна юстиція» поділяють, наприклад, Ю. Шемшученко, В. Стефанюк

2) самостійна галузь правосуддя, метою якої є вирішення судами спорів між громадянами та органами управління (адміністрацією) або між самими органами управління (тобто адміністративне судочинство). Такий погляд на адміністративну юстицію пропонує, наприклад, Г. Брєбан;

3) не тільки особливий вид судочинства, а й система спеціалізованих судів або спеціалізованих судових підрозділів, які здійснюють адміністративне судочинство.

Разом з тим автори погоджуються, що ще не вироблено єдиного підходу до визначення поняття адміністративної юстиції [8, с. 280–281].

Окремо варто розглянути адміністративну юстицію як слово чи поняття, що застосовується в нормативних актах. Їх аналіз показав, що в законодавстві України слово «юстиція» використовується лише в назвах двох організацій – Міністерства юстиції України та Вищої ради юстиції (нині – Вища Рада Правосуддя).

Так, відповідно до п. 3 Положення про міністерство юстиції, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 02.07.2014 р. № 228, основними напрямами діяльності відомства є: 1) забезпечення формування та реалізація державної правової політики, політики з питань банкрутства; 2) забезпечення формування державної політики у сфері архівної справи і діловодства та створення і функціонування державної системи страхового фонду документації; 3) забезпечення проведення перевірки, передбаченої Законом України «Про очищення влади»; 4) формування та реалізація державної політики у сфері організації примусового виконання рішень; 5) формування та реалізація державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації; 6) формування системи наглядових, соціальних, виховних та профілактичних заходів, які застосовуються до засуджених та осіб, узятих під варту; 7) експертне забезпечення правосуддя; 8) організація роботи нотаріату; 9) виконання функцій центрального засвідчувального органу шляхом забезпечення створення умов для функціонування суб'єктів правових відносин у сфері електронного цифрового підпису; 10) протидія легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму (щодо нотаріусів, адвокатів та інших осіб, які надають юридичні послуги); 11) здійснення міжнародно-правового співробітництва, забезпечення дотримання і виконання зобов'язань, узятих за міжнародними договорами України з правових питань.

Навіть неповний перелік функцій цього міністерства дає змогу зрозуміти той обсяг правовідносин, які законодавець опосередковано вмістив у поняття «юстиція».

А з настанням 2016 р. Мін'юст почав опікуватися і державною політикою у сфері державної реєстрації актів цивільного стану, державною реєстрацією речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, державною реєстрацією юридичних осіб, громадських формувань, що не мають статусу юридичної особи, та фізичних осіб-підприємців, реєстрацією статуту терито-

ріальної громади м. Києва, реєстрацією статутів Національної академії наук та національних галузевих академій наук, державною реєстрацією друкованих засобів масової інформації та інформаційних агентств як суб'єктів інформаційної діяльності [9].

Від збільшення повноважень, цей орган зовсім не став більш чи менш «юстиційним».

Звання юстиції носять прокурори. При цьому ніхто з них не заявив, що він має відношення до нотаріату чи ДВС. Цілком можливо, що в цьому випадку суспільство розуміє слово «юстиція» в значенні «юристи».

Тобто адміністративна юстиція – поняття доволі неоднозначне. Залежнос від контексту та критерію оцінки, воно може виступати як судовий контроль за діяльністю публічної адміністрації, порядок розгляду спорів громадян і юридичних осіб із суб'єктами публічної влади, система спеціальних судових органів. Також воно використовується для позначення сфер соціального буття (сфера юстиції).

Висновки

Поняття «юстиція» загалом та «адміністративна юстиція» зокрема мають ширший юридико-соціальний характер. Тому є помилкою звужувати його суто до юридичного значення.

Вказане підтверджується думкою Ю. Педька, який наділяв адміністративну юстицію функціями соціального характеру, такими, як політична та функція управлінського спрямування.

Маючи безперечно широке застосування в юриспруденції, поняття «юстиція» не несе конкретно визначеного юридичного навантаження. А тому, маючи здебільшого, абстрактне, збірне значення, не потребує дослідження його співвідношення з тими поняттями, які, застосовуючись у законодавстві та, з метою уніфікованого їх застосування, повинні мати чіткий, конкретний і однозначний зміст.

На нашу думку, юстиція з точки зору юридично-змістового навантаження – це поняття одного ряду з такими, як «правоохоронці» (не плутати з правоохоронними органами), «правда», «злодії» тощо. Іншими словами, юстиція – це термін більше соціальний і тому в юриспруденції може використовуватися умовно і лише у випадках, де не потрібна чітка передача змісту.

Варто лише погодитися, що адміністративна юстиція є одним з обов'язкових атрибутів правової держави, основним завданням якої є захист прав і свобод людини і громадянина від порушень з боку публічної влади шляхом вирішення конфліктів між ними.

Список використаних джерел:

1. Тодика Ю. Способи тлумачення конституції і законів України Конституційним судом // Вісник академії правових наук України. – 2001. – № 2. – С. 52.

2. Новий тлумачний словник української мови [Текст]: 42 000 слів: У 4 т.: Для студ. вищих та серед. навч. закл. / уклад. В. Яременко, О. Сліпушко. – К.: Аконіт, 1998. – (Нові словники).Т. 4: РОБ–Я. – К.: [б.и.], 1998. – 941 с.

3. Большой юридический словарь [Текст] / авт. и сост. А. Борисов. – 2-е изд. перераб. и доп. – Москва: Кн. мир, 2012. – 847 с.

4. Энциклопедический словарь: Брокгауз и Ефрон: биографии: в 12 т. – М.: Сов. энциклопедия, 1991. – Т. 12 / [отв. ред. В. Карев, М. Хитров]. – М.: Большая Российская энциклопедия, 1994. – 863 с.

5. Адміністративне судочинство [Текст]: підручник / [Коломоець Т., Лютіков П., Віхляєв М.]; за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф., засл. юриста України Т. Коломоєць; Держ. вищ. навч. закл. «Запоріз. нац. ун-т». – Вид. 2, перероб. і допов. – К.: Істина, 2011. – 300 с.

6. Салищева Н., Абросимова Е. Федеральный конституционный закон «Об административном судопроизводстве». Общая часть» Инициативный проект с комментариями. – М.: Изд-во МГУ. – 2001. – 421 с.

7. Бахрах Д. Административное судопроизводство, административная юстиция и административный процесс // Государство и право. – 2005. – № 2. – С. 20–24.

8. Кузьменко О., Гуржій Т. Адміністративно-процесуальне право України : Підручник / За. ред. О. Кузьменко. – К.: Атіка, 2007. – 416 с.

9. Про затвердження Положення про Міністерство юстиції України : Постанова Кабінету Міністрів України від 2 липня 2014 р. № 228-2014-п // Урядовий кур'єр. – 2014. – 11 липня. – № 123.

В статье рассмотрены теоретические основы формирования определение понятий «юстиция» и «административная юстиция». Определены особенности понимания этих терминов в этимологическом, юридическом и социальном смыслах. Обоснованно различия между административной юстицией и административным судопроизводством.

Ключевые слова: административное судопроизводство, юстиция, административная юстиция, процесс, правосудие.

The article describes the theoretical basis of the formation of the definition of "justice" and "administrative justice". Features of understanding of these terms in the etymological, legal and social sense. Grounded differences between administrative justice and administrative justice.

Key words: Administrative Justice, justice, administrative justice, process justice.

УДК 342.922+349.6(477)

Юлія Легеза,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного, господарського та екологічного права
ДВНЗ «Національний гірничий університет»

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВІ МЕТОДИ ПУБЛІЧНОГО УПРАВЛІННЯ У СФЕРІ ВИКОРИСТАННЯ ПРИРОДНИХ РЕСУРСІВ

Стаття присвячена аналізу критеріїв співвідношення методів правового регулювання та методів публічного управління у сфері використання природних ресурсів. Охарактеризовано ознаки методів публічного управління у сфері використання природних ресурсів. Класифіковано адміністративно-правові засоби публічного управління у сфері використання природних ресурсів. Сформульовано висновки і пропозиції, спрямовані на вдосконалення законодавства в зазначеній галузі.

Ключові слова: адміністративно-правові засоби, використання природних ресурсів, методи, правове регулювання, публічне управління.

Постановка проблеми. Ефективність здійснення публічного управління залежить від вибраного інструментарію його реалізації. Методи публічного управління є тими необхідними способами, застосування яких у певних умовах дозволяє вирішити практично значимі соціальні, економічні, екологічні задачі, поставлені перед державою та іншими суб'єктами.

Методи залишаються правовою категорією, до визначення сутності якої не сформовано єдиного підходу.

У науковій роботах В. Б. Авер'янова, К. К. Афанасьєва, Ю. П. Битяка, В. М. Гаращука, І. П. Голосніченка, О. В. Леонової, С. В. Ківалова, І. Б. Коліушка, Т. О. Коломоєць, А. Т. Комзюка, О. В. Кузьменко, В. П. Тимощука та інших учених досліджено низку особливостей реалізації механізму публічного управління в цілому та у різних сферах зокрема. Однак у поєднанні питання адміністративно-правових засобів публічного управління у сфері використання природних ресурсів вимагають переосмислення, що визначило мету цієї наукової роботи.

Словник іншомовних слів визначає метод як : 1) спосіб пізнання, дослідження явищ природи та суспільного життя; 2) прийом, спосіб або образ дії [1, с. 307]. Теоретико-правовий підхід до визначення поняття методу сфокусований на його розумінні як способу правового регулювання суспільних відносин [2, с. 326; 3, с. 156]. Виділяються наукові дослідження, які наголошують на необхідності поєднання основних та допоміжних методів правового регулювання для досягнення їх найбільшої ефективності застосування (М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.) [4, с. 215].

З позицій досліджень із філософії права під методом розуміється «шлях», спосіб досягнення певної мети, тобто спосіб здобуття нового знання про певну реальність [5, с. 23].

У науці адміністративного права під методами регулювання розуміються способи дії на людей, засоби, прийоми досягнення якої-небудь мети, виконання поставленого завдання [6, с. 286]. На думку З. Р. Кісіль, метод регулювання – це спосіб здійснення його функцій, засіб дії органу державної влади на керовані об'єкти (галузі, сфери, комплекси, об'єднання, підприємства, трудові колективи, громадян). Методи регулювання показують, як, яким чином держава вирішує завдання в галузі управління. У зв'язку із цим важливо підкреслити, що методи регулювання похідні і зумовлені методом адміністративно-правового регулювання [7, с. 289].

Як зазначає С. Т. Гончарук, під методом регулювання розуміють сукупність правових засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання суспільних відносин у галузі публічного управління [8, с. 134].

Методи правового регулювання мають низку специфічних ознак. Зокрема, за допомогою методів правового регулювання визначаються особливості порядку, нормативних підстав та юридичних фактів, необхідних для виникнення і реалізації учасниками суспільних відносин, що виникають на підставі закону, договору, внаслідок правопорушення. Методи правового регулювання визначають правосуб'єктність учасників правових відносин, встановлюючи спеціальні процедури її реалізації [4, с. 247-248].

Ю. С. Шемшученко визначає, що метод правового регулювання забезпечує єдність правового регулювання, при цьому саме він є одним із критеріїв поділу норм прав на галузі [9, с. 617], розмежовуючи в межах системи права приватне та публічне право. Однак, зокрема, в англо-американській доктрині права існують концепції «публіцизації приватного права» чи зникнення розмежування між приватним та публічним правом [10, с. 87].

На проникненні публічного та приватного права неодноразово наголошується в дослідженнях, предметом яких є встановлення особливостей методів правового регулювання в однорідних групах суспільних правовідносин [11, с. 174; 12, с. 570 та ін.].

© Ю. Легеза, 2017

Більшість дослідників до методів правового регулювання відносять імперативний і диспозитивний методи. Імперативний метод правового регулювання – це метод владних приписів, характерний для адміністративного права. Диспозитивний метод (метод координації), на відміну від імперативного метода, передбачає юридичну рівність учасників правовідносин і застосовується, як правило, в цивільному праві, але має місце в приватному адміністративному праві. Диспозитивний метод в адміністративному праві застосовується для встановлення правового статусу державних службовців і для здійснення ними посадових повноважень у сфері публічного управління. Юридичним фактом у цьому разі, як правило, виступає договір [13].

Однак виділяються концептуальні підходи з приводу доцільності поділу методів правового регулювання на первинні, які застосовуються до всіх груп суспільних відносин, та додаткові (сфера застосування обмежується). До первинних методів правового регулювання належать імперативний (централізований) метод, який базується на принципі субординації прямої підпорядкованості, головним інструментарієм якого є встановлення заборон і зобов'язань, та диспозитивний (децентралізований) метод, в основу реалізації якого покладено принцип юридичної рівності учасників правовідносин та узгодження (координація) їхньої волі (реалізується за допомогою таких засобів регулювання, як дозволи, договори) [4, с. 248; 14, с. 85-89].

Реалізація первинних методів правового регулювання може поєднуватися у певних своєрідних правовідносинах із додатковими методами – методом матеріального та морального заохочення, методом рекомендацій тощо [4, с. 249].

Від поняття методів правового регулювання необхідно відмежовувати поняття методів управління в цілому і, зокрема, методів публічного управління.

Г. В. Атаманчук під адміністративно-правовими методами управління розуміє спосіб, прийом здійснення функцій виконавчої влади в процесі державного управління [15, с. 291-294].

Методи адміністративного управління О. М. Бандурка визначає як сукупність прийомів, операцій, процедур підготовки та прийняття, організації та контролю виконання управлінських рішень, які приймаються учасниками управлінського процесу [16, с. 38]. В. М. Манохін наголошує, що методи адміністративного управління є сполучною ланкою між суб'єктом адміністративного права та іншими учасниками відносин, поєднуючи в собі не тільки волевиявлення, а і характер волевиявлення [17, с. 144].

У своїх наукових розробках А. С. Гук, розуміючи під поняттям адміністративно-правових методів публічного врядування сукупність способів та засобів впливу органів державного управління чи посадових осіб на керовані об'єкти, робить висновок про доцільність розмежування методів правового регулювання та методів управління. Так, учений метод правового регулювання визначає як межі впливу законодавчої влади на суспільні відносини, тоді як методи управління є способами реалізації діяльності органів виконавчої влади та її посадових осіб [18, с. 83]. Така позиція вченого заслуговує на схвальну оцінку. Виходячи із запропонованого наукового підходу, реалізації методів правового регулювання притаманний нормативний характер, тоді як методи публічного управління частіше застосовується індивідуалізовано і мають в своїй основі ненормативні приписи, тобто акти індивідуальної дії.

Під методами управління Н. М. Мироненко розуміє сукупність способів або засобів досягнення поставлених управлінських цілей, що визначають якісну складову управління. У системі методів державного управління ним виділяються методи організації та методи діяльності органів управління [9, с. 617-618]. Вченим методи управління класифіковано також за такими критеріями, як: 1) спрямованістю зовнішньо-економічного впливу (організаційні та адміністративні); 2) морально-психологічна спрямованість (переконання, виховання, моральне заохочення); 3) економічний вплив (матеріальне заохочення, стимулювання виробництва); 4) організація діяльності об'єкта управління (прогнозування, організація, координація, контроль) [9, с. 618].

Виходимо з того, що методи публічного управління у сфері використання природних ресурсів можна поділити на адміністративні й екологічні методи управління, що містять диспозитивні та імперативні методи адміністративно-правового регулювання права.

Досліджуючи адміністративні (прямі) методи регулювання, можна виділити такі ознаки, як: директивність, наказовий характер, однозначність команд, які не залишають можливості вибору варіантів, наявність великого апарату, що контролює виконання команд, пряму дію на волю підлеглих. Екологічні (непрямі) методи регулювання мають такі ознаки, як: здійснення управління через створення ситуацій, що дозволяють зацікавити підлеглих у взаємодії, надання керованим можливості вибору моделі поведінки, обмежений контроль з боку суб'єкта, що керує, або лише нагляд за виконання команд, що дозволяє йому здійснювати втручання лише шляхом звернення до суду і т. п [19, с. 65].

Законодавець визначив, що використання природних ресурсів громадянами, підприємствами, установами та організаціями здійснюється з додержанням обов'язкових екологічних вимог: а) раціонального і економного використання природних ресурсів на основі широкого застосування новітніх технологій; б) здійснення заходів щодо запобігання псуванню, забрудненню, виснаженню природних ресурсів, негативному впливу на стан навколишнього природного середовища; в) здійснення заходів щодо відтворення відновлюваних природних ресурсів; г) застосування біологічних, хімічних та інших методів поліпшення якості природних ресурсів, які забезпечують охорону навколишнього природного середовища і безпеку здоров'я населення; д) збереження територій та об'єктів природно-заповідного фонду, а та-

кож інших територій, що підлягають особливій охороні; е) здійснення господарської та іншої діяльності без порушення екологічних прав інших осіб; є) здійснення заходів щодо збереження і невиснажливого використання біологічного різноманіття під час провадження діяльності, пов'язаної з поводженням з генетично модифікованими організмами [20].

Зазначене повною мірою стосується питання про метод адміністративно-правового регулювання використання природних ресурсів, адже у сфері використання природних ресурсів повинні поєднуватись імперативний вплив і диспозитивне регулювання. Це означає оптимізацію адміністративних та екологічних методів публічного управління для забезпечення раціонального використання природних ресурсів.

Висновки

Таким чином, регулювання відносин у сфері використання природних ресурсів встановлюється імперативними чи диспозитивними правовими нормами, які реалізуються за допомогою методів публічного управління. У свою чергу, публічне управління реалізується за допомогою відповідних засобів, які поділяються на загальні та спеціальні.

До загальних адміністративно-правових засобів публічного управління, які застосовуються у будь-якій сфері суспільних відносин, належать засоби заохочення, переконання, адміністративного попередження, державного контролю та нагляду, державного примусу, застосування заходів адміністративної відповідальності.

Відповідно, до спеціальних адміністративно-правових засобів публічного управління у сфері використання природних ресурсів належать моніторинг стану навколишнього природного середовища, прогнозування стану розвитку та відновлення мінерально-сировинної бази, екологічне ліцензування, еколого-економічна оцінка природних ресурсів.

Список використаних джерел:

1. Словарь иностранных слов. – 14-е изд., испр. – М. : Рус.яз., 1987. – 608 с.

2. Комаров С.А. Общая теория государства и права / С.А. Комаров. – М., 1996. – 312 с.

3. Алексеев С.С. Общая теория права : в 2-х т. / С.С. Алексеев. – М.: Юрид. лит., 1982. – Т. 2.– 360 с.

4. Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / [М. В. Цвік, О.В. Петришин, Л.В. Авраменко та ін.] ; за ред. д.ю.н., проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д.ю.н., проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. – Харків : Право, 2009. – 584 с.

5. Філософія права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл./ [О. Г. Данильяна, О.П. Дзьовбань, С. І. Максимова та ін.] ; за ред. д-ра філос. Наук, проф. О. Г. Данильяна. – Харків : Право,, 2009. – 208 с.

6. Бахрах Д. Н. Административное право России : учебник / Д. Н. Бахрах. – М. : НОРМА: Инфра-М, 2000. – 624 с.

7. Кісіль З.Р. Адміністративне право: навчальний посібник / З.Р. Кісіль. – 3-тє вид. – К.: ЦУЛ, 2011. – 698 с.

8. Гончарук С.Т. Основи адміністративного права : навчальний посібник / Степан Тихонович Гончарук. – К.: ТОВ «Видавничий будинок «Аванпост-Прим», 2004. – 200 с.

9. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 2001. – Т. 3 : К-М. – 2001. – 792 с.: іл.

10. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Укр. енцикл.», 2001. – Т. 5 : П-С. – 2003. – 736 с.: іл.

11. Мазур Т. В. Особливості методу публічно-правового регулювання та його прояви у фінансовому праві / Т. В. мазур // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2014. – Випуск 25. – С. 171– 175. – Серія «Право».

12. Лазор Л. І. Співвідношення приватних і публічних елементів правового регулювання у праві соціального забезпечення / Л. І. Лазор // Форум права. – 2010. – № 4. – С. 566–571.

13. Іващенко О.М. Адміністративно-правове регулювання корпоративних прав держави : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / О.М. Іващенко. – К., 2008. – 18 с.

14. Козачок Н.В. Способи та методи правового регулювання трудових відносин: співвідношення понять // Н.В. Козачок / Юридична наука і практика. – 2011. – № 2. – С. 85–89.

15. Атаманчук Г. В. Теория государственного управления : курс лекций / Г. В. Атаманчук. – 4-е изд., стер. – М.: Омега –Л, 2006. – 584 с.

16. Бандурка О. М. Управління в органах внутрішніх справ України : підручник / О. М. Бандурка. – Х. : ун-т внутр. справ, 1998. – 480 с.

17. Манохин В. М. Российское административної право : учебник / В. М. Манохин, Ю.С. Адушкин, З.А. Багишаев. – М. : Юрист, 1996. – 472 с.

18. Гук А. С. Адміністративні форми та методи публічного адміністрування/ А. С. Гук // Актульні проблеми державного управління – 2013. – № 1(43). – С. 78–83.

19. Рябець Катерина Анатоліївна. Адміністративно-правове регулювання екологічної діяльності : дис... канд. юрид. наук: 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Кабінет Міністрів України. – К., 2007. – 205 с.

20. Про ратифікацію Конвенції про охорону біологічного різноманіття : Закон України від 29.11.1994 № 257/94-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 49. – Ст.433.

Статья посвящена анализу критериев соотношения методов правового регулирования и методов публичного управления в сфере использования природных ресурсов. Охарактеризованы признаки методов публичного управления в сфере использования природных ресурсов. Классифицированы административно-правовые средства публичного управления в сфере использования природных ресурсов. Сформулированы выводы и предложения, направленные на совершенствование законодательства в указанной области.

Ключевые слова: административно-правовые средства, использование природных ресурсов, методы, правовое регулирование, публичное управление.

The article is devoted to the analysis of the criteria for the correlation of methods of legal regulation and methods of public administration in the sphere of the use of natural resources. Characterized by signs public administration practices in the use of natural resources. The author classifies the administrative and legal means of public administration in the sphere of the use of natural resources. The author formulated conclusions and proposals aimed at improving the legislation in this area.

Key words: administrative and legal means, use of natural resources, methods, legal regulation, public administration.

УДК 342.9

Надія Максіменцева,
канд. юрид. наук, докторант

СПІВВІДНОШЕННЯ ПРИНЦИПІВ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА ТА ПРИНЦИПІВ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ

У статті автор розмежовує принципи адміністративного права та державного управління, описує їх спільні риси та відмінності, окреслює перспективи удосконалення адміністративного законодавства України відповідно до сучасних європейських стандартів.

Ключові слова: принципи права, принципи управління, система принципів.

Постановка проблеми та її зв'язок з важливими науково-практичними завданнями. Питання розмежування принципів державного управління та адміністративного права є складним науковим завданням, яке водночас має конкретну практичну спрямованість, адже дозволяє втілити у правову форму досягнення управлінської науки і закріпити у нормативно-правових актах надбання у галузі публічного управління як правові принцип, що визначають спрямованість адміністративного законодавства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, на які спирається автор. Питаннями принципів адміністративного права та принципів державного управління свого часу активно займалися такі науковці, як В. Б. Авер'янов; Г. В. Атаманчук; В. Д. Бакуменко, Ю. П. Битяк; О. П. Коренєв, В. І. Курило, Б. М. Лазарєв, В. Я. Малиновський; Ю. О. Тихоміров, В. А. Юсупов.

Виділення не вирішених раніше частин загальної проблеми. Проте, на наш погляд, питання такого розмежування потребує додаткової наукової аргументації і продовження наукових досліджень у цій площині, адже зазначені вище дослідження привернули увагу до цієї проблеми, загострили її, але остаточно не вирішили, а тому питання залишається допоки що полемічним.

Метою даного дослідження є вироблення додаткових аргументів у сфері розмежування принципів державного управління та адміністративного права для формування у подальшому зваженої і збалансованої системи принципів побудови адміністративного законодавства відповідно до європейських стандартів надання адміністративних послуг.

Викладення основного матеріалу. Поняття принципів до юридичної науки прийшло із філософії, яка в процесі свого історичного розвитку виявила певні закономірності, притаманні явищам суспільної дійсності, що в подальшому знайшли своє відображення у філософії права, та було включено до теоретичних надбань теорії права, теорії державного управління тощо.

Принцип (від лат. principium – початок, основа) – у філософії те саме, що й основа, тобто те, що лежить в основі певної сукупності фактів, знань [15, с. 365].

Принцип – основне вихідне положення будь-якої теорії чи вчення, вихідні засади пояснень чи керівництва до дії [8, с. 560].

Принципи державного управління – важлива категорія управлінської науки, яка є однією з її основ. Принципи як поняття теорії відображають сутність і реальність процесів державного управління, підпорядковуючись певним законам [12, с. 190].

Принципи як основні ідеї, вихідні засади володіють ознаками універсальності, мають вищу силу під час застосування, втілюють у собі основні істотні положення явища дійсності, якого стосуються.

Принципи державного управління слід відмежовувати від принципів адміністративного права.

Як справедливо було зазначено, основне значення принципів адміністративного права полягає в тому, що вони визначають «юридичну долю», життєздатність, практичну організацію і реальне функціонування виконавчої влади і управління. Принципи адміністративного права зумовлені існуванням принципів функціонування виконавчої влади, держави, державних органів і державного управління, яке здійснюється чисельними суб'єктами права [6, с. 193].

Із вказаного вище вбачається, що авторами даного твердження як первинні визначаються принципи «функціонування виконавчої влади, держави, державних органів і державного управління». Тобто саме принципи державного управління детермінують виникнення та існування принципів адміністративного права. З таким твердженням, вважаємо, слід погодитись, зважаючи на те, що під адміністративним правом розуміють сукупність правових норм, які регулюють суспільні відносини, що виникають у процесі публічного управління економічною, соціально-культурною та адміністративно-політичною сферами життя, а також у ході забезпечення реалізації та захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб з боку органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування [13, с. 12].

Тоді як під державним управлінням розуміють політичну функцію, що реалізується через

© Н. Максіменцева, 2017

владно-організуючу діяльність, яка узгоджує спільну працю і побут людей, з метою досягнення поставлених загальносуспільних цілей та завдань [12, с. 156].

На думку Б. М. Лазарева, принципи державного управління є предметом теорії державного управління, наука ж адміністративного права має зосереджуватись на аналізі проблем адміністративно-правового регулювання і встановлення цих принципів в управлінні [11, с. 113].

В. Б. Авер'янов зазначив, що державне управління й адміністративне право – об'єктивно різні явища, і тому принципи адміністративного права не можуть підмінятись принципами державного управління [1, с. 105].

Ю. П. Битяк взагалі визначає принципи управлінської діяльності потенційною основою формування галузевих принципів адміністративного права [2, с. 34].

Тобто можна говорити про співвідношення принципів державного управління та принципів адміністративного права як про ціле та частину.

Таким чином, доходимо висновку про те, що принципи адміністративного права нерозривно пов'язані та переплітаються з принципами державного управління, водночас не є повністю тотожними принципам державного управління.

Під принципами адміністративного права розуміють засадничі (основні) ідеї, положення, вимоги, що характеризують зміст адміністративного права, відображають закономірності його розвитку і визначають напрями і механізми адміністративно-правового регулювання суспільних відносин [1, с. 80].

На думку В. І. Курило, під принципами адміністративного права слід розуміти основні вихідні, об'єктивно зумовлені засади, на яких базується діяльність суб'єктів адміністративного права, забезпечуються права та свободи людини і громадянина, нормальне функціонування громадянського суспільства та держави [4, с. 48].

Питанню принципів адміністративного права присвячено увагу у роботах, зокрема, О. П. Коренєва, В. А. Юсупова, Ю О. Тихомірова [10; 16; 14].

Вказані автори наводять переліки принципів адміністративного права, проте певні принципи не можна однозначно віднести ні до принципів адміністративного, ні до принципів управління, наприклад принцип підзаконності діяльності [14, с. 84]. Даний принцип, на нашу думку, має свій прояв як в адміністративному праві (так, будь-який нормативний акт нижчого ієрархічного рівня не повинен суперечити нормативному акту вищої юридичної сили), так і в державному управлінні (діяльність суб'єкта державного управління повинна бути чітко регламентована законом чи підзаконним нормативним актом, при цьому закон має вищу юридичну силу).

Ю. О. Тихоміров зазначає, що, попри всю свою зовнішню декларативність, принципи адміністративного права мають дуже важливе значення. Вони слугують теоретико-пізнавальним фундаментом галузі і своєрідним ціннісним орієнтиром для правотворчості та правозастосування в даній галузі. Досить часто принципи, що закріплені в законі, іншому акті, отримують суворий нормативно-орієнтуючий і системоутворюючий зміст для всіх норм того чи іншого акта, інституту чи підгалузі [14, с. 84].

Принципи державного управління – це фундаментальні істини, позитивні закономірності, керівні ідеї, основні положення, норми поведінки, що відображають закони розвитку відносин управління, сформульовані у вигляді певного наукового положення, закріпленого переважного у правовій формі, на основі якого будується і функціонує апарат державного управління [12, с. 192].

В. Д. Бакуменко визначає принципи державного управління як прояви закономірностей у державному управлінні, що відображені у вигляді певних положень, які застосовуються в теоретичній і практичній діяльності людей у сфері державного управління. Як правило, це фундаментальні, науково обґрунтовані, а в певних випадках і законодавчо закріплені положення, відповідно до яких будується і функціонує система державного управління [8, с. 564].

На думку Г. В. Атаманчука, принципи державного управління повинні мати в якості своїх джерел об'єктивні управлінські явища і процеси, розкривати їх природу і управлінську роль; правильно, на основі точного відображення дійсності описувати закономірності, відносини і взаємозв'язки державно-управлінської реальності; відображатись у такій формі, яка відповідає вимогам діалектичної логіки, показувати сутність визначеного державно-управлінського відношення, сприяти ефективному використанню наукових знань у практиці [5, с. 236].

Принципи характеризуються двома ознаками:

а) належністю до пізнаних наукою і практикою позитивних закономірностей;

б) зафіксованістю в суспільній свідомості (відповідних поняттях) [7, с. 180].

Таким чином, можна дійти висновку, що принципи адміністративного права, передусім, визначають механізм правового регулювання (адміністративного) відносин, є підґрунтям права, впливають на його формування та розвиток. Тобто фактично виражають природу адміністративного права, визначають його особливості тощо.

Водночас принципи державного управління визначають безпосередньо механізм здійснення такого управління та його організації і реалізуються в процесі здійснення управлінської діяльності. Тобто категорії принципів адміністративного права та принципів державного управління, вважаємо, необхідно досліджувати разом (комплексно), без проведення остаточного розмежування (яке, на нашу думку, провести остаточно і однозначно неможливо), оскільки саме в такому разі предмет нашого дослідження можна буде розкрити повністю.

Вважаємо, що для досягнення повного, чіткого розуміння досліджуваного явища, відмежування його від інших явищ правової дійсності необхідно провести класифікацію принципів адміністративного права, принципів державного управління. З'ясувати «точки дотику» даних правових явищ, проаналізувати, яким чином досліджувані принципи проявляються під час здійснення державного управління на практиці.

Так, принципи адміністративного права традиційно поділяють на загальні та спеціальні.

В. Б. Авер'янов зазначає, що загальні принципи мають фундаментальне значення для всієї галузі адміністративного права. Як правило, вони виявляються і деталізуються в принципах спеціальних, характерних для окремих інститутів адміністративного права: принципах державної служби, принципах адміністративної відповідальності, принципах адміністративного процесу тощо [1, с. 82].

Ю. П. Битяк поділяє принципи адміністративного права на дві групи: зовнішні та внутрішні.

Зовнішні принципи зумовлені характеристиками самого права як певного формально-змістовного юридичного явища. Внутрішні принципи детермінуються вимогами, що висуваються до організації та функціонування адміністративного права. При цьому науковець зазначає, що вважає поділ на такі категорії досить умовним, оскільки це є різними аспектами відтворення виконавчої діяльності держави [2, с. 30].

До спеціальних внутрішніх принципів адміністративного права відносять такі:

– відповідність адміністративного права положенням Конституції України;

– верховенство адміністративно-правового закону в системі нормативних актів, які містять адміністративно-правові норми;

– наявність власного підґрунтя формування й розвитку;

– спеціалізацію;

– відповідність адміністративно-правових законів певним положенням міжнародно-правових договорів із питань адміністративного права, учасницею яких є Україна [2, с. 31].

Тобто фактично зміст внутрішніх принципів адміністративного права зумовлюється особливостями адміністративного права як галузі та особливостями правовідносин, що ним регулюються.

Також принципи адміністративного права поділяються на загально-соціальні та спеціально-галузеві.

При цьому Ю. П. Битяк зазначає, що система загально-соціальних принципів формується в межах науки теорії держави і права, філософії, соціології. Підставою ж виокремлення спеціально-галузевих принципів адміністративного права є, по суті, виконавча діяльність держави.

Загально-правові принципи закріплені передусім у Конституції України, конкретизуються і розвиваються в законодавчих та інших нормативно-правових актах та мають свій прояв як в адміністративно-правових відносинах, так і у відносинах, що регулюються іншими галузями права. Спеціальні, що називають галузевими (в нашому випадку – адміністративно-правові), принципи проявляються та деталізуються у конкретній галузі права – адміністративному праві.

До загальних принципів адміністративного права відносять:

– принцип законності;

– принцип пріоритету прав та свобод людини і громадянина;

– принцип рівності громадян перед законом;

– принцип демократизму нормотворчості й реалізації права;

– принцип взаємної відповідальності держави і людини;

– принцип гуманізму і справедливості у взаємовідносинах між державою і людиною [1, с. 82].

В. І. Курило відділяє такі загальні принципи:

– принцип верховенства права та правового закону;

– принцип рівності однорідних суб'єктів адміністративного права перед законом;

– принцип демократизму;

– принцип взаємної відповідальності суб'єктів публічної адміністрації і об'єктів публічного управління;

– принцип гуманізму і справедливості у взаємовідносинах між суб'єктами публічної адміністрації та об'єктами публічного управління.

Так, принцип пріоритету прав і свобод людини і громадянина зумовлений положеннями ст. 3 Конституції України, а саме: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави» [9]. З огляду на такі положення, діяльність держави, в тому числі і державне управління, спрямовані насамперед на задоволення потреб людини і громадянина у певній галузі, тобто діяльність держави покликана створити відповідні умови для реалізації прав громадян.

Принцип рівності громадян перед законом також базується на положеннях Конституції України, а саме статтях 21-й, 22-й:

Усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах. Права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними.

Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками [9].

Принцип взаємної відповідальності держави і людини під час здійснення державного управління базується на положеннях ст. 56 Конституції України, а саме: кожен має право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень [9].

Принцип гуманізму і справедливості у взаємовідносинах між державою і людиною під час здійснення державою управління реалізується, передусім, у забезпеченні державою поваги до людини, її гідності, ставлення людини та її інтересів на перше місце, тобто у гуманістичній спрямованості діяльності держави.

На думку Ю. П. Битяка, спеціально-галузевими принципами адміністративного права є:

– служіння органів виконавчої влади та їх апарату суспільству й людині;

– обмеженість втручання органів виконавчої влади в громадське й особисте життя людини;

– повнота прав і свобод громадян в адміністративно-правовій сфері;

– взаємна відповідальність;

– визначення мінімально необхідних повноважень органів державної виконавчої влади;

– оптимальне доповнення й урівноваження державно-владних повноважень органів виконавчої влади з повноваженнями органів самоврядування [2, с. 33].

Наступним етапом нашого дослідження є аналіз системи принципів державного управління.

Питання класифікації принципів державного управління є досить поширеним у теорії управління. Зокрема, автори підручника «Державне управління», що підготовлений Національною академією державного управління при Президентові України, звертають увагу на багатоманітність критеріїв для класифікації принципів державного управління та, підсумовуючи теоретичні надбання в даній сфері, говорять про такі групи принципів: соціально-політичні; організаційні; організаційно-політичні; організаційно-технічні; економічні; організаційно-правові; загально-суттєві; видові; загальні; окремі; суспільно-політичні; функціонально-структурні; організаційно-структурні [7, с. 110].

Г. В. Атаманчук проводить таку класифікацію принципів державного управління: загальносистемні принципи; структурні принципи, які у свою чергу поділяються на: структурно-цільові, структурно-функціональні та структурно-процесуальні принципи [5,240].

Як вбачається з наведеного, класифікації принципів державного управління є різноманітними та залежно від позиції їх автора досить деталізованими. За бажання практично кожен із наведених принципів можна розкласти на складові частини та визначити принципи його формування, функціонування та застосування. Також можна визначити теоретичні та практичні аспекти вказаних принципів.

Висновки

Варто відзначити, що процес формування та застосування принципів державного управління є досить динамічним процесом, що тісно пов'язаний із реформуванням системи державного управління, її вдосконаленням, приведенням у відповідність до норм та стандартів Європейського Союзу, прагнення до вступу у який визначено пріоритетним напрямом розвитку України.

Список використаних джерел:

1. Авер'янов В. Б. Вибрані наукові праці / В. Б. Авер'янов ; упорядники: Андрійко О.Ф. (керівник колективу), Нагребельний В.П., Кисіль Л.Є., Педько Ю.С., Дерець В.А., Пухтецька А.А., Кірмач А.В., Люлька Л.В. ; за заг. ред.: Ю.С. Шемшученка, О.Ф. Андрійко. – К.: Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2011. – 448 с.

2. Адміністративне право України : підручник / [Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, О. В. Дьяченко та ін.]; за ред. Ю. П. Битяка. – К.: Юрінком Інтер, 2007. – 544 с.

3. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). – К.: Видавництво «Юридична думка», 2004. – Том 1. Загальна частина. – 584 с.

4. Адміністративне право України: навчальний посібник / [В.В. Галунько, В.І. Курило, С.О. Короєд, О.Ю. Дрозд, І.В. Гиренко, О.М. Єщук, І.М. Риженко, А.А. Іванищук, Р.Д. Саунін, І.М. Ямкова]; за ред. проф. В.В. Галунька. – Херсон: Грінь Д.С., 2015. – Т. 1. Загальне адміністративне право. – 180 с.

5. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления : учебник / Г.В. Атаманчук. – М.: Издательство «ОмегаЛ», 2010. – 525 с.

6. Галлиган Д. Административное право: история развития и основные современные концепции / Д. Галлиган, В.В. Полянский, Ю.Н. Старилов. – М.: Юристъ, 2002. – 405 с.

7. Державне управління : підручник : у 2-х т. / Нац. акад. держ. упр. при Президентові України; ред. кол.: Ю. В. Ковбасюк (голова), К. О. Ващенко (заст. голови), Ю. П. Сурмін (заст. голови) [та ін.]. – К.; Дніпропетровськ: НАДУ, 2012. – Т. 1.

8. Енциклопедичний словник з державного управління / [уклад.: Ю.П. Сурмін, В.Д. Бакуменко, А.М. Михненко та ін.] ; за ред. Ю. В. Ковбасюка, В. П. Трощинського, Ю. П. Сурміна. – К.: НАДУ, 2010. – 819 с.

9. Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

10. Коренев А. П. Принципы современного административного права / А. П. Коренев // Правоведение, 1967. – № 3. – С. 72–78.

11. Лазарев Б. М. Государственное управление на этапе перестройки / Б. М. Лазарев. – М., 1988. – 320 с.

12. Малиновський В.Я. Державне управління : навчальний посібник / Малиновський В.Я. – 2-ге вид., доп. та перероб. – К.: Атіка, 2003. – 576 с.

13. Стеценко С.Г. Адміністративне право України : навчальний посібник / С.Г. Стеценко. – К.: Атіка, 2007. – 624 с.

14. Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: полный курс / Ю.А. Тихомиров. – М.: 2001. – 652 с.

15. Философская энциклопедия / гл. ред. Ф.В. Константинов. – М. : «Советская энциклопедия», 1967. – Т. 4 «Наука логики».

16. Юсупов В. А. Теория административного права / В. А. Юсупов. – М.: Юрид. лит., 1985. – 160 с.

В данной статье автор разграничивает принципы административного права и государственного управления, описывает их общие черты и отличия, очерчивает перспективы усовершенствования административного законодательства Украины в соответствии с современными европейскими стандартами.

Ключевые слова: принципы права, принципы управления, система принципов.

In this article, the author delineates the principles of administrative law and public administration, describes their common features and differences, outlines the prospects for improving the administrative legislation of Ukraine in accordance with modern European standards.

Key words: principles of law, principles of governance, system of principles.

УДК 346

Кирило Пряміцин,

студент кафедри господарського та адміністративного права
Національного технічного університету України
«Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСУДОВОГО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ

Стаття присвячена аналізу особливостей правового забезпечення досудового врегулювання податкових спорів, що полягають у недостатньо послідовному дотриманні принципу публічності даної адміністративної процедури та відсутності законодавчого визначення складу осіб, які приймають рішення, та ролі кожного з учасників адміністративного оскарження, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення податкового законодавства в зазначеній сфері.

Ключові слова: платники податків, процедура досудового врегулювання, податкові спори, податкові скарги, електронний кабінет, суб'єкти розгляду, податкові перевірки, адміністративне оскарження, податкове законодавство.

Постановка проблеми. У сучасних умовах платники податків активно захищають свої права, висловлюючи незгоду з результатами проведених щодо них контрольних заходів, перевірок, рішень та неправомірних дій (бездіяльності) посадових осіб органів Державної фіскальної служби.

Необхідно зазначити, що суперечки платників податків із податковими органами вирізняються специфічністю предмета, для чого суб'єкт вирішення спорів повинен володіти спеціальними знаннями у сфері законодавства про податки і збори. У досудової процедури безліч переваг, нею користуються в багатьох країнах із розвиненою системою судочинства, а в деяких вона є обов'язковою.

Право на досудове врегулювання податкових спорів передбачене статтею 40 Конституції України, в якій указано, що всі мають право звертатися до органів державної влади, органів місцевого самоврядування та посадових і службових осіб цих органів, що зобов'язані розглянути звернення і дати обґрунтовану відповідь у встановлений законом строк [1].

Наказом Міністерства фінансів України від 28.09.2016 № 849 внесені зміни до наказу Міністерства фінансів України від 21.10.2015 № 916 «Про затвердження Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами», який відтепер передбачає можливість платника податків вимагати розгляду його скарги на рішення контролюючого органу у відкритому засіданні за участі представників засобів масової інформації [4]. Це забезпечує реалізацію принципів гласності та публічності адміністративної процедури розгляду податкових спорів і є першим кроком до реального забезпечення прав платників податків у разі оскарження податкових спорів в адміністративному порядку.

Мета статті. У цій статті маємо на меті критично розглянути особливості правового забезпечення досудового врегулювання податкових спорів, що полягають у недостатньо послідовному дотриманні принципу публічності даної адміністративної процедури, а також відсутності законодавчого визначення складу осіб, які приймають рішення, та ролі кожного з учасників адміністративного оскарження. Вирішення зазначеної проблеми сприяє розв'язанню загальнонаукової проблеми удосконалення адміністративно-правового регулювання досудового врегулювання податкових спорів.

Огляд джерел. Досудовий порядок оскарження податкових спорів розглядали у своїх роботах В. В. Тильчик, О. А. Журавський, О. О. Шишов, Т. О. Голоядова, В. Т. Білоус, Г. В. Єрьоменко, С. В. Буряк, Л. К. Воронова, В. К. Гіжевський, М. О. Перепелиця, Є. О. Усенко, К. В. Мінаєва, Ю. Стефаник, Ю. Педько, Г. В. Петрова, М. І. Матузов, І. Є. Криницький, В. К. Колпаков, О. В. Кузьменко, С. В. Пєтков, В. Б. Марченко, О. В. Кілінкарова та інші вчені. Про необхідність удосконалення адміністративної процедури оскарження рішень контролюючих (податкових) органів, а також дій їх службових осіб науковці говорили давно. Однак сучасні дослідження недосконалості правового забезпечення досудового врегулювання податкових спорів, що полягає у недотриманні принципу публічності даної адміністративної процедури та у відсутності законодавчо визначеного складу осіб, які приймають рішення, та визначення ролі кожного з учасників адміністративного оскарження, відсутні, тому потребують детального наукового вивчення.

Основний матеріал. Законодавець в абзаці 3 п. 56.18 статті 56 Податкового кодексу України передбачає, що процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору [2].

© К. Пряміцин, 2017

Т. Григорян та Є. Дмитренко визначають адміністративне оскарження як встановлений законодавством порядок захисту порушених рішеннями, діями або бездіяльністю контролюючих органів прав та законних інтересів юридичних осіб, який здійснюється шляхом подання письмової скарги і передбачає обов'язок податкового органу реагувати та приймати рішення по суті визначених у скарзі питань у встановлені строки [7].

До 2002 року в Україні суди застосовували таку практику, як відмова у прийнятті позовної заяви або повернення заяви без розгляду з підстав не вжиття заходів досудового врегулювання спору. Рішенням Конституційного суду України від 09 липня 2002 року у справі № 1-2/2002 було визначено, що встановлене законом досудове врегулювання спору не є обмеженням права на судовий захист [3]. Водночас із таким висновком погодитися не можна. Обов'язкове досудове врегулювання спорів, на думку автора, все-таки порушує право суб'єкта правовідносин на судовий захист. Нині досудове врегулювання податкового спору не є причиною для відмови у прийнятті позовної заяви або повернення заяви без розгляду.

Таким чином, обрання певного засобу правового захисту, насамперед досудового врегулювання спору, є правом, а не обов'язком особи, яка добровільно, виходячи з власних інтересів, його використовує [3].

Для платників податків врегулювання податкового спору в адміністративному порядку є, передусім, швидким і безкоштовним способом захистити порушені контролюючими органами права.

Наразі досудове врегулювання податкових спорів регулюється статтями 55, 56 глави 4 розділу I Податкового кодексу України, Наказом Міністерства фінансів України від 21.10.2015 № 916 «Про затвердження Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами» (далі – Порядок) та складається з трьох основоположних етапів:

– оформлення та подання скарги до уповноваженого контролюючого органу;

– розгляд матеріалів скарги платника податків;

– прийняття рішення уповноваженим контролюючим органом за результатами розгляду скарги.

Здавалось би, вся процедура досудового врегулювання податкових спорів систематизована та законодавчо врегульована. Але, досліджуючи вищезгаданий Порядок, ми можемо побачити, що натепер деталізований тільки перший етап адміністративного оскарження податкових спорів. По-перше, оформлення скарги та вся інформація, яка має міститися у скарзі, передбачена розділом 4 Порядку та несе виключний характер. По-друге, подача самої скарги та строки її подання також урегульовані законодавцем та є зрозумілими для пересічного громадянина – платника податків. Тому зупинятись на дослідженні першого етапу ми не вбачаємо потреби.

Більш детально зупинимося на дослідженні порядку розгляду скарги, а також прийняття та оголошення рішення за результатами проведення процедури адміністративного оскарження.

Відповідно до змін, унесених згідно з наказом Міністерства фінансів України № 849 від 28.09.2016 до Порядку, впроваджена можливість розгляду скарг щодо рішень контролюючих органів на відкритому засіданні. А отже, процедура, яка раніше мала лише формальний характер, має шанси перетворитися на повноцінний юридсдикційний процес розгляду скарги із залученням:

– уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику (Мінфіну);

– уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну регуляторну політику (Державної регуляторної служби);

– уповноваженого представника Ради бізнес-омбудсмена;

– представників засобів масової інформації [4].

У свою чергу, у закритому засіданні, крім платника податків, до розгляду скарги залучаються також уповноважений представник Ради бізнес-омбудсмена (за умови прийняття Радою бізнес-омбудсмена до розгляду скарги, поданої платником податків) та представники центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику (Мінфіну) [4].

Здавалося б, що після внесених до законодавства змін процедура розгляду скарги платника податків повинна набути більш публічного (офіційного) характеру.

Водночас упровадження відповідних змін створило низку серйозних прогалин у процедурі адміністративного оскарження: зокрема, на сьогодні неврегульованими залишаються такі питання: яку роль у процедурі розгляду скарги відіграють всі вищезазначені представники? як саме вони впливають на прийняття рішення? змінами, які ми розглядаємо, передбачено лише залучення даних осіб до розгляду скарги. Адже законодавець в ст. 56 ПКУ передбачає розгляд скарги платника податків на стадії досудового врегулювання контролюючим органом вищого рівня. Водночас ні законом, ні Порядком наразі не визначено, хто саме від імені такого контролюючого органу розглядає скаргу. Чи створюється відповідна комісія щодо розгляду кожної індивідуальної скарги? Чи, можливо, всі працівники контролюючого органу вищого рівня беруть участь у розгляді або лише керівник відповідного контролюючого органу одноособово розглядає скаргу та приймає рішення? Чи входять уповноважені представники Мінфіну України, Державної регуляторної служби, Ради бізнес-омбудсмена до складу комісії, яка приймає рішення за результатами розгляду скарги? Автор вважає, що ці всі та низка інших питань повинні бути законодавчо врегульовані, оскільки постає проблема правомірності прийняття рішення за результатами розгляду скарги та ви-

значення того, хто буде нести відповідальність за неправомірне прийняте рішення.

О. Кілінкарова розглядає ефективність альтернативного адміністративного розгляду спорів, який застосовується у США. Служба внутрішніх доходів до альтернативних способів вирішення спорів відносить такі процедури, які, як правило, проводяться за участю посередника – співробітника підрозділу Служби внутрішніх доходів США, що спеціалізується на розгляді скарг платника податків: швидка медіація (fast track mediation), швидке врегулювання (fast track settlement), медіація (mediation), рання передача на розгляд (early referral), арбітраж (arbitration). Кожна процедура застосовується на різних стадіях адміністративного оскарження, що врегульовано законодавством США [6]. Також передбачається в кожному конкретному випадку, які саме особи та організації можуть застосовувати певну процедуру. Як приклад можна зазначити, що до застосування швидкої медіації може звернутись або самозайнята особа, або мале підприємство. А великі організації та організації з міжнародною участю можуть застосувати такий альтернативний спосіб вирішення податкових спорів, як швидке реагування [6].

Також О. Кілінкарова звертає увагу на те, що у США є можливість вирішення спору вже під час проведення податкової перевірки, застосовуючи такий спосіб вирішення спору, як рання передача на розгляд. При цьому на розгляд виносяться тільки спірні питання, тоді як із питань, що не викликають суперечок, триває податкова перевірка [6].

Подібну практику вирішення спорів під час податкових перевірок застосовують і в Україні. Зокрема, у листі ДФС від 25.04.2016 № 9296/6/99-99-14-03-03-15 вказано, що у разі виникнення спірних питань та надання заперечень щодо встановлених порушень під час здійснення перевірки такі питання та заперечення можуть бути винесені на розгляд передбачених абзацом другим пункту 1 розділу V Порядку постійних комісій при відповідних контролюючих органах. Водночас зазначається, що створення постійних комісій із розгляду спірних питань спрямовано на вирішення внутрішніх організаційних питань контролюючого органу щодо всебічного та якісного вивчення спірних питань та оперативного прийняття рішення з боку керівництва контролюючого органу з їх урегулювання. Нормами Порядку не передбачений обов'язок контролюючого органу додатково залучати платника податку до участі у роботі постійних комісій при відповідних контролюючих органах [5].

Розглядаючи питання щодо відсутності врегульованої процедури прийняття рішення, автор також вважає за необхідне окремо зупинитися на відсутності в законодавстві правила щодо проголошення рішення в момент його прийняття. Пунктом 5 розділу IX Порядку лише встановлюється обов'язок контролюючих органів повідомляти суб'єктів оскарження про ухвалене рішення [4].

Згідно з п. 5 розділу I Порядку розгляд матеріалів скарги у відкритому засіданні відбувається за участі представників засобів масової інформації, що повинно забезпечувати дотримання принципу гласності адміністративного процесу [4].

Автор вважає, що з метою дотримання принципу гласності в адміністративному процесі контролюючий орган зобов'язаний після прийняття рішення відразу ж його оголошувати, оскільки принцип гласності адміністративного процесу полягає, передусім, у широкій поінформованості суспільства про діяльність державних органів щодо виконання покладених на них функцій, а не тільки у надсиланні рішення індивідуально кожному платнику податків.

Ми вважаємо за необхідне законодавчо врегулювати це питання, а саме у відкритому засіданні з розгляду скарги зобов'язати контролюючий орган оголошувати принаймні вступну й результативну частину рішення.

Приділити увагу необхідно і вивченню питання щодо обов'язку скаржника письмово повідомляти про подання скарги контролюючий орган, який прийняв рішення, що оскаржується.

Адже підпункт 2 п. 1 розділу V Порядку врегульовує дане зобов'язання платника податків, хоча невиконання цієї вимоги і не є підставою для залишення скарги без розгляду.

Якщо розглядати це питання через призму швидкості розгляду скарги, то, звичайно, не в інтересах платника податків затягувати процес адміністративного оскарження – доцільно відразу повідомити про подання скарги на рішення контролюючого органу задля того, щоб орган, який прийняв рішення, міг ефективно та своєчасно, у встановлений законом строк (5 робочих днів із дня отримання повідомлення від платника податків про оскарження рішення) подати до контролюючого органу вищого рівня всі необхідні документи, які підтверджують правомірність прийнятого рішення, що сприятиме швидкому та цілісному розгляду скарги.

О. Кравчук вказує на те, що прийняті наприкінці 2016 р. нові положення ПКУ щодо електронного кабінету передбачають грандіозні плани – практично всю взаємодію платника та ДПІ забезпечити в електронному кабінеті – та зазначає, що спосіб взаємодії (в загальному порядку чи в електронній формі) визначає платник податків, ставлячи в електронному кабінеті спеціальну позначку. При цьому він зобов'язаний навести свою електронну адресу (e-mail) [8].

Дана норма матеріального права щодо можливості листування платника податків із контролюючим органом через електронний кабінет вже прийнята, але, на жаль, не є діючою, оскільки в перехідних положеннях ПКУ вказано, що така можливість буде надана після повного запровадження у роботу програмного забезпечення електронного кабінету, але не пізніше 1 січня 2018 року. Маємо надію, що до 1 січня 2018 року така можливість листування буде впроваджена.

Також автор вважає, що письмове попередження органу, що прийняв рішення, про оскарження такого рішення є перепоною в ефективності адміністративного процесу. Тому

необхідно скасувати обов'язок письмового повідомлення контролюючого органу про оскарження його рішення, виключивши зі ст. 56 ПКУ пункт 56.5.

Аналізуючи зміни, які були внесені Наказом Міністерства фінансів України від 28.09.2016 № 849, ми можемо зробити висновок, що фіскальні органи намагаються застосувати досвід зарубіжних країн у частині залучення до розгляду скарги уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику, уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну регуляторну політику, уповноваженого представника Ради бізнес-омбудсмена як альтернативного способу вирішення податкових спорів [4].

Автор уживає формулювання «законодавець намагається застосувати досвід зарубіжних країн» не випадково: все правильно, саме «намагається», оскільки, законом не встановлений статус цих представників та не визначена їхня роль в адміністративному оскарженні рішення контролюючого органу. Із вищезгаданої ст. 56 ПКУ ми бачимо, що до запровадження альтернативних способів вирішення податкового спору нам ще дуже далеко. Зародки юрисдикційної процедури тільки впроваджують, але відповідні процедури по суті не врегульовані. Необхідно визначити, яку ж саме роль будуть відігравати вищезгадані уповноважені представники державних органів.

Висновки

1. У законодавстві України спостерігається тенденція щодо підвищення рівня публічності процедур досудового врегулювання податкових спорів. Відповідні процедури нині набувають характеру юрисдикційних. Водночас правове регулювання таких процедур має натепер низку суттєвих недоліків, що не дозволяє говорити про належну ефективність цих процедур.

Наявні в правовому регулюванні процедур досудового врегулювання податкових спорів системні недоліки не забезпечують належного захисту прав та інтересів платників податків. Це, з одного боку, не надає учасникам процедур податкового контролю (документальних та інших перевірок) – податковим інспекторам та платнику податків – належного сигналу щодо їх критичного неупередженого перегляду в разі скарги платника податків. З іншого боку, неможливість платника відстояти свої права в процедурах досудового врегулювання призводить до збільшення навантаження на адміністративні суди.

2. Водночас слід виділити низку очевидних переваг досудового врегулювання податкових спорів, якими охоче на практиці користуються платники податків: зменшення навантаження на судову систему; безкоштовність адміністративного оскарження; оперативність розгляду скарги та вирішення спору (законодавець урегульовує даний строк – від 20 до 60 календарних днів).

3. Важливість процедури досудового врегулювання податкових спорів вимагає винесення основних нормативних положень щодо цієї процедури на законодавчий рівень, оскільки врегулювання основних процедур на рівні підзаконного акта не задовольняє сучасних суспільних потреб.

4. Під час унесення змін і доповнень до чинного законодавства вбачається за необхідне також передбачити:

– зобов'язання контролюючого органу, який розглядає скаргу платника податків, оголошувати прийняте рішення або принаймні його результативну частину під час відкритого засідання, яке відбувається у присутності представників ЗМІ;

– врегулювання складу та порядку прийняття рішень комісії, яка розглядає податкові спори на стадії адміністративного оскарження, або іншого суб'єкта, який діє від імені контролюючого органу, а також визначення статусу уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику (Мінфіну), уповноважених представників центрального органу виконавчої влади, який реалізує державну регуляторну політику, уповноваженого представника Ради бізнес-омбудсмена є необхідним для вдосконалення адміністративної процедури в цілому та підвищення якості роботи контролюючих органів.

– врегулювання повноважень постійних комісій, що розглядають заперечення на акт перевірки, а також спірні питання, які виникають під час перевірки, із запозиченням закордонного досвіду, що дасть можливість платникам податків більш ефективно відстоювати свої права в спорах із посадовими особами Державної фіскальної служби до винесення остаточного рішення.

– виключення зі ст. 56 ПКУ пункт 56.5, що зобов'язує платника податку письмово повідомляти орган, що прийняв рішення, про оскарження такого рішення.

З огляду на наявні проблеми правового забезпечення адміністративного оскарження податкових спорів в Україні, актуальними та перспективними є подальші дослідження порушеної проблематики.

Список використаних джерел:

1. Конституція України // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Податковий кодекс України // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13-14, № 15-16, № 17. – Ст. 112.

3. Рішення Конституційного Суду України у справі № 1–2/2002 за конституційним зверненням Товариства з обмеженою відповідальністю «Торговий Дім «КампусКоттонклаб» щодо офіційного тлумачення положення частини другої статті 124 Конституції України (справа про досудове врегулювання спорів) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v015p710–02 [25.03.2015].

4. Наказ Міністерства фінансів України від 21.10.2015 № 916 «Про затвердження Порядку

оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1617-15

5. Лист ДФС від 25.04.2016 № 9296/6/99-99-14-03-03-15 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://sfs.gov.ua/baneryi/podatkovi-konsultatsii/konsultatsii-dlya-yuridichnih-osib/67898.html

6. Килинкарова Е. В. Налоговое право зарубежных стран: учебник для бакалавриата и магистратуры [Електронний ресурс] / Е. В. Килинкарова. – М.: Юрайт, 2014. – Режим доступу : http://stud.com.ua/31261/pravo/alternativni_sposobi_virishennya_podatkovih_sporiv#289

7. Григорян Т. Досудове врегулювання спорів із податковими органами [Електронний ресурс] / Тетяна Григорян, Євген Дмитренко. – Режим доступу : http://n-auditor.com.ua/uk/component/na_archive/595?view=material

8. Кравчук О. Електронний кабінет ДФС – у законі / О. Кравчук // Дебет-Кредит. – 2017. – № 3. – С. 17–20.

Статья посвящена анализу особенностей правового обеспечения досудебного урегулирования налоговых споров, которые состоят в недостаточно последовательном соблюдении принципа публичности данной административной процедуры и отсутствии законодательного определения состава лиц, принимающих решения, и роли каждого из участников административного обжалования, а также формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование налогового законодательства в указанной сфере.

Ключевые слова: налогоплательщики, процедура досудебного урегулирования, налоговые споры, налоговые жалобы, электронный кабинет, субъекты рассмотрения, налоговые проверки, административное обжалование, налоговое законодательство.

The article analyzes the characteristics of the legal provision of pre-trial settlement of tax disputes are as insufficiently consistent adherence to the principle of publicity of administrative procedures and the absence of legislative determination of people who make decisions and the role of each of the members of the administrative appeal and formulation of conclusions and recommendations aimed at improving tax laws in this area.

Key words: taxpayers procedure of pre-trial settlement of tax disputes, tax complaints, electronic study, subjects review, tax audits, administrative appeals, tax legislation.

УДК 342.9

Ольга Тронько,

канд. юрид. наук, заступник директора
Науково-дослідного інституту публічного права

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ В ГАЛУЗІ ЕКОНОМІКИ

Високорозвинена ринкова економіка повинна поєднувати в собі принципи, які притаманні товарному виробництву, тобто вільне ціноутворення, попит і пропозицію, які породжуватимуть конкуренцію; цілеспрямовану політику державного регулювання економічних процесів. Єдина система макроекономічного регулювання народного господарства утвориться, коли державне управління буде доповнювати ринкові механізми. У зв'язку зі стрімким розвитком відносин власності та вдосконаленням організації суспільного виробництва розширилися сфера і напрями політики адміністративно-правового регулювання економічних та соціальних процесів. Одним із пріоритетних завдань у сфері централізованого економічного управління є розв'язання суперечностей між частковою монополістичною планомірністю і товарними відносинами, адже вони на сьогодні є основною формою економічних зв'язків у суспільстві.

Ключові слова: державне управління економікою, адміністративно-правове регулювання.

Актуальність теми. На сьогоднішній день державне управління економічними процесами в Україні у ринкових умовах перебуває на стадії удосконалення, відбувається його стрімкий розвиток. Щоб забезпечити формування демократичного суспільства, основним завданням реформування повинна бути побудова ефективної системи державного управління, яка можлива тільки за умови взаємодії гілок влади, які відповідатимуть стандартам демократичної правової держави із соціально орієнтованою ринковою економікою. Також ключовими ознаками цієї системи є прозорість, верховенство закону з метою дотримання прав та свобод людини і громадян держави, утвердження державою механізмів суспільного контролю, які б ефективно впливали на діяльність виконавчої та законодавчої гілок влади.

Процес відновлення державності вимагає пошуку новітніх рішень, щоб задекларований у першій статті Конституції України перехід до соціального демократичного суспільства не залишився на рівні декларації, а був упроваджений у життя.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі теоретичного дослідження проаналізувати особливості адміністративно-правового регулювання економічними процесами.

Предметом є теоретичні питання адміністративно-правового управління економікою.

Об'єктом дослідження виступає державне управління економікою України.

Для досягнення поставленої мети та формування компетентнісного підходу ми поставили такі завдання:

- дослідити поняття та характер адміністративно-правового регулювання економікою;
- окреслити правові засади управління економікою;
- визначити основні напрями адміністративного-правового регулювання економіки.

Виклад матеріалу. У юридичній літературі вчені-науковці слушно вказують, що з усіх галузей і сфер, які мають адміністративно-правове врегулювання, найскладнішими вважаються ті, які належать до економіки.

Економіка – складна поліструктурна система, яка функціонує задля забезпечення задоволення суспільства матеріальними благами. Термін «економіка» утворився від грецьких слів oikas (будинок, господарство) і nomos (правило, закон). Сукупність цих слів у буквальному розумінні означає «правила ведення домашнього господарства»[1].

Сучасні економічні словники визначають економіку як господарство, сукупність засобів, об'єктів, процесів, використовуваних людьми для забезпечення життя, задоволення потреб за допомогою створення необхідних благ, умов і засобів існування із застосуванням праці [1].

Проаналізувавши погляди науковців, можна вважати, що у сучасному розумінні економіка – це системний господарський комплекс, що складається із взаємопов'язаних і взаємозалежних ланок: по-перше, суспільного виробництва, по-друге, розподілу матеріальних цінностей і, по-третє, обміну виробленого продукту в масштабах усієї держави[1].

Проблеми адміністративно-правового регулювання економіки в сучасній науці розглядались у роботах таких вітчизняних та зарубіжних науковців, як Л. Абалкін, В. Білоус, О. Бандурка, А. Авер'янов, В. Галунько, Е. Губин, О. Дрозд, П. Лахно, О. Барановський, І. Бінько, З. Варналій, О. Власюк, В. Геєць, Б. Губський, М. Єрмошенко, Я. Жаліло, В. Мунтіян, Г. Пастернак-Таранушенко, С. Пирожков, В. Тамбовцев, В. Шлемкотаін.

Водночас особливості механізму адміністративно-правового регулювання досліджуваної сфери вивчені не у повному обсязі.

Адміністративно-правове регулювання – один із видів галузевого правового регулювання, заснований на дії адміністративного права і багатого арсеналу адміністративно-правових засобів впливу на суспільні відносини, що ма-

© О. Тронько, 2017

ють місце у сфері діяльності державної адміністрації. Підсумком адміністративно-правового регулювання є адміністративно-правовий порядок.

В основі адміністративно-правового регулювання лежить вплив на суспільні відносини комплексу юридичних засобів адміністративно-правового характеру. Серед них – галузь адміністративного права та її підгалузі, адміністративно-правові інститути, нормативні адміністративно-правові акти, первинні адміністративно-правові веління, метод і режими адміністративно-правового регулювання, індивідуальні адміністративно-правові акти, юридичні факти, адміністративні правовідносини, адміністративно-правові заходи захисту, заходи адміністративної та дисциплінарної юридичної відповідальності [2].

Саме до функцій держави належить визначити правові основи для прийняття управлінських рішень, створити засоби захисту інтересів національної економіки, забезпечити підґрунтя для формування інфраструктури, розробити дієві способи контролю за процесами грошового обігу, а також закріпити, встановити і розвивати такі правовідносини, які будуть вигідні для суспільства і держави в цілому.

Адже без адміністративно-правового регулювання помітно знизиться ефективність виробництва, фундаментальна наука також стане незатребуваною, фактором скорочення інфраструктури соціальної сфери є значне подорожчання, яке ми зараз спостерігаємо. Тому і відбуваються певні втрати і здійснюються великі витрати, щоб відбувався рух до цивілізованих форм життя.

Натепер не повною мірою дослідженою і вирішеною залишається проблема закріплення правового становища органів, які здійснюють управління галузями економіки. Дослідивши погляди науковців, вважаємо, що недоцільним і неприпустимим є факт законодавчих приписів інструкціями, наказами, постановами, листами міністерств і відомств.

Кабінет Міністрів України одним із пріоритетних питань ставить вирішення проблем розвитку економіки, а також урегулювання її управлінням. Як результат цього слід відзначити нормативно-правові акти Кабінету Міністрів з економічних питань, а також закріплення та встановлення правового становища органів управління, процес роздержавлення власності, демонополізацію та ін.

Міністерства та центральні органи виконавчої влади також не обходять стороною питання здійснення економічної діяльності. Адже вони також мають пряме відношення до сфери управління економікою. Важливою є роль обласних і районних місцевих державних адміністрацій, які на регіональному рівні відстежують і вирішують питання врегулювання діяльності підприємств, установ, організацій та їх асоціацій, об'єднань, комплексів.

Доцільно також відзначити діяльність органів місцевого самоврядування, на яких також покладені відповідні функції у сфері управління економікою. Під час їх виконання органи місцевого управління контролюють користування майном, що є у комунальній власності, регулярно затверджують та реалізують програми соціально-економічного розвитку регіонів, формують бюджети відповідних адміністративно-територіальних одиниць, а також контролюють їх дотримання та виконання; до їх повноважень віднесено утворення та ліквідацію комунальних підприємств, установ, організацій та проведення контролю за їхньою діяльністю.

Метою адміністративно-правового регулювання сфери економіки є реалізація конституційного положення, в якому зазначається, що саме держава повинна врегульовувати та забезпечувати її соціальну направленість.

З огляду на це, можна виділити одним із пріоритетних завдань суб'єктів, які реалізують свої управлінські функції та повноваження у сфері економіки, забезпечення економічної стабільності, створення продуктивного розвитку виробництва у взаємодії із соціальними сферами. Доцільним буде зміцнення та підтримка у розвитку наукового потенціалу, а також створення таких умов, які будуть сприятливими для ефективного ведення господарювання, допоможуть усім громадянам реалізувати свої суспільні та приватні інтереси.

Однак при цьому слід не забувати, що саме держава виступає найбільшим суб'єктом ринку, а також вона здійснює регулювання діяльності всіх інших ринкових суб'єктів. Разом із цим держава, здійснюючи цю діяльність, зберігає за собою значну частину розподільчих функцій, які суттєво впливають на розвиток самої людини, ставлять особистість на вершину суспільного прогресу, розцінюють її як основу культурно-національного розвитку. За допомогою адміністративно-правових норм держава паралельно врегульовує інтереси підприємств, установ та організацій, а також забезпечує реалізацію прав та свобод усіх громадян. Саме адміністративно-правові норми створюють умови, за яких держава зможе забезпечити різноманітні ефективні форми взаємодії між ними, водночас у разі порушення норм права зможе визначити міру та види відповідальності.

У процесі здійснення адміністративно-правового впливу на економічну систему держава використовує низку методів і форм державного управління, доцільних із точки зору особливостей і специфіки цієї сфери. Ці методи поєднують у собі різноманітні прямі та непрямі регулятори, за допомогою яких ресурси зможуть зосередитися і вплинути на розвиток базових галузей, паралельно створивши умови, за яких відбудеться швидка окупність засобів, мобільність виробництва, а поряд із цим вдасться запобігти диспропорції та значно стимулювати попит на товари та послуги.

Найхарактернішими з них є:

– демонополізація економіки;

– утворення вільних економічних зон;

– створення промислово-фінансових груп;

– залучення інвестицій (інвестування економіки);

– роздержавлення власності (приватизація) [3].

За допомогою адміністративно-правового регулювання сфери економіки держава зможе забезпечити безпеку громадян від можливих несприятливих наслідків ведення господарської діяльності, а також здійснити захист прав споживачів від неправомірних дій комерційних організацій, створити стабільні макроекономічних процеси, що водночас сприятиме формуванню державних матеріальних резервів.

Для досягнення поставленої мети адміністративно-правового регулювання економікою потрібно виконати ряд завдань, які допоможуть в організації ринку, сприятимуть формуванню конкурентних ринкових відносин. Це допоможе досягнути таких політичних, економічних, а також фіскальних цілей, що будуть спрямовані на підтримку та забезпечення в країні ринкового порядку, а також відкоригує вдалий розподіл ресурсів, що значною мірою позитивно вплине на розвиток господарської структури та покращить структуру національного продукту.

Завдяки тому, що значно зросла роль держави у сфері економіки, а також її вплив на процеси суспільного виробництва, відбувся процес модифікації традиційних механізмів саморегулювання у сфері економіки, що посприяло різкому обмеженню дії та впливу стихійних ринкових сил. Державі вдалося забезпечити реалізацію багатьох регулюючих функцій, які суттєво вплинули на розвиток державного сектору економіки, а також значно покращили ринкову кон'юнктуру.

Економічна система держави стає значно ефективнішою, тому багато років держава втручалася в економіку, що посприяло виробленню відповідних методів та важелів. Завдяки адміністративно-правовому регулюванню держава має змогу зупинити та попередити численні руйнівні процеси, спрогнозувати небажані відхилення, які можуть перервати чи деформувати рух економічного циклу.

Нині роль політики адміністративно-правового регулювання в господарській системі є надзвичайно великою і має усталені форми. Свої функції держава реалізує шляхом адміністративно-правових норм, а ряд заходів сприяють покращенню управління національною економікою.

Ефективність адміністративно-правових норм неможлива без використання заходів примусового характеру, які допоможуть здійснити обмеження у провадженні таких форм господарювання, які будуть небажані з економічної та соціальної точки зору, а також сприятимуть у подоланні монополізму, запобігатимуть криміналізації та деформації економіки.

Виходячи із цього, можна вважати, що адміністративно-правове регулювання сферою економіки включає в себе частково соціально-економічний аналіз та розрахунки, дії організаційно-технічного характеру та інженерну практику, а також ряд комплексних методів, які впливають на керовані об'єкти.

Усі ці вказані фактори і визначають специфіку апарату впливу і формують елементи адміністративно-правового механізму управління економікою. До нього доцільно включити систему організаційно-правової структури, систему організаційно-правового методу, а також форми адміністративно-правового впливу, які будуть дієвими у цій сфері.

До організаційно-правових структур належать усі суб'єкти адміністративно-правового управління економікою, відповідно, організаційно-правовими методами та засобами будуть виступати такі засоби і прийоми, які суб'єкти управління використовуватимуть у процесі реалізації своїх повноважень, а саме форми і методи їхньої діяльності у сфері управління.

З вищевикладеного матеріалу можна зробити такі висновки:

Адміністративно-правове регулювання відносин у сфері економіки здійснюється за кількома основними напрямами:

1) Забезпечення стратегічних пріоритетів розвитку економіки: стимулювання розвитку окремих галузей і виробництв, сфер економічного розвитку; залучення іноземних інвестицій; ціноутворення тощо.

2) Впорядкування відносин власності шляхом визначення тих сфер економіки, які можуть становити об'єкт недержавної власності та механізм її набуття, наприклад, шляхом приватизації, а також антимонопольного регулювання (створення конкурентного середовища) та чітке закріплення статусу суб'єктів державної власності [4].

Висновки

Отже, основні функції та напрями забезпечення інтересів держави знаходять своє відображення та закріплення в адміністративно-правових нормах. У сфері економіки вони повинні спонукати до значно більшої правової свободи органів виконавчої влади, надавати можливість адміністраціям державних підприємств, установ та організацій детальніше описувати та регламентувати в адміністративно-правових актах правила поведінки таких суб'єктів, які не наділені владними повноваженнями. Із цією метою держава використовує дозвіл та зобов'язання як вид юридичного способу впливу, а надзвичайно рідко – заборони. У разі, якщо суб'єкти адміністративного права більшою мірою здійснюють виконавську діяльність з метою підкорення, а не розпорядчу, то держава в основному використовує такі юридичні способи впливу, як заборони, і старається мінімально використовувати дозвільні.

Список використаних джерел:

1. Битяк Ю. П. Адміністративне право України : підручник / Ю. П. Битяк. – К.: «Юрінком Інтер». 2005.

2. Копытов Ю. А. Административное право / Ю. А. Копытов. – М., 2013.

3. Колпаков В. К. Адміністративне право України : підручник / Колпаков В. К., Кузьменко О.В.. – К.: Юрінком Інтер, 2003.

4. Коломоєць Т. О. Адміністративне право України : підручник / Коломоєць Т. О. – Київ: «Істина», 2008.

Высокоразвитая рыночная экономика должна сочетать в себе принципы, которые присущи товарному производству, то есть свободное ценообразование, спрос и предложение, которые будут порождать конкуренцию; целенаправленную политику государственного регулирования экономических процессов. Единая система макроэкономического регулирования народного хозяйства образуется, когда государственное управление будет дополнять рыночные механизмы. В связи со стремительным развитием отношений собственности и совершенствованием организации общественного производства расширились сфера и направления политики административно-правового регулирования экономических и социальных процессов. Одной из приоритетных задач в сфере централизованного экономического управления является разрешение противоречий между частичной монополистической планомерностью и товарными отношениями, ведь они на сегодня являются основной формой экономических связей в обществе.

Ключевые слова: государственное управление экономикой, административно-правовое регулирование.

Highly developed market economy should combine the principles inherent in commodity production, ie free pricing, supply and demand, which will foster competition; deliberate policy of state regulation of economic processes. The only system of macroeconomic regulation of the economy is formed when governance will complement market mechanisms. Due to the rapid development of property relations and improving the organization of social production and expanded the scope of administrative policies and legal regulation of economic and social processes. One of the priorities in the area of centralized economic management is to resolve conflicts between partial monopoly sustainability and trade relations, as they are currently the main form of economic relations in society.

Key words: government economic management, administrative and legal regulation.

УДК 342.9

Аліна Чорна,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності
факультету № 6
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПІДПРИЄМНИЦЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ ЯК ОБ'ЄКТ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті досліджено підходи вчених до визначення понять «правове регулювання» та «адміністративно-правове регулювання». Наголошено, що підприємництво не може самостійно вирішувати складні регіональні проблеми, що виникають під впливом історичних, національних, демографічних та інших неринкових факторів. Для їх вирішення потрібне втручання держави, її відповідна регіональна політика.

Ключові слова: підприємницька діяльність, правове регулювання, адміністративно-правове регулювання.

Постановка проблеми. На даному етапі становлення та розвитку ринкової системи господарювання в Україні особливого значення набуває формування та розвиток підприємницької діяльності, оскільки саме підприємництво є двигуном економічного і соціального розвитку суспільства. Підприємницька діяльність дає стимул до високої продуктивності праці, отримання прибутку і зрештою кращого задоволення суспільних потреб. Розвиток підприємництва визначається станом і рівнем ринкових відносин і, насамперед, наявністю необхідних умов для свободи приватного сектора в економіці. Таким чином, підприємницька діяльність стає невід'ємним атрибутом ринкового господарства.

З економічної точки зору підприємницька діяльність сприяє залученню великих грошових коштів у різні галузі народного господарства, що сприяє розвитку національної економіки в цілому. Активні учасники підприємницької діяльності є найбільшими й основними платниками податків. Не можна не відзначити й соціальний ефект підприємництва, оскільки широка мережа малих і середніх підприємств сприяє створенню чисельних робочих місць. Погоджуємося з думкою відомого американського економіста П. Друкера: «Підприємництво в суспільстві так само необхідні, як і в економіці; в установах сфери обслуговування – так само, як на промислових підприємствах. Підприємницька діяльність не плануються, а орієнтуються на певну сприятливу можливість або певну потребу [1]. Саме тому від ефективного правового регулювання підприємницької діяльності значною мірою залежить благополуччя країни в цілому.

Стан дослідження. Дослідженню проблематики правового регулювання підприємницької діяльності приділялась увага у наукових роботах таких учених: Н. В. Воротіна, Н. О. Саніахметова, З. С. Варналі, В. М. Селиванова, Ю. П. Битяка, С. С. Вітвіцького, О. П. Віхрова, В. М. Гаращука, А. Є. Григоренко, Н. І. Дяченко, С. Т. Кадькаленко та інших. Проте більш глибокого та детального дослідження потребує дослідження підприємницької діяльності як об'єкта адміністративно-правового регулювання.

Мета статті – дослідити стан адміністративно-правового регулювання підприємницької діяльності в Україні.

Виклад основного матеріалу. У ринковій економіці функції держави та підприємницької діяльності розмежовані. У сфері державного регулювання перебувають загальні умови відтворення, економічне середовище діяльності підприємств, але аж ніяк не сама ця діяльність. Новітня світова історія не знає жодного прикладу високорозвинутої економіки без ринку, без підприємництва. Разом із тим немає і не може бути ефективної ринкової економіки без активної регулюючої ролі держави. Головне завдання держави – всебічне стимулювання активності у сфері виробництва, створення сприятливих умов для підприємництва, а також забезпечення зайнятості населення, соціальна опіка найбільш вразливих верств суспільства, тобто забезпечити своїм громадянам гідний рівень життя [2]. Тому роль держави в економічному житті суспільства сьогодні значно посилюється. Це виявляється у розробленні системи нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання ринку, підприємницької діяльності, митних правил, банківської діяльності, цін і заробітної плати, соціального захисту населення. Таким чином, значна роль у регулюванні підприємницької діяльності належить саме правовому регулюванню, оскільки підприємництво є сферою взаємодії держави з ринком.

Правове регулювання підприємницької діяльності, перш за все, здійснюється в цілях забезпечення необхідних зовнішніх умов для її здійснення [3, ст. 15] Так, наприклад, В. М. Сирих зазначає, що регулювання – це «діяльність держави і суспільства, яка здійснюється у процесі підготовки і прийняття норм права, їх реалізації у конкретних відносинах і застосування державного примусу до правопорушників з метою досягнення стабільного правопорядку у суспільстві» [4, с. 133; 5]. Заслуговує на увагу і думка В. М. Корельського і В. Д. Перевалова,

© А. Чорна, 2017

що правове регулювання – це цілеспрямований вплив на поведінку людей і суспільних відносин за допомогою правових (юридичних) засобів [6, с. 257]. Для більш повного та якісного розуміння поняття «правове регулювання» необхідно визначити його ознаки. Так деякі автори виділяють такі ознаки правового регулювання: є різновидом соціального регулювання; здійснюється громадянським суспільством або державою; має нормативно-результативний характер – здійснюється за допомогою цілісної системи правових засобів, що забезпечують втілення в життя норм права для досягнення необхідної мети (результату); має організаційний характер – за допомогою правового регулювання відносини між суб'єктами набувають певної правової форми (в нормах права закріплюється міра можливої або належної поведінки); має цілеспрямований характер – спрямоване на задоволення прав, свобод, законних інтересів суб'єктів права; має конкретний характер – завжди пов'язане з реальними (конкретними) відносинами [6, с. 271]. Зауважимо, що велике значення у регулюванні підприємницької діяльності має адміністративно-правове регулювання.

Переходячи до розгляду адміністративно-правового регулювання та враховуючи предмет і методи галузі адміністративного права, відзначимо, що адміністративно-правове регулювання є спеціально-юридичним механізмом впливу адміністративного права на поведінку і діяльність його суб'єктів та об'єктів. Унаслідок адміністративно-правової регламентації формується юридична основа, визначаються зафіксовані в правових велінням орієнтири для організації діяльності учасників адміністративно-правових відносин на досягнення фактичних завдань адміністративного права [7, с. 113-114]. До сфери адміністративно-правового регулювання входять відносини, які відображають: індивідуальні публічні потреби фізичних і юридичних осіб; третіх осіб, права та свободи яких порушуються першими; загальний публічний інтерес держави й Українського народу в цілому; які реалізують імперативно-владну компетенцію публічної адміністрації та взаємні публічні інтереси всіх невладних учасників адміністративно-правих відносин, кожний з яких має йти на певний утиск своїх інтересів задля задоволення інтересів іншого; які потребують дотримання певних установлених державою в адміністративно-правових нормах правил [7, с. 115]. Існує й інша думка: так, В. К. Шкарупа відзначає, що адміністративно-правове регулювання – це цілеспрямований вплив норм адміністративного права на суспільні відносини з метою забезпечення за допомогою адміністративно-правових засобів прав, свобод і законних інтересів фізичних та юридичних осіб, нормального функціонування громадянського суспільства і держави За допомогою адміністративно-правового регулювання відносини між суб'єктами адміністративного права набувають певної правової форми [8, с. 323]. У свою чергу О. П. Рябченко стверджує, що адміністративно-правове регулювання – це діяльність, яка складається із послідовно змінюючих одне одного в певному порядку дій. Регулювання здійснюється за певною процедурою, яка також розглядається як форма щодо змісту цієї діяльності. Тому існують процесуальні форми регулювання. Від того, наскільки чіткою є процедура і наскільки точно її дотримуються, здебільшого залежить зміст рішень, прийнятих органами адміністративно-правового регулювання [9; 10]. Але ми вважаємо, що найбільш точне визначення адміністративно-правового регулювання надає П. М. Павлика. Автор вважає, що адміністративно-правове регулювання – це особливий вид правового регулювання, специфічність якого визначається об'єктом впливу, тобто відносинами, що регулюються адміністративним правом, зумовлені особливостями його норм. Особливістю адміністративного права, на відміну від інших галузей права, є те, що воно часто регулює порядок застосування норм інших галузей права, зокрема конституційного права [11, с. 92]. Таким чином, адміністративно-правове регулювання підприємницької діяльності – це сукупність правових засобів, а також процесів і станів, які настають у вольових суспільних відносинах, що стосуються підприємницької діяльності, в результаті впливу на них адміністративно-правових норм.

Як і будь-який інший вид правового регулювання, адміністративно-правове регулювання також має свої об'єкти, на які спрямовано цей регулюючий вплив. У філософському трактуванні «об'єкт» – це те, що існує поза нами і незалежно від нашої свідомості. Сучасний словник іншомовних слів дає нам більш конкретне поняття об'єкта (лат. objectum – «предмет») – як предмета, явища, на яке спрямована певна діяльність людини [12, с. 464]. Також об'єкт – це те, на що спрямована пізнавальна діяльність дослідника. Об'єкт права теж пізнається, але на відміну від об'єкта філософського він сам може призводити до відповідних змін в оточуючому, об'єктивному світі. На відміну від об'єкта у філософії, об'єкт права виконує мобільну, активну роль [13]. Об'єктом адміністративно-правових відносин є поведінка учасників управлінських відносин (дії, утримання від дій). Адміністративне право має велику кількість об'єктів, до яких також належить і підприємницька діяльність.

Що ж стосується регулювання підприємництва, то зауважимо, що процес адміністративно-правового регулювання підприємництва в історії незалежної України був започаткований із прийняттям перших, так званих «підприємницьких» законів: «Про підприємництво», «Про власність», «Про підприємства в Україні», які вже втратили чинність, в Україні остаточно було оголошено перехід до нового соціально-економічного курсу ринкових перетворень, де підприємцям відводилася почесна та видатна роль [8].

Під адміністративно-правовим регулюванням слід розуміти один із видів регулюючого впливу на суспільні відносини у сфері підприємницької діяльності, що здійснюється уповноваженими органами публічної адміністрації за допомогою багатоманітного, норма-

тивно закріпленого інструментарію – методів та засобів. Вона фактично означає відмову від командних методів вирішення господарських завдань. Ці методи здатні забезпечити тільки тимчасовий комерційний успіх, який потім перекривається значними економічними витратами. Тому держава через систему законодавства, фінансово-кредитні важелі може лише здійснювати економічне регулювання підприємницької діяльності, але не втручатись у неї. Отже, адміністративно-правове регулювання повинне бути спрямоване, перш за все, на створення сприятливих зовнішніх умов для здійснення підприємницької діяльності. Завдання державних органів полягає у встановленні загальних для всіх учасників підприємницької діяльності умов з метою забезпечення її суспільної ефективності та в нагляді за дотриманням цього режиму.

Важливу роль в адміністративно-правовому регулюванні підприємницької діяльності відіграють такі засоби регулювання, як: державна реєстрація, державне замовлення, стандартизація та сертифікація ліцензування, квотування та ін. Метою державної реєстрації підприємництва є облік, накопичення і контроль відомостей про суб'єктів підприємницької діяльності. Державна реєстрація підприємництва – це засвідчення фактів створення або припинення юридичної особи, засвідчення факту набуття або позбавлення статусу підприємця фізичної особи, а також вчинення інших реєстраційних дій шляхом внесення відповідних записів до Єдиного державного реєстру [14]. Державна реєстрація є обов'язковою передумовою початку здійснення господарської діяльності. Відсутність державної реєстрації викликає притягнення відповідних посадових осіб до адміністративної (ст. 164 Кодексу про адміністративні правопорушення [15, ст. 164]) та в певних випадках до кримінальної (ст. 201 Кримінального кодексу [16]) відповідальності. Державне замовлення – це узаконений доступ компаній до заздалегідь сплачених за рахунок бюджету результатів досягнень науки і техніки на тих напрямах, де приватні фірми боятся вкладати свої засоби, із задоволенням перекладаючи відповідальність на плечі платників податків [17, с. 207]. Стандартизація та сертифікація – це необхідні заходи, які пов'язані з встановленням мінімальних вимог до певних небезпечних засобів. Стандартизація – діяльність, що полягає в установленні положень для загального та неодноразового використання щодо наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері [18]. У свою чергу сертифікація – діяльність уповноважених органів із підтвердження відповідності товару (роботи, послуги) обов'язковим вимогам стандарту і видачі документа відповідності [19]. Зауважимо, що застосування окремих видів засобів державного регулювання, а саме умови, обсяги, господарської діяльності, визначаються Господарським Кодексом, Законами України, а також програмами економічного і соціального розвитку. Встановлення та скасування пільг і переваг у господарській діяльності здійснюються відповідно до вищевказаного кодексу та інших законів.

Важливу роль в адміністративно-правовому регулюванні підприємництва відіграє ліцензування підприємницької діяльності. У Законі України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» відзначено, що ліцензування – видача, переоформлення та анулювання ліцензій, видача дублікатів ліцензій, ведення ліцензійних справ та ліцензійних реєстрів, контроль за додержанням ліцензіатами ліцензійних умов, видача розпоряджень про усунення порушень ліцензійних умов, а також розпоряджень про усунення порушень законодавства у сфері ліцензування [20, ст. 1]. Ліцензія – документ державного зразка, який засвідчує право ліцензіата на провадження зазначеного в ньому виду господарської діяльності протягом визначеного строку у разі його встановлення Кабінетом Міністрів України за умови виконання ліцензійних умов [20]. Протягом усього строку дії ліцензії суб'єкт підприємництва зобов'язаний дотримуватися ліцензійних умов здійснення певного виду підприємницької діяльності. Ліцензійні умови є нормативно-правовим актом, положення якого встановлюють кваліфікаційні, організаційні, технологічні та інші вимоги для провадження певного виду підприємницької діяльності. Головним завданням ліцензування є захист економічних та інших інтересів держави, її громадян шляхом встановлення з боку держави певних умов і правил здійснення окремих видів підприємницької діяльності [20].

Підприємницька діяльність може регулюватись нормативно-правовими актами шляхом певних обмежень, а саме шляхом здійснення Квотування підприємницької діяльності на підставі ст. 14 Господарського кодексу Господарського кодексу України та інших актів законодавства, зокрема Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 року. Під квотуванням розуміється встановлення граничних обсягів (квот) виробництва чи обігу певних товарів і послуг [21]. Порядок квотування виробництва та (або) обігу, а також розподілу квот встановлюється Кабінетом Міністрів України відповідно до закону. Нині квотування як спеціальна умова здійснення підприємництва застосовується у зовнішньоекономічній діяльності. Відповідно до ст. 16 Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність» в Україні може запроваджуватися режим квотування експорту та імпорту. Квотування експорту та імпорту запроваджуються Україною самостійно в особі її державних органів у випадках, передбачених законом [21].

Таким чином, адміністративно-правове регулювання підприємницької діяльності опосередковується чотирма основними напрямами, яким відповідають відповідні правові блоки [22, с. 128]. Перший блок регулює легалізацію діяльності підприємців, які відкривають власний бізнес, та управління відокремленим

майном, організацію роботи (у разі, якщо вони мають працівників). Другий блок регулює так звані «вертикальні» відносин між суб'єктами підприємницької діяльності з одного боку, органами публічної влади – з іншого [23, с. 128]. Третій блок опосередковує відносини «по діагоналі» між підприємцем з банками та іншими кредитними установами щодо залучення додаткових коштів. Четвертий блок регулює відносини підприємців з іншими учасниками господарських відносин, тобто «горизонтальні» відносини зі своїми партнерами по економічній діяльності, зокрема постачальниками, клієнтами, споживачами, перевізниками тощо [22, с. 129].

Висновок

Отже, адміністративно-правове регулювання підприємницької діяльності має велике значення для держави. Адже підприємництво, як і ринкова економіка, не має природженого імунітету проти монополізму, інфляції та спадів ділової активності. Якщо держава залишається байдужою, ці процеси починають прогресувати, завдаючи чималих економічних і соціальних збитків. Підприємництво також не може самостійно вирішувати складні регіональні проблеми, що виникають під впливом історичних, національних, демографічних та інших неринкових факторів. Для їх вирішення потрібне втручання держави, її відповідна регіональна політика.

Таким чином, без втручання держави, без державного регулювання підприємництво ніколи не зможе зробити виробництво економічно безпечним, гарантувати реалізацію соціально-економічних прав людини, вирівняти структурні та регіональні диспропорції та ін. Незважаючи на досить розгалужену структуру, система заходів державного регулювання підприємницької діяльності має переважно обмежений та декларативний характер. Зокрема, реалізація різних програм державної підтримки в цьому напрямі не спирається на реальні механізми, а обмежується вирішенням окремих поточних завдань. Немає стратегії розвитку підприємництва, що знижує дієвість багатьох нормативних актів.

Список використаних джерел:

1. Грищенко М.Ф. Предпринимательская деятельность : учебное пособие : в 2-х ч. / Грищенко М.Ф., Дудич З.З., Ивуть Р.Б., Прохоренко И.Д., Темичев А.М. [и др.]. – Мн.: БГПА, 1995. – Часть 1. Организационные основы. – 228 с

2. Основы предпринимательства : учебное пособие / [Э.М. Гайнутдинов, Р.Б. Ивуть, Л.И. Поддергина и др.]; под общ. ред. Э.М. Гайнутдинова. – Мн.: Выш. шк., 2000. – 182 с

3. Про підприємництво : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3505-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/T063502.html

4. Теория государства и права : учебник / под. ред. В.К. Бабаева. – М.: Юрист, 2002. – 259 с.

5. Подорожній Є.Ю. Правове регулювання конкурентоспроможності працівників органів внутрішніх справ України : дис. канд.. юрид. наук : спец. 12.00.05 «Трудове право; право соціального забезпечення» / Є.Ю. Подорожній ; Східноукраїнський національний університет імені Володимира Даля. – Луганськ, 2010.

6. Теория государства и права / под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. – М.: НОРМА-ИНФРА, 1988. – 570 с.

7. Теорія держави і права : навчальний посібник / авт.-упоряд. В. В. Галунько, Г. О. Пономаренко, В. К. Шкарупа ; за заг. ред. В.К.Шкарупи. – Херсон: ХЮІ ХНУВС, 2007. – С. 280.

8. Адміністративне право України : підручник : у 2-х т. / В.В. Галунько, В.І. Олефір, Ю.В. Гридасов, А.А. Іванищук, С.О. Короєд. – Херсон: ХМД,2013. – Т.1 Загальне адміністративне право. Академічний курс. – 396 с.

9. Рябченко О. Зміст державного регулювання господарської діяльності / О. Рябченко // Право України. – 2006. – № 1. – С. 81–84.

10. Минюк О. Ю. Адміністративно-правове регулювання біржової діяльності в Україні в період 1703–1990 рр. / О. Ю. Минюк // Митна справа. – 2009. – № 2. – С. 87–92.

11. Адміністративно-правове забезпечення прав і свобод людини і громадянина / за ред. : І. О. Ієрусалімова, І. О. Ієрусалімової, П. М. Павлика, Ж. В. Удовенко. – К. : Знання, 2007. – 223 с.

12. Юридична енциклопедія. – К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2001. – Т. 3. – 792 с.

13. Завальна Ж. Об'єкт цивільних правовідносин / Ж. Завальна // Юридична Україна. – № 7. – С. 36–39.

14. Красовська А. Державна реєстрація як умова реалізації права на підприємництво в Україні / А. Красовська // Підприємництво, господарство та право. – 2002. – № 7. – С. 62.

15. Кодекс України про адміністративні правопорушення зі змінами та доповненнями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://qdpro.com.ua/document/12062

16. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року / Верховна Рада України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2341-14

17. Федорович В.А. США: Федеральная контрактная система и экономика: Механизм регулирования / В.А. Федорович, А.П. Патрон, В.П. Заварухин; Ин-т США и Канады. – М.: Наука, 2002. – 926 с.

18. Про стандартизацію : Закон України від 05.06.2014 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2406-14

19. Про ліцензування певних видів господарської діяльності : Закон України від 01.06.2000 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1775-14/conv

20. Про зовнішньоекономічну діяльність : Закон України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/959-12

21. Ямкова І.М. Адміністративно-правове регулювання підприємницької діяльності в Україні / І.М. Ямкова // матеріали конференції (м. Донецьк, 25-26 жовтня 2013 р.). – С. 127–130.

22. Козлов Ю. М. Административное право : учебник для студ. вузов, обуч. по специальности «Юриспруденция» / Ю. М. Козлов, Д. М. Овсянко, Л. Л. Попов; под ред. Л. Л. Попова. – М.: Юрист, 2002. – 697 с.

В статье исследованы взгляды юристов на понятия «правовое регулирование» и «административно-правовое регулирование». Отмечено, что предпринимательство не может самостоятельно решать сложные региональные проблемы, возникающие под влиянием исторических, национальных, демографических и других нерыночных факторов. Для их решения необходимо вмешательство государства, его соответствующая региональная политика.

Ключевые слова: предпринимательская деятельность, правовое регулирование, административно-правовое регулирование.

The article on monographic study levels vision of lawyers term „regulation" and „administrative regulation". Emphasized that business alone can not solve complex regional problems arising under the influence of historical, national, demographic and other non-market factors. For their solution requires state intervention on its regional policy.

Key words: entrepreneurship, regulation, administrative regulation.

УДК 342.95

Юлія Шишка,

аспірант
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ДО ПИТАННЯ ПРО ОБ'ЄКТИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ У СФЕРІ РЕКЛАМНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

Стаття присвячена аналізу об'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет. Автор доводить, що об'єктами адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет є Інтернет-реклама, її види, а також рекламна діяльність у мережі Інтернет. Запропоновано авторські дефініції понять «Інтернет-реклама», «рекламна діяльність у мережі Інтернет», наводиться класифікація Інтернет-реклами.

Ключові слова: Інтернет-реклама, рекламна діяльність у мережі Інтернет, види інтернет-реклами.

Постановка проблеми. Аналіз питань, пов'язаних із регулюванням рекламної діяльності в мережі Інтернет сприятиме вдосконаленню законодавства, юридичної практики та більш ефективному захисту прав рекламодавців, розповсюджувачів, споживачів реклами. Також дослідження правового регулювання рекламної діяльності в мережі Інтернет уможливить створення нових напрямів цивільного, господарського, адміністративного та інформаційного права, розв'язуватимуться питання пошуку й притягнення до відповідальності порушників законодавства про рекламу в мережі Інтернет, що сприятиме якісним змінам у правовій культурі та захисту законних прав, інтересів підприємців та споживачів реклами.

Проблематика адміністративно-правового регулювання рекламної діяльності в мережі Інтернет у вітчизняній науці є недостатньо дослідженою. Окремі розвідки в цій сфері стосувалися насамперед сутності реклами та поширення інформації в мережі Інтернет. Серед науковців, які аналізували такі питання, були: Р. В. Вакман, А. Ю. Головін, А. В. Гринько-Гузевська, Т. М. Гринько, Н. М. Грицюта, Ю. І. Зоріна, І. В. Карташев, Д. А. Ківелюк, О. О. Кіпа, З. В. Кузнєцова, В. П. Мазуренко, О. А. Мамонова, Л. В. Мамчур, А. В. Минбалєєв та інші. Однак питання про об'єкти адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет залишається малодослідженим.

Метою цієї статті є аналіз об'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет, визначення їх поняття та ознак.

Об'єктами адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет є Інтернет-реклама, її види, а також рекламна діяльність у мережі Інтернет. Розглянемо детальніше сутнісні характеристики наведених благ.

Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про рекламу», реклама – це інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформувати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи чи товару [1]. Визначення поняття онлайн-реклами, або реклами в Інтернеті, законодавство України не наводить. Ми не вбачаємо потреби у наданні відповідної дефініції на законодавчому рівні. Як слушно зазначає А. М. Мірошниченко, навряд чи можна довести, що якийсь термін може визначатися лише певним чином. Розглядаючи застосування певної термінології, можна визначити більш чи менш усталене застосування певного терміна в певному контексті у певний період (адже цілком можливо, що в інший період розуміння того самого терміна буде іншим) [8, с. 17]. Обсяг поняття «Інтернет-реклама» швидко змінюється. Цілком можливо, що інформація, яку сьогодні ми відносимо до Інтернет-реклами, вже завтра до неї не належатиме, або належатиме не лише до неї.

Водночас аналіз судової практики щодо адміністративного регулювання Інтернет-реклами показує, що під час розгляду справ виникає питання, чи була відповідна інформація рекламною, чи ні.

Так, у справі № 2а-407/10/2670 від 23 березня 2010 року, що розглядалася Окружним Адміністративним судом міста Києва, досліджувався факт стосовно розповсюдження в мережі Інтернет реклами послуг працевлаштування в Греції та Сполучених Штатах Америки без передбаченої законом ліцензії. Суд не погодився з доводами відповідача, що розміщувана інформація була не рекламою, а намаганням вивчити ринок і попит [11].

Натомість Севастопольський Апеляційний Адміністративний суд 26 лютого 2013 року під час розгляду справи № 2а-12741/12/0170/1 дійшов хибного, на нашу думку, висновку про те, що розміщення інформації на сайті «www.medoffgold.com.ua|index.php» була не рекламою, а маркетинговою послугою [9]. Позиція суду в аналізованій справі є нелогічною, адже, як зазначається в енциклопедичній літе-

© Ю. Шишка, 2017

ратурі, реклама є однією з перших та основних форм маркетингу [4].

Незважаючи на прецеденти неправильного співвіднесення поняття «реклама» із суміжними категоріями, видається, що закріплення в законодавстві поняття «Інтернет-реклама» у запобіганні таким ситуаціям не допоможе. Водночас можливим є виникнення колізій між нормами, які визначатимуть поняття «реклама» та «Інтернет-реклама».

Оскільки Інтернет-реклама становить особливий різновид інформації, їй притаманні всі ознаки останньої. Поділяємо позицію А. В. Минбалєєва, що до загальних особливостей інформації взагалі й реклами зокрема можна віднести такі ознаки.

1. Реклама є «ідеальним» об'єктом буття, благом нематеріальним, що не зводиться до тих фізичних об'єктів, які виступають її носіями.

2. Реклама – це благо неспоживне, яке підлягає лише моральному, але не фізичному старінню; не втрачає, як правило, своїх властивостей у процесі обороту.

3. Невичерпність рекламної інформації полягає в можливості використання її необмежену кількість разів із необмеженою кількістю суб'єктів із різних місць в один і той же час.

4. Рекламна інформація фізично невід'ємна від її власника й залишається в нього після передачі її іншому суб'єкту [6, с. 36].

Сутність реклами як різновиду інформації зумовлює специфіку її правового регулювання, а саме:

– неможливість застосування до правовідносин у сфері реклами такого засобу примусу, як відчуження речі;

– низька ефективність вилучення матеріальних носіїв реклами як засобу впливу на порушників законодавства про рекламу;

– якість реклами може регулюватися лише вимогами до її змісту та до її розповсюдження;

– неможливість застосування категорій «строк придатності» та «гарантійний термін» під час здійснення правового регулювання діяльності, пов'язаної з рекламою.

Оскільки реклама є інформацією, що поширюється на невизначене коло осіб, її варто вважати масовою інформацією. Згідно із Законом України (далі – ЗУ) «Про інформацію» під масовою інформацією розуміється публічно поширювана друкована й аудіовізуальна інформація [2]. Поняття «масова інформація» тісно пов'язане з поняттям «оприлюднення», тобто доведення цієї інформації до невизначеного кола осіб. Масовою є інформація, що оприлюднена чи призначена для оприлюднення. Щодо реклами поняття «оприлюднення» в законодавстві було замінено на поняття «розповсюдження». Більше того, рекламою не може вважатися інформація, що була призначена для розповсюдження, але розповсюджена не була. Зазначене є важливим у контексті відповідальності осіб за створення рекламних повідомлень, які не були поширені. Адже якщо не відбулося розповсюдження таких повідомлень, то не можна притягувати осіб до відповідальності за порушення рекламного законодавства.

Зупинимося детальніше на визначенні специфічних ознак Інтернет-реклами. На нашу думку, її особливістю є відповідний засіб її поширення та місце розміщення – Інтернет. Тому поняття «Інтернет-реклама», «онлайн-реклама», «реклама в Інтернеті» та «реклама в мережі Інтернет» ми вважаємо синонімічними.

Звертаємо увагу на те, що однією з особливостей Інтернет-реклами є те, що вона переважно є інтерактивною, тобто містить у собі гіперпосилання на веб-сайт рекламодавця. Водночас можливість заробітку в Інтернеті через збільшення кількості відвідувачів Інтернет-сайтів вплинула на мету розміщення Інтернет-реклами. Численними стали випадки розміщення інформації не з метою викликання інтересу до рекламованих особи чи товару, а задля спонукання особи клікнути на гіперпосилання й перейти на сайт рекламодавця. Прикладом такого оголошення може бути такий текст, а саме: «Паразити підуть за 2 дні. Читати далі→»

З огляду на викладені ознаки Інтернет-реклами можна дати її визначення. Інтернет-реклама – це інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі за допомогою електронних каналів зв'язку в мережі Інтернет і призначена для того, або сформувати/підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес до таких особи чи товару або спонукати Інтернет-користувачів перейти через гіперпосилання на сайт рекламодавця.

У контексті дослідження об'єктів адміністративно-правового регулювання у сфері рекламної діяльності в мережі Інтернет доцільно зупинитися на характеристиці видів Інтернет-реклами. Оскільки поняття Інтернет-реклами складне й багатоаспектне, то, на нашу думку, її класифікація має бути розгалуженою.

За спрямованістю на отримання прибутку можна виділяти такі види Інтернет-реклами, як комерційна та некомерційна. Під комерційною рекламою доцільно розуміти таку, що створюється та поширюється з метою одержання прибутку. Відповідно, некомерційна реклама цієї мети не передбачає. Некомерційна реклама може додатково поділятися на підвиди – соціальну, політичну рекламу тощо, кожен із яких переважно має свої специфічні особливості.

За способом донесення інформації Інтернет-реклама поділяється на відеорекламу, текстову рекламу, звукову рекламу, графічну рекламу, інтерактивну рекламу та комбіновану рекламу. Класифікація за критерієм способу донесення інформації до споживача реклами є найбільш динамічною. Завдяки зусиллям маркетологів щороку з'являються нові способи донесення рекламної інформації до споживача.

За критерієм сконцентрованості доцільно розрізняти онлайн-рекламу, що розповсюджується за допомогою електронної пошти, пошукових систем, електронних дощок оголошень, соціальних мереж, інформаційних веб-сайтів тощо.

За способом подачі рекламної інформації онлайн-реклама може бути відкритою або прихованою. Відкрита реклама характеризується тим, що, сприймаючи інформацію, можна зро-

зуміти, що відповідне повідомлення є рекламним. Прихована реклама законодавством України забороняються. Відповідно до ст. 1 ЗУ «Про рекламу», прихована реклама – це інформація про особу чи товар у програмі, передачі, публікації, якщо така інформація підпорядкована рекламним цілям і може вводити в оману осіб щодо дійсної мети таких програм, передач, публікацій [1].

За критерієм сконцентрованості на всіх чи окремих групах населення варто розрізняти масову та селективну рекламу. Масова реклама спрямована на донесення відомостей до всіх без винятку Інтернет-користувачів. Цей вид реклами на ринку переважає. На противагу йому існує більш ефективна, але набагато складніша щодо організації рекламної діяльності – селективна реклама. Вона орієнтована на обмежене коло споживачів реклами. Вдалим прикладом селективної реклами є реклама косметичних засобів, що розміщується на «жіночих» сайтах.

За форматом представлення рекламної інформації доцільно виділяти розсилки, відеорекламу, медіа (банерну) рекламу, спливаючі вікна та текстову рекламу (статті).

Банерна реклама – це невеликі графічні елементи, що розташовані на веб-сайтах. Вони можуть бути текстовими, графічними чи анімаційними і виконують роль гіперпосилання на сайт. Банерна реклама традиційно лідирує в структурі Інтернет-реклами за обсягом бюджету. Так, за даними Інтернет Асоціації України, у 2014 році на її долю припадало 49 % ринку [9].

Під поняттям «розсилки» розуміється та реклама, що поширюється за допомогою електронної пошти. Різновидом розсилок є спам.

Як прийнято вважати, спам – це масове розсилання (на електронну пошту, у вигляді повідомлень на форумах, у чатах, соціальних мережах і т.д.) комерційної, політичної та іншої реклами. За Л. А. Микитенко, серед основних ознак спаму можна виділити такі:

1. Незапрошуваність повідомлення споживачем: одержувачі не виявляли бажання отримувати інформацію випадкового змісту від невідомих осіб.

2. Безадресність розсилання: розповсюджувачі спаму не знають, хто саме стане його одержувачем.

3. Масовість розсилання: спам розсилається величезними «тиражами», досягаючи іноді десятків мільйонів копій [5, с. 149].

Відеореклама – це інформація, що транслюється споживачам реклами за допомогою відеороликів. Тривалість таких роликів часто не перевищує однієї хвилини.

Статті (текстова реклама) – рекламне текстове оголошення, яке інтегроване в загальний текст на веб-сторінці й виглядає як її складник. Користувачі пошукової системи зазвичай свідомо ігнорують графічні банери, але виявляють інтерес до тексту. Ця реклама вважається більш ефективною, ніж банерна.

Маркетологи визнають одним із найефективніших різновидів онлайн-реклами «спливаючі вікна». Вони з'являються на сайті, незалежно від дій користувача, часто перекривають іншу інформацію. Зазвичай вони дратують споживачів, однак привертають їхню увагу.

Види Інтернет-реклами мають різний ступінь залежності від волевиявлення споживача реклами. Найбільш «залежним» у цьому сенсі є спам, адже в Інтернет-користувачів є можливість видалити відповідний лист не читаючи.

Контексна реклама дає змогу здійснювати розміщення рекламної інформації про продукт або послугу на відповідній Інтернет-сторінці, орієнтуючись на зміст такої сторінки. Найпоширенішим різновидом контекстної реклами є пошукова реклама. Цей тип реклами застосовується в пошукових системах під час показу результатів пошуку. Коли користувач вводить у поле пошуку одне або декілька слів, система виводить перелік Інтернет-сторінок, які найповніше відповідають змісту пошукового запиту. Найбільш релевантні результати пошуку розміщуються на початку [7, с. 30]. Тобто споживачі прямо впливають на показ контекстної реклами.

У свою чергу, найменше від волевиявлення споживача залежить медіа (банерна) реклама, адже навіть якщо в Інтернет-користувача є можливість відмовитися від перегляду відповідного рекламного повідомлення, то ця можливість потребує від нього активних дій (клікнути на «хрестик», натиснути лінк «пропустити рекламу» тощо).

За територією поширення доцільно розрізняти локальну, регіональну, загальнонаціональну, міжнародну та глобальну рекламу. Локальна транслюється лише користувачам реклами, що пов'язані з певною територією. Це, наприклад, реклама футболок з логотипом Київського національного університету імені Тараса Шевченка, яка транслюється в соціальній мережі тільки на сторінках тих осіб, що є студентами відповідного вишу. Регіональна реклама спрямована на Інтернет-користувачів певного регіону. Зазвичай цю рекламу бачать лише жителі однієї або декількох областей. Загальнонаціональна реклама транслюється всім споживачам, які територіально знаходяться в межах однієї країни. Близька до неї міжнародна реклама, яку можуть сприймати споживачі з двох або більше країн. Глобальна реклама транслюється Інтернет-користувачам по всій земній кулі, незалежно від їх місцезнаходження.

Можна здійснювати поділ онлайн-реклами на законну та незаконну. Законною є онлайн-реклама, яка повністю відповідає всім нормативним вимогам чинного законодавства. Незаконна онлайн-реклама, відповідно, порушує нормативні приписи.

Окремим об'єктом адміністративно-правового регулювання рекламної діяльності в мережі Інтернет є рекламна діяльність. ЗУ «Про рекламу» визначає основні засади рекламної діяльності, проте не містить дефініції цього поняття. За Л. А. Микитенко, відсутність визначення рекламної діяльності у вітчизняних нормативних актах зумовлена поєднанням двох різних понять – «реклама» та «рекламна діяльність» – у єдине ціле. Це є помилковим, адже рекламна інформація є продуктом рекламної діяльності [5, с. 21].

Практичної доцільності в закріпленні визначення поняття «рекламна діяльність» у вітчизняному законодавстві ми не вбачаємо. Адже законодавство України не встановлює специфічних вимог щодо зайняття рекламною діяльністю, натомість норми законодавства про рекламу стосуються, насамперед, виробництва і розповсюдження реклами. Тож видається, що закріплене визначення поняття «реклама» достатньою мірою виконує необхідну регулятивну функцію.

Слово «діяльність» означає процес. Згідно з тлумачним словником, «діяльність» – є застосуванням своєї праці до чого-небудь. Тобто рекламна діяльність – це процес застосування своєї праці до реклами. Таким чином, поняття «рекламна діяльність у мережі Інтернет» потрібно розуміти як здійснюваний у мережі Інтернет процес застосування своєї праці до інформації про особу чи товар, призначеної сформувати або підтримати обізнаність Інтернет-користувачів та їхній інтерес щодо таких особи чи товару.

ЗУ «Про рекламу» визначає щонайменше трьох активних суб'єктів, які впливають на здійснення рекламної діяльності, – рекламодавця, виробника та розповсюджувача реклами. Вище вони були названі «активними», адже для виконання своєї ролі мають здійснювати активні дії, а саме: виробляти рекламу, подавати або поширювати її. На противагу їм існують також «пасивні» суб'єкти – споживачі. Набуття цього статусу не залежить від волевиявлення, часто навіть відбувається всупереч йому. Стати рекламодавцем, виробником реклами або розповсюджувачем реклами всупереч своїй волі неможливо, а бути споживачем реклами – цілком реально.

Обов'язковою ознакою рекламної діяльності в мережі Інтернет є специфічне місце (а не лише засіб) здійснення цієї діяльності – мережа Інтернет. Тож вважаємо, що під рекламною діяльністю в мережі Інтернет потрібно розуміти процес поширення (розповсюдження, донесення до споживачів) рекламної інформації в мережі Інтернет. Факт використання мережі Інтернет під час створення реклами або передання реклами рекламодавцем розповсюджувачу реклами за допомогою мережі Інтернет не означає здійснення рекламної діяльності в мережі Інтернет.

З. В. Кузнєцова класифікує рекламну діяльність на основі низки критеріїв. На думку вченої, за ступенем новизни, присутності творчого елемента рекламна діяльність (залежно від її змісту та використовуваних рекламних засобів) може бути інноваційною (новаторською), імітаційною або традиціоналістською. З погляду суспільного блага рекламна діяльність може носити як конструктивний, так і деструктивний (що завдає шкоди) характер. З урахуванням того, чи порушує рекламна діяльність законодавство, чи ні, доцільно виділяти законну і незаконну рекламну діяльність [3, с. 6–7]. Видається, що виділення запропонованих типів рекламної діяльності може мати наукове значення, однак закріплення їх у вітчизняному законодавстві не є доцільним.

Висновки

1) особливістю онлайн-реклами є відповідний засіб її поширення та місце розміщення – мережа Інтернет. Тому поняття «Інтернет-реклама», «онлайн-реклама», «реклама в Інтернеті» та «реклама в мережі Інтернет» є синонімічними;

2) Інтернет-реклама – це інформація про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі за допомогою електронних каналів зв'язку в мережі Інтернет і призначена для того, аби сформувати/підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес до таких особи чи товару або спонукати Інтернет-користувачів перейти через гіперпосилання на сайт рекламодавця;

3) рекламна діяльність у мережі Інтернет – це здійснюваний у мережі Інтернет процес застосування своєї праці до інформації про особу чи товар, призначеної для того, щоб сформувати або підтримати обізнаність Інтернет-користувачів та їхній інтерес щодо таких особи чи товару;

4) класифікація онлайн-реклами має бути розгалуженою: за спрямованістю на отримання прибутку: а) комерційна реклама, б) некомерційна реклама; за способом донесення інформації: а) текстова реклама, б) відеореклама, в) аудіореклама, г) графічна реклама, ґ) інтерактивна реклама, д) комбінована реклама; 3) за критерієм сконцентрованості: а) реклама, що поширюється за допомогою електронної пошти; б) реклама, що розповсюджується за допомогою пошукових систем; в) реклама, що розміщується за допомогою електронних дощок оголошень; г) реклама, що розповсюджується за допомогою соціальних мереж; ґ) реклама, що розповсюджується за допомогою інформаційних веб-сайтів...; 4) за способом подачі рекламної інформації: а) відкрита реклама, б) прихована реклама; 5) за форматом представлення рекламної інформації: а) медіа (банерна) реклама, б) спам, в) відеореклама, г) спливаючі вікна, ґ) текстова реклама; 6) за критерієм спрямованості на всіх чи окремі групи населення: а) масова, б) селективна; 7) за територією охоплення: а) локальна, б) регіональна; в) загальнонаціональна; г) міжнародна; ґ) глобальна; 8) за відповідністю нормативним приписам: а) законна, б) незаконна.

Список використаних джерел:

1. Про рекламу : Закон від 03.07.1996 № 270/96-ВР ст // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80

2. Про інформацію : Закон від 02.10.1992 № 2657-XII // [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2657-12

3. Кузнєцова З. В. Управління у сфері рекламної діяльності: організаційно-правовий аспект : дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «» / Кузнєцова Зоя Вікторівна. — О., 2003. — 192 с.

4. Маркетинг // Вікіпедія [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://uk.wikipedia.org/wiki/

5. Микитенко Л. А. Адміністративно-правове регулювання рекламної діяльності в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «» / Микитенко Людмила Андріївна. – К., 2008. – 201 с.

6. Минбалеев А. В. Реклама как объект информационных отношений : монографія / Алексей Владимирович Минбалеев. – Челябинск, 2005. – 227 с.

7. Мільченко О. Реклама в Інтернет-мережі / О. Мільченко // Юридична газета. – 2012. – № 1 – 2 (295). – С. 30–31.

8. Мірошниченко А. М. Земельне право України : підручник для студ. вищ. навч. Закладів / А. М. Мірошниченко. – К.: Алерта, 2013. – 512 с.

9. Итоги рекламного года: интернет победил печатную прессу [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://biz.liga.net/all/reklama-marketing/stati/2904691-itogi-reklamnogo-goda-internet-pobedil-pechtnuyu-pressu-.htm

10. Рішення Севастопольського Апеляційного Адміністративного Суду від 26 лютого 2013 р. у справі № 2а-12741/12/0170/1 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30374156.

11. Рішення Окружного Адміністративного суду міста Києва від 23 березня 2010 року у справі № 2а-407/10/2670 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9649397.

Статья посвящена анализу объектов административно-правового регулирования в сфере рекламной деятельности в сети Интернет. Автор доказывает, что объектами административно-правового регулирования в сфере рекламной деятельности в сети Интернет является Интернет-реклама, ее виды, а также рекламная деятельность в сети Интернет. Предложены авторские дефиниции понятий «Интернет-реклама», «рекламная деятельность в сети Интернет», приводится классификация Интернет-рекламы.

Ключевые слова: реклама, рекламная деятельность в сети Интернет, виды Интернет-рекламы.

This article analyzes the objects of administrative and legal regulation of advertising on the Internet. The author argues that the objects of administrative and legal regulation of advertising on the Internet is the Internet advertising, its types, as well as advertising on the Internet. It was suggested definitions of the concepts of «Internet advertising», «advertising on the Internet,» classification of Internet advertising.

Key words: Internet advertising, advertising on the Internet, types of Internet advertising.

УДК 342.25:346.5(477)

Руслан Бедрій,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри конституційного права
Львівського національного університету імені Івана Франка

МУНІЦИПАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ ОРГАНІВ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Стаття присвячена аналізу повноважень органів місцевого самоврядування України у сфері господарської діяльності, визначенню їх сутності й правового забезпечення, а також формулюванню висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення муніципального законодавства в цій галузі.

Ключові слова: місцеве самоврядування, організаційно-господарські повноваження, соціально-економічний розвиток територій, питання місцевого значення, муніципальне право.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших чинників у становленні та розвитку демократичної державності в Україні є відродження місцевого самоврядування як принципово нової системи організації публічної влади на місцях. Органи місцевого самоврядування наділені, згідно із законодавством, широким колом повноважень, спрямованих на забезпечення життєдіяльності територіальних громад. Серед цих повноважень є й ті, що стосуються управління муніципальною господарською діяльністю, забезпечення обороту майна, яке перебуває в комунальній власності. Від обсягів цих повноважень значною мірою залежить належне функціонування територіальної громади й усіх жителів певної адміністративно-територіальної одиниці. Варто зазначити, що Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» (далі – Закон), який регламентує діяльність органів місцевого самоврядування, зокрема й у сфері господарювання, прийнятий раніше, ніж Господарський кодекс (далі – ГК) України. У зв'язку з цим убачається необхідність більш чіткого розподілу повноважень органів місцевого самоврядування в профільному Законі відповідно до їх функціонального призначення, завдань і категорії господарських відносин.

Питаннями повноважень органів місцевого самоврядування загалом і у сфері організаційно-господарських відносин зокрема займалися фахівці з конституційного, адміністративного, господарського права: К. Апанасенко, М. Баймуратов, О. Батанов, О. Віхров, Р. Гринюк, П. Гураль, Р. Джабраїлов, Д. Задихайло, В. Кампо, В. Кравченко, В. Куйбіда, П. Любченко, В. Мамутов, В. Мілаш, В. Устименко, О. Фрицький та інші. Проте відсутні комплексні наукові дослідження проблематики повноважень органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності в контексті їх муніципально-правового забезпечення.

Метою статті є обґрунтування тези про те, що господарсько-правові, цивільно-правові, фінансово-правові та інші відносини, пов'язані з реалізацією повноважень органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності, охоплюються предметом муніципального права, а також окреслення проблем правового забезпечення повноважень органів місцевого самоврядування у сфері господарювання.

Виклад основного матеріалу. Для початку, очевидно, варто розібратися, до якого виду господарських відносин потрібно зарахувати повноваження муніципальних органів у сфері господарювання. Для цього потрібно з'ясувати правову природу організаційно-господарських і господарсько-виробничих правовідносин. Як відомо, стаття 3 ГК України визначає три типи господарських правовідносин, а саме:

– господарсько-виробничі відносини, які є майновими й іншими відносинами, що виникають між суб'єктами господарювання під час безпосереднього здійснення господарської діяльності;

– внутрішньогосподарські відносини, що складаються між структурними підрозділами суб'єкта господарювання, та відносини суб'єкта господарювання з його структурними підрозділами;

– організаційно-господарські відносини, що складаються між суб'єктами господарювання й суб'єктами організаційно-господарських повноважень у процесі управління господарською діяльністю [1].

Варто зазначити, що, згідно зі статтею 8 ГК України, держава, органи державної влади та органи місцевого самоврядування не є суб'єктами господарювання, але разом із тим стаття 2 ГК України наголошує, що органи місцевого самоврядування є учасниками відносин у сфері господарювання. Крім того, відповідно до статті 3 ГК України, органи місцевого само-

© Р. Бедрій, 2017

врядування є суб'єктами організаційно-господарських повноважень.

Певною мірою ситуацію ускладнює відсутність законодавчого закріплення категорії «організаційно-господарські повноваження».

Убачається, що для визначення сутності організаційно-господарських повноважень, як слушно зазначає О. Глинська, потрібно насамперед проаналізувати теоретичні положення щодо суб'єктів, змісту й підстав їх виникнення [2, с. 96]. Зокрема, автор уважає, що зміст і поняття суб'єктів організаційно-господарських повноважень можна визначити за допомогою статті 176 ГК України «Організаційно-господарські зобов'язання», у якій зазначено, що організаційно-господарськими визнаються господарські зобов'язання, які виникають у процесі управління господарською діяльністю між суб'єктом господарювання та суб'єктом організаційно-господарських повноважень, у результаті яких зобов'язана сторона має здійснити на користь другої сторони певну управлінсько-господарську (організаційну) дію або утриматися від певної дії, а управомочена сторона має право вимагати від зобов'язаної сторони виконання її обов'язків [1]. Отже, можна погодитись із думкою О. Глинської, що змістом організаційно-господарських повноважень є управління, а суб'єктом – владний суб'єкт, наділений законодавством правом щодо управління господарською діяльністю [2, с. 96]. Отже, з вищевказаної норми статті 176 ГК випливає, що відповідні зобов'язання й безпосередньо повноваження називаються «організаційно-господарськими», а сутність таких зобов'язань розкривається через управління.

Під управлінням розуміється «функція організованих систем, що забезпечує збереження їх структури і благоустрій відповідно до закономірностей функціонування» [3]. Щодо управління господарською діяльністю, за визначенням О. Віхрова, то це цілеспрямована діяльність із організації забезпечення господарювання відповідно до вимог суспільного господарського порядку, що здійснюється на всіх рівнях національної економічної системи органами державної влади та органами місцевого самоврядування, які наділені господарською компетенцією, а також громадянами, громадськими й іншими організаціями, що є засновниками суб'єктів господарювання чи здійснюють щодо них організаційно-господарські повноваження на основі відносин власності [4, с. 102].

Аналіз компетенції органів місцевого самоврядування у сфері господарювання дає змогу виділити такі види їх повноважень:

– засновницькі повноваження, зокрема щодо права заснування господарських товариств і комунальних унітарних підприємств;

– повноваження щодо реалізації прав використання комунального майна, зокрема, у відносинах: 1) використання природних ресурсів; 2) державного приватного партнерства; 3) оренди майна (рухомого та нерухомого); 4) передачі об'єктів у концесію; 5) здійснення закупівель необхідних товарів за кошти місцевих бюджетів тощо;

– нормотворчі повноваження, зокрема, щодо регламентації господарської компетенції органів місцевого самоврядування в статуті територіальної громади, а також у численних підзаконних нормативно-правових актах, спрямованих на реалізацію оренди (концесії), тощо;

– владні повноваження у сфері державного регулювання господарської діяльності;

– владні повноваження у сфері регулювання діяльності щодо використання об'єктів комунальної власності [5, с. 126].

Зазначеним повноваженням органів місцевого самоврядування в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» присвячено низку статей.

Зокрема, це стаття 27 «Повноваження у сфері соціально-економічного і культурного розвитку, планування та обліку», стаття 28 «Повноваження в галузі бюджету і цін», стаття 29 «Повноваження щодо управління комунальною власністю», стаття 30 «Повноваження в галузі житлово-комунального господарства, побутового, торговельного обслуговування, громадського харчування, транспорту і зв'язку», стаття 31 «Повноваження в галузі будівництва» тощо [6].

Розглянемо детальніше окремі повноваження органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності. Так, відповідно до підпункту 1 пункту «а» статті 27 Закону, до відання виконавчих органів сільських, селищних, міських рад належить підготовка, організація виконання та контроль за виконанням програм соціально-економічного й культурного розвитку сіл, селищ і міст, а також цільових програм з інших питань. Зі змісту цього пункту випливає, що основним різновидом програм, які розробляються виконавчими органами відповідних рад, є програми, спрямовані на забезпечення збалансованого соціально-економічного розвитку територій, тобто стосуються всіх сфер господарського й соціально-культурного будівництва в селах, селищах і містах. Щодо цільових програм з інших питань, то вони здебільшого спрямовані на вирішення певних питань в окремій галузі місцевого господарства. Наприклад, правові передумови для підготовки цільових програм містять підпункт 2 пункту «а» статті 33 Закону щодо підготовки місцевих програм з охорони довкілля, а також галузеві закони з питань освіти, культури, охорони здоров'я, соціального захисту та зайнятості населення тощо. У процесі розробки й організації виконання цих програм виконавчі органи відповідних рад реалізують більшість своїх повноважень, якими вони наділені відповідно до глави 2 Закону [7, с. 93].

До основних складників забезпечення збалансованого економічного й соціального розвитку сіл, селищ і міст можна зарахувати створення умов для задоволення потреб жителів у високоякісних товарах народного споживання; забезпечення надання населенню належних житлово-комунальних, торговельних, побутових, транспортних та інших послуг; розвиток закладів освіти, охорони здоров'я, культури, фізкультури і спорту; охорону навколишнього природного середовища; забезпечення зайня-

тості й соціального захисту населення в умовах ринкової економіки; охорону пам'яток історії та культури; забезпечення охорони громадського порядку тощо.

Варто наголосити, що багатоманітність завдань, які постають перед органами місцевого самоврядування щодо забезпечення збалансованого соціально-економічного розвитку відповідних територій, зумовлює необхідність широкого використання договірних форм взаємовідносин виконавчих органів відповідних рад із підприємствами, установами й організаціями незалежно від форм власності. Характерною особливістю цих відносин є те, що органи місцевого самоврядування виступають у них не як владно уповноважена сторона, а як рівноцінний партнер, який реалізує свою управлінську функцію з метою повнішого задоволення потреб населення.

Правові передумови для розвитку договірних відносин виконавчих органів відповідних рад із підприємствами та організаціями містить Господарський кодекс України від 16.01.2003 й Цивільний кодекс України від 16.01.2003 [8].

Разом із тим Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» теж певною мірою врегульовує зазначені питання. Зокрема, згідно з підпунктом 7 пункту «а» статті 27 Закону, виконавчі органи відповідних рад залучають на договірній основі підприємства, установи й організації незалежно від форм власності до участі в комплексному соціально-економічного розвитку сіл, селищ, міст [6]. Також норми про залучення підприємств до участі в соціально-економічному розвитку територій на договірній основі містять статті 28, 30, 31, 33, 35 Закону. За своєю природою це можуть бути договори про спільну діяльність, договори підряду (в тому числі на капітальне будівництво), договори перевезення, договори оренди, договори поставки. При цьому варто зазначити, що договори є, очевидно, найоптимальнішою формою координації діяльності підприємств на відповідній території.

Наприклад, підпункт 4 пункту «а» статті 31 Закону, що регламентує повноваження у сфері будівництва, містить норму, яка прямо зафіксувала право виконавчих органів сільських, селищних, міських рад залучати на договірних засадах підприємства, установи й організації незалежно від форм власності до участі в розвитку потужностей будівельної індустрії та промисловості будівельних матеріалів, у створенні, розвитку й реконструкції об'єктів інженерного забезпечення і транспортного обслуговування [6].

Проте повноваження виконавчих органів відповідних рад у цій сфері не обмежуються лише організацією будівництва об'єктів виробничого призначення на відповідній території. Так, відповідно до Закону України «Про основи містобудування» від 16.11.1992 № 2780-XII [9], до компетенції виконавчих органів сільських, селищних, міських рад у сфері містобудування належать:

– визначення території для містобудівних потреб згідно з рішенням відповідної ради;

– установлення в межах своїх повноважень на відповідній території режиму використання та забудови земель, на яких передбачена перспективна містобудівна діяльність;

– видання відповідно до закону містобудівних умов і обмежень забудови земельних ділянок;

– забезпечення в установленому законодавством порядку розробки й подання на затвердження відповідних рад місцевих містобудівних програм, генеральних планів, детальних планів, планів червоних ліній;

– надання (отримання, реєстрація), повернення (відмова у видачі) чи анулювання (скасування реєстрації) документів, що дають право на виконання підготовчих і будівельних робіт, прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів, здійснення державного архітектурно-будівельного контролю у випадках і відповідно до вимог, установлених Законом України «Про регулювання містобудівної діяльності» тощо [9].

Виконавчі комітети сільських, селищних і міських рад, відповідно до Закону України «Про основи містобудування», вирішують й інші питання містобудівної діяльності, визначені законом.

Отже, муніципально-господарські повноваження органів місцевого самоврядування, регламентовані в Законі України «Про місцеве самоврядування», деталізуються в галузевому законодавстві. Крім згаданого Закону про основи містобудування, це, наприклад, Закон України «Про рекламу» від 03.07.1996 № 270/96-ВР (щодо порядку надання виконавчими органами відповідних рад дозволу на розміщення реклами (підпункт 13 пункту «а» статті 30 Закону про місцеве самоврядування)). Також у цьому контексті можна згадати Закони України «Про захист прав споживачів» від 12.05.1991 та «Про споживчу кооперацію» від 10.04.1992 (щодо управлінської діяльності виконавчих органів місцевих рад у сфері торгівлі, побутового обслуговування та громадського харчування (підпункти 1, 9 пункту «а» статті 30 Закону про місцеве самоврядування)). Крім того, це Закон України «Про електроенергетику» від 16.10.1997 (щодо забезпечення закладів комунальної власності й населення паливом, електроенергією, газом та іншими енергоносіями (підпункт 5 пункту «а» статті 30 Закону про місцеве самоврядування)), Закон України «Про відходи» від 05.03.1998 (щодо організації виконавчими органами місцевих рад благоустрою населених пунктів, а також вирішення питань збирання, транспортування, утилізації та знешкодження побутових відходів (підпункти 6, 7 пункту «а» статті 30 Закону про місцеве самоврядування)) тощо.

Варто зазначити, що організаційно-господарські повноваження органів місцевого самоврядування, визначені в профільному Законі, деталізуються не лише в галузевих законах, а й к численних підзаконних актах, зокрема Постановах Кабінету Міністрів України тощо. Наприклад, підпункт 1 пункту «б» статті 31 Закону про місцеве самоврядування («Повноваження в галузі будівництва») покладає на вико-

навчі органи сільських, селищних, міських рад прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів у порядку, встановленому законодавством. Цей порядок визначений Постановою Кабінету Міністрів України «Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів» від 13.04.2011 № 461. Загальні умови зайняття торговельною діяльністю, основні вимоги до торговельної мережі й торговельного обслуговування громадян визначаються Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку провадження торговельної діяльності та правил торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів» від 15.06.2006 № 833. Основні вимоги щодо організації побутового обслуговування населення визначаються Правилами побутового обслуговування населення, що затверджені Постановою Кабінету Міністрів України від 16.05.1994 № 313.

На наше переконання, відносини, пов'язані з реалізацією повноважень органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності, визначені в Законі України «Про місцеве самоврядування України» й галузевому законодавстві (господарському, цивільному тощо), охоплюються предметом правового регулювання муніципального права.

Підтвердженням цієї тези є передусім комплексний характер муніципального права. Зокрема, як справедливо зазначає більшість фахівців, суспільні відносини, що є предметом муніципального права, являють собою складну систему економічних, фінансових, соціально-культурних, політичних, організаційно-управлінських відносин, які виникають у процесі організації та здійснення муніципальної влади, вирішення жителями питань місцевого значення.

При цьому, на думку П. Любченка, для визначення предмета муніципального права, крім суб'єктивного критерію, тобто участі в цих відносинах суб'єктів місцевого самоврядування, необхідно використовувати як узагальнений ще й критерій функціональний, тобто спрямованість суспільних відносин на вирішення питань місцевого значення уповноваженими суб'єктами (територіальними громадами, їхніми органами та посадовими особами, жителями вулиці, будинку тощо) [10, с. 22].

Щодо сутності терміна «питання місцевого значення» відомий вітчизняний фахівець у сфері муніципального права М. Баймуратов зазначає, що, попри відсутність в українському законодавстві дефініції цього поняття, його системний аналіз дає змогу дійти висновку, що «питання місцевого значення» виступають у якості об'єктивного складу місцевого самоврядування і становлять основну телеологічну домінанту в діяльності органів місцевого самоврядування [11, с. 203].

Тобто можна стверджувати, що саме від належного вирішення питань місцевого значення залежить стабільне функціонування територіальної громади загалом та кожного з її членів-мешканців відповідної адміністративно-територіальної одиниці зокрема.

Інший відомий учений-муніципаліст, О. Батанов, указує, що найістотнішим завданням науки муніципального права є глибоке та всебічне вивчення феноменології взаємозв'язку територіальної громади – первинного суб'єкта муніципальної влади – й питань місцевого значення – основного об'єкта муніципальної влади. Означена кореляція, вважає вчений, є однією з ключових проблем муніципальної демократії, оскільки саме заради вирішення питань місцевого значення визнається та гарантується місцеве самоврядування [12, с. 106].

Висновки

Отже, оскільки повноваження органів місцевого самоврядування у сфері господарської діяльності стосуються головним чином вирішення питань місцевого значення, суспільні відносини, пов'язані з реалізацією зазначених повноважень, які регулюються конституційним, господарським, цивільним, фінансовим та іншим законодавством, охоплюються предметом муніципального права як комплексної галузі, що регламентує здійснення муніципальної влади.

Щодо наявних прогалин у правовому забезпеченні муніципальної господарської діяльності вбачається необхідність прийняття Закону України «Про комунальну власність», визначення правового режиму майна спільної власності територіальних громад. Для цього в Законі України «Про місцеве самоврядування в Україні» потрібно доповнити перелік власних повноважень органів місцевого самоврядування щодо управління об'єктами спільної власності територіальних громад, передбачивши, зокрема, розгляд і затвердження програм приватизації майна спільної власності територіальних громад; розгляд пропозицій щодо створення, реорганізації та ліквідації підприємств, заснований на базі майна спільної власності територіальних громад; підготовку висновків щодо передачі в оренду майна спільної власності територіальних громад тощо. Крім того, Закон про місцеве самоврядування, регламентуючи можливість відчуження, продажу і приватизації комунального майна, не визначає співвідношення цих понять, що створює різні підходи у правозастосовній практиці. Для вирішення цієї проблеми, очевидно, потрібно передбачити в Законі конкретні способи відчуження місцевими радами комунального майна. Вищезазначені та інші проблеми засвідчують необхідність подальших наукових пошуків, присвячених аналізові недоліків правового забезпечення муніципальної господарської діяльності й визначенню шляхів їх вирішення.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV (зі змін. та доп.) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.

2. Глинська О.В. Організаційно-господарські повноваження органів місцевого самоврядування: проблеми теорії та практики / О.В. Глинська // Часопис Київського університету права. – 2012. – № 2. – С. 95–99.

3. Юридична енциклопедія / редкол. Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1998–2004. – Т. 6. – 2004.

4. Віхров О. Організаційно-господарські правовідносини: загальне та особливе / О. Віхров // Підприємництво, господарство і право. – 2007. – № 9. – С. 100–103.

5. Возна О. Діяльність органів місцевого самоврядування у сфері господарювання: удосконалення законодавчого забезпечення / В. Возна // Вісник Національної академії правових наук України. – 2015. – № 2 (81). – С. 121–129.

6. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 (зі змінами) // Відомості Верховної Ради України. – 1997. – № 24. – Ст. 170.

7. Теліпко В.Е. Науково-практичний коментар Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» / В.Е. Теліпко, С.А. Панасюк. – К. : Центр учбової літератури, 2011. – 400 с.

8. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435– IV (зі змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.

9. Про основи містобудування : Закон України від 16.11.1992 № 2780-XII (зі змін. та доп.) // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1992. – № 52. – Ст. 683.

10. Любченко П.М. Муніципальне право України : [навчальний посібник] / П.М. Любченко. – Х. : ФІНН, 2012. – 496 с.

11. Проблеми сучасної муніципалістики : [навчальний посібник] / за заг. ред. О.В. Батанова. – К. : Акад. муніц. управління, 2012. – 292 с.

12. Батанов О.В. Муніципалізм як категорія сучасного муніципального права: постановка проблеми / О.В. Батанов // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 4. – С. 102–108.

Статья посвящена анализу полномочий органов местного самоуправления Украины в сфере хозяйственной деятельности, определению их сущности и правового обеспечения, а также формулировке выводов и предложений, направленных на совершенствование муниципального законодательства в этой области.

Ключевые слова: местное самоуправление, организационно-хозяйственные полномочия, социально-экономическое развитие территорий, вопросы местного значения, муниципальное право.

The article is devoted to analysis of the powers of local self-government bodies of Ukraine in the sphere of economic activity, determination of their nature and legal support, as well as the formulation of conclusions and proposals aimed at improvement of municipal legislation in this area.

Key words: local government, organizational and economic powers, socio-economic development of territories, local issues, municipal law.

УДК 342.7

Кристина Головачова,

докт. філос. у галузі права,
старший викладач кафедри конституційного та адміністративного права
ДВНЗ «Національний гірничий університет»

ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВ ПАЦІЄНТІВ НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ В УКРАЇНІ

Стаття присвячена реформуванню системи охорони здоров'я в Україні. Початок реформування має відбуватись із вдосконалення законодавства, що стосується реалізації загальних прав пацієнтів. Автор концентрує увагу на деяких із прав пацієнтів, котрі часто порушуються в Україні.

Ключові слова: охорона здоров'я, права пацієнта, сімейний лікар, медична допомога, реформування системи охорони здоров'я.

Постановка проблеми. Одним із показників суспільного розвитку країни, відображенням її соціально-економічного та морального стану, вагомим чинником формування демографічного, економічного, трудового та культурного потенціалу суспільства є здоров'я населення. За останні роки ці показники в Україні постійно знижуються. Медичне обслуговування громадян України потребує якісного покращення. Про це свідчить ситуація гострої демографічної кризи, що склалася у країні. Одночасно зі зниженням народжуваності та погіршенням стану здоров'я загалом спостерігається висока смертність населення. Тому вирішення проблем у галузі охорони здоров'я вимагають негайного втручання з боку держави.

«Українці мають бути здоровими», – так коротко охарактеризувала завдання реформи системи охорони здоров'я виконувач обов'язків очільника МОЗ У. Супрун [1]. За її словами, донині майже 99% уваги та фінансування у медицині припадає на лікування, а не на профілактику захворювань. Тож на порядку денному, за словами У. Супрун, «зміна світогляду» лікарів, чиновників міністерства й пересічних українців із лікування хвороби на запобігання захворювання.

Сьогодні потрібно приділяти увагу профілактиці захворюванням, а не лікуванню. Реформа медичної сфери має починатись саме з надання інформації та можливостей для здорового способу життя населення.

Правове регулювання системи охорони здоров'я має прямий вплив на розвиток усіх напрямів діяльності держави, що обов'язково знаходить своє відображення в державній політиці. Здоров'я нації – це запорука економічного розвитку країни, наповнення її бюджету шляхом ефективного виробництва, високої працездатності населення тощо. Охорона здоров'я у всьому світі сфокусована на організації зусиль громадськості щодо покращення здоров'я населення, фінансування та забезпечення в отриманні персональних медичних послуг.

Сьогодні перед українською системою охорони здоров'я поставлено максимально конкретне завдання: при жорстких ресурсних обмеженнях створити якісно нову систему, спроможну забезпечити доступну та якісну медичну допомогу для всіх громадян. Доцільно чітко визначити конкретні дії й складові елементи, які пов'язані між собою, та специфіку – як зміни в одній частині позначаються на іншій, щоб між ними зберігався не тільки зв'язок, а й стійкість.

Заслуговують на увагу дослідження в галузі охорони здоров'я в Україні таких науковців та практиків, як: Н. Болотіна, В. Галай, В. Глуховський, Т. Гурська, А. Гук, В. Головченко, В. Дем'янишин, В. Компаніець, Л. Красавчикова, Н. Карпишин, В. Лехан, З. Лободіна, Е. Махмудов, С. Майборода, Я. Радиш, В. Соловйов, Л. Солоп, В. Стаднік, І. Сенюта, В. Третьяков, В. Швецов.

Питання реформування охорони здоров'я, медичного обслуговування та взаємовідносини в цій сфері регулюються юридичними актами різних галузей права в Україні, велика кількість яких датовані ще за радянських часів. Незважаючи на законодавче закріплення, права громадян на медичну допомогу в Україні порушуються. Тому очевидна необхідність послідовного та системного наукового вивчення питань гарантії та реалізації прав пацієнтів у нашій державі.

Метою статті є дослідити правові гарантії та забезпечення реалізації прав пацієнтів в Україні.

Виклад основного матеріалу. Членство України в Раді Європи та подальші євроінтеграційні устремління нашої держави накладають на нас відповідальність щодо повної гармонізації українського законодавства з європейськими стандартами забезпечення прав людини і, в першу чергу, безпеки пацієнтів, якості та доступності медичної допомоги, як найважливіших характеристик системи охорони здоров'я. У 2011 р. Уряд України підписав План дій Ради Європи для України «Партнерство заради реформ», підтвердивши свої зобов'язання розробити та впровадити до 2014 р. Національний план дій із безпеки пацієнтів.

© К. Головачова, 2017

У ст. 3 Конституції України проголошено: «Людина, її життя і здоров'я, честь і гідність є найвищою соціальною цінністю», а ст. 49 визначає, що кожен громадянин має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Цією ж правовою нормою визначено, що держава створює умови для ефективного та доступного для всіх громадян медичного обслуговування [2]. У 1992 р. було прийнято Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [3]. Цей документ визначає правові, організаційні, економічні та соціальні засади охорони здоров'я в Україні, встановлює права і обов'язки громадян та державні гарантії щодо їх юридичного захисту.

Відповідно до законодавства, пацієнт має такі загальні права: право на життя, медичну допомогу, свободу вибору лікаря, методів лікування та лікувального закладу, особисту недоторканість, медичну таємницю, медичну інформацію, допуск інших медичних працівників, членів сім'ї, нотаріуса та адвоката, священнослужителя; незалежну медичну експертизу, відшкодування заподіяної здоров'ю шкоди, повну інформованість і добровільну згоду на медико-біологічний експеримент, донорство крові та її компонентів, трансплантацію органів та інших анатомічних матеріалів як на спеціальний метод лікування, штучне запліднення та імплантацію ембріона, застосування методів стерилізації, добровільне штучне переривання вагітності, зміну (корекцію) статевої належності, правовий захист від будь-яких незаконних форм дискримінації, пов'язаних із станом здоров'я, оскарження неправомірних рішень і дій працівників закладів та органів охорони здоров'я.

Якщо розглянути весь перелік наданих прав, то складається враження, що відносини в системі охорони здоров'я врегульовані. Але, на практиці, порушення прав пацієнтів відбувається досить часто.

Найчастіше, проблеми охорони здоров'я пов'язують із недостатністю фінансування. Але досвід інших країн свідчить про те, що, окрім обов'язкового збільшення бюджетного фінансування охорони здоров'я, необхідно змінити саму структуру охорони здоров'я.

Незадовільний стан медичного обслуговування населення України, на думку фахівців, пов'язаний із недопрацюванням в організації первинної медико-санітарної допомоги. Безплатне лікування населення України стало практично неможливим через невірний розподіл ресурсів, які виділяються на організацію охорони здоров'я. У концепції державної програми розвитку первинної медико-санітарної допомоги на основі загальної практики – сімейної медицини на 2006–2010 рр. було передбачено, що на утримання лікувальних установ, здатних надати медичне обслуговування 80% пацієнтів, відводилося менше 20% засобів, що виділяються на охорону здоров'я, а на первинну медико-санітарну допомогу – лише 5% [4].

Світовий досвід, узагальнений у документах ВООЗ, свідчить про те, що одним із головних пріоритетів розвитку національної системи охорони здоров'я в умовах дефіциту фінансових і кадрових ресурсів має бути розвиток саме первинної медико-санітарної допомоги на основі загальної практики сімейної медицини [5]. Автор погоджується з думкою фахівців, що реформа має початись із запуску системи сімейної медицини європейського зразку на базі поліклінік та амбулаторій. Кожен українець або родина, обравши сімейного лікаря, укладатиме з ним прямі контракти, в яких чітко прописаний обсяг безплатних послуг (їх сплачує держава). Згідно з реформою, має бути ліквідована прив'язка до місця проживання, а якщо раптом лікар не задовольнятиме вимоги сім'ї, його можна змінити. Сімейні лікарі також видаватимуть довідки в дитячий садок, школу та басейн.

Запровадження інституту сімейного лікаря відбулось у 2011 р. у Дніпропетровській, Донецькій і Вінницькій областях та у місті Києві [6]. Запрацював пілотний проект реформування системи охорони здоров'я. Уряд структурував медичну допомогу: первинну допомогу надають терапевти й сімейні лікарі, вторинну – медики вузького профілю. Третій рівень медичної допомоги надає персонал лікарень обласного рівня. Протягом певного періоду відбувались зміни. Висновки та напрацювання були враховані під час сьогоднішнього планування реформи по всій території України.

В Україні визначилось стратегічне направлення розвитку системи охорони здоров'я – запровадження саме сімейної медицини. Але ситуація із введенням у життя посади лікаря загальної практики, сімейного лікаря сьогодні незадовільна. На те є багато причин: недостатня кількість лікарів сімейної практики; відсутність розроблених схем роботи сімейного лікаря, його юридичних прав та відповідальності; неможливість бути юридичною особою, яка працює відповідно до договорів як із пацієнтами, так і з вузькими спеціалістами установ різного рівня. Тому вже на первинному етапі відбувається збій у роботі всієї системи.

Право на вибір лікаря та лікувального закладу закріплено в ст. 6 та ст. 38 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [3]. Та це право сьогодні порушується в Україні. Практика свідчить про те, що вказаним правом можна скористатися, як правило, тільки під час звернення до приватних медичних установ. Цю проблему необхідно вирішити шляхом інформування громадян про їх права в сфері охорони здоров'я, а також проведення додаткової роз'яснювальної роботи в медичних закладах, оскільки більшість реєстратур (а потім вже і лікарів) працює за старою схемою: місце реєстрації пацієнта.

Реформування в Україні вимагають також стаціонарні медичні заклади. Західноєвропейські лікарні на сьогодні зосереджені здебільшого на лікуванні гострих випадків, а наші державні лікарні продовжують виконувати функції соціальної опіки та охорони здоров'я. У спеціалізованих відділеннях стаціонарів одночасно перебувають пацієнти, котрим необхідна інтенсивна терапія, які видужують, ті, кому потрібен переважно догляд, та хворі у термінальній стадії.

Болючим для пацієнтів залишається питання щодо реалізації права на отримання інформації щодо стану свого здоров'я. Це право закріплене та визначене у таких міжнародних документах, як «Лісабонська декларація Всесвітньої медичної асоціації про права пацієнтів», що була прийнята на 34-й сесії Всесвітньої медичної асамблеї (Лісабон, Португалія, вересень/жовтень 1981 р.) із внесенням поправок на 47-й сесії Генеральної асамблеї ООН (Балі, Індонезія, вересень 1995 р.), «Декларація про розвиток прав пацієнтів в Європі» (Європейська нарада з прав пацієнтів, Амстердам, 28–30 березня 1994 р., ВООЗ, Європейське регіональне бюро) тощо.

Українські законодавці закріпили право пацієнта на відкриту та конфіденційну інформацію про стан здоров'я одразу в кількох нормативних актах: ст. 32 Конституції України [2]; ст.ст. 5, 11 ЗУ «Про інформацію» [8], ст. ст. 6, 39 ЗУ «Основи законодавства про охорону здоров'я» [3], ст. 4 ЗУ «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення» [9], ст. 285 Цивільного кодексу України; ст. 8 ЗУ «Про лікарські засоби» [10] та ін. Пацієнти вправі отримувати своєчасну і достовірну інформацію про стан свого здоров'я, ознайомлення з історією своєї хвороби та іншими документами, що можуть слугувати для подальшого лікування. Право отримати медичну інформацію про стан неповнолітнього пацієнта мають, зокрема, його батьки.

Медичний працівник зобов'язаний надати в доступній формі інформацію про стан здоров'я, мету проведення запропонованих лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, зокрема наявність ризику для життя і здоров'я. У пункті 2 Рішення Конституційного Суду України від 30.10.1997 р. в справі К.Г. Устименка №18/203-97 (таке рішення по своїй суті має силу закону) вказано, що медична інформація, тобто свідчення про стан здоров'я людини, історію її хвороби, мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, зокрема і про наявність ризику для життя і здоров'я, за своїм правовим режимом належить до конфіденційної, тобто інформації з обмеженим доступом. Однак лікар зобов'язаний на вимогу пацієнта, членів його сім'ї або законних представників надати їм таку інформацію повністю і в доступній формі. Таким чином, громадяни вправі скопіювати всі сторінки своєї медичної картки (своєї дитини). Інші особи не мають права копіювати чужі медичні картки.

Незважаючи на таке законодавче закріплення, судову практику та велику кількість роз'яснень, право на отримання інформації постійно порушується: пацієнтам відмовляють у наданні копій виписок із медичної карти (та самої медичної карти) із зазначенням діагнозу, результатами аналізів та обстежень. Це спричиняє перепони для можливого отримання ефективного лікування в іншому медичному закладі, що передбачено законодавством і призводить до порушення прав пацієнтів на медичну допомогу.

Швидко поставити діагноз можна при умові, що лікар має відомості про початок та розвиток хвороби. Тому всі вимоги громадян щодо інформації про стан їх здоров'я мають бути задоволені в повному обсязі та без затримки.

Законодавчо закріплено право пацієнта на вибір методів лікування: ст.ст. 42, 44 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» [3]. Але на практиці це право також порушується. Потрапивши до лікарні, хворий не має вибору у лікуванні, оскільки в державних лікувальних закладах застосовуються традиційні методи лікування. Пацієнт ніяк не може вплинути на процес прийняття рішення щодо методів лікування. Відомі випадки, коли в лікарнях медпрепарати, закуплені коштом бюджету, перепродають пацієнтам. На таких лікарських засобах є напис «Держзакупівля. Не для продажу» [11].

Гостро стоїть питання доступності медичної допомоги в Україні. Доступність медичної допомоги передбачає баланс багатьох факторів: кадри, фінансування, технічні та транспортні засоби, свобода вибору, громадська просвіта, якість і розподіл технічних ресурсів. Постановою Кабінету Міністрів 1996 р. низку медичних послуг було переведено до переліку платних [12]. Навесні 2017 р. були внесені зміни до даної Постанови. Поки що Кабмін готує перелік платних медпослуг, які мають затвердити до кінця травня. Але точно відомо, що безплатними залишаться відвідування терапевта і педіатра, спостереження за вагітними, ряд типових аналізів: флюорографія, кардіограма, кров, сеча і ще більше десяти позицій, невідкладна допомога, тобто за виклик швидкої платити не треба. Також безкоштовною залишиться паліативна медицина, тобто лікування безнадійних і психічно хворих. Остаточно затвердити держпакет медпослуг обіцяють у МОЗ до вересня 2017р.?

У березні 2017 р. Кабінет Міністрів України схвалив законопроект про державні фінансові гарантії щодо надання медичних послуг, який запускає страхову модель фінансування та відкриває можливості прямих виплат закладам охорони здоров'я всіх рівнів. Згідно з цим законом, передбачається абсолютно нова модель фінансування закладів охорони здоров'я. На сьогодні кошти з Державного бюджету спрямовуються на підтримку існування наявної мережі закладів охорони здоров'я незалежно від кількості та якості фактично наданих ними пацієнтам послуг. Таке фінансування є нераціональним, адже в багатьох закладах просто даремно оплачується площа. Згідно з цим законопроектом, держава буде спрямовувати кошти на фінансування медичних послуг та лікарських засобів конкретним особам у разі їх хвороби. Це стосується не лише державних установ та комунальних закладів, але й приватних також.

Висновки

Незважаючи на велику кількість нормативних документів, планів дій, прийнятих в Україні, та конкретне законодавство, ситуація в галузі охорони здоров'я вимагає уваги науковців,

практиків-медиків, юристів та всього суспільства. Тому головним на сьогодні є:

– здійснення низки організаційно-правових заходів для належного реформування галузі охорони здоров'я і завершення формування галузі медичного права;

– впровадження через засоби масової інформації, навчальні та виховні заклади в Україні системи оздоровлення населення, що передбачають, насамперед, збереження та зміцнення здоров'я населення;

– посилення вимог щодо медичної освіти;

– збільшення кількості випускників медичних ВНЗ за спеціальністю «сімейний лікар»;

– удосконалення державної медичної допомоги як пріоритетний розвиток ПМСД;

– розроблення механізму надання безоплатної медичної допомоги вразливим верствам населення;

– внесення кардинальних змін в оплату праці медичного персоналу. Економічна мотивація буде стимулом для ефективної роботи;

– вдосконалення інституту відповідальності медичного персоналу за відмову або неналежне надання медичної допомоги, оскільки однією з гарантій права на охорону здоров'я є встановлення відповідальності за порушення прав і законних інтересів громадян у галузі охорони здоров'я;

– правове забезпечення реформування і діяльності системи охорони здоров'я.

Список використаних джерел:

1. Реформа медичної галузі: як наповнити пропозиції справами? [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.radiosvoboda.org/a/28237603.html

2. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. – К.: Преса України, 1996. – 80 с.

3. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2801-12.

4. Концепція державної програми розвитку первинної медико-санітарної допомоги на основі загальної практики – сімейної медицини на 2006–2010 рр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.uwf.kiev.ua;

5. Велика Епоха (The Epoch Times) – міжнародний інформаційний проект [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.epochtimes.com.ua.

6. Про порядок проведення реформування системи охорони здоров'я у Вінницькій, Дніпропетровській, Донецькій областях та місті Києві : Закон України від 07.07.2011 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3612-17.

7. Лісабонська декларація Всесвітньої медичної асоціації про права пацієнтів. Принята 34-й Всемирной медицинской ассамблеей, Лиссабон, Португалия, сентябрь/октябрь 1981 г. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/990_016.

8. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2657-12

9. Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення : Закон України від 24.02.1994 р. № 4004-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4004-12.

10. Про лікарські засоби : Закон України від 04.04.1996 р. № 123/96-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/123/96-%D0%B2%D1%80/ed20120601.

11. Стефанишина О. Про основні проблеми і перемоги пацієнтів в Україні [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://day.kyiv.ua.

12. Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти : Постанова КМУ від 17.09.1996 р. № 1138 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1138-96-%D0%BF.

Статья посвящена реформированию системы здравоохранения в Украине. Начало реформирования должно происходить по совершенствованию законодательства, что касается реализации общих прав пациентов. Автор концентрирует внимание на некоторых правах пациентов, которые часто нарушают в Украине.

Ключевые слова: здравоохранение, права пациента, семейный врач, медицинская помощь, реформирование в системе охраны здоровья.

The article is devoted to reforming the health care system in Ukraine. The beginning of reform must happen if improve legislation concerning the implementation of patients' rights. Author draws attention on some of the rights of patients who are often violated in Ukraine.

Key words: health care, patients' rights, family doctor, health care reform.

УДК 342.34

Павло Куфтирєв,
канд. юрид. наук, докторант
Інституту законодавства Верховної Ради України

РОЛЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТУ СУЧАСНИХ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ МЕХАНІЗМІВ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

У статті розкривається правова природа, роль та значення електронної демократії як нової форми політично-правового режиму, що поєднує у собі представницьку та пряму демократію. Проаналізовано суть електронної демократії як елементу сучасних конституційно-правових механізмів правового регулювання.

Ключові слова: демократія, електронна демократія, форми демократії, політико-правовий режим держави.

Визначення ролі та значення електронної демократії є надзвичайно актуальним питанням сучасного етапу розвитку конституційного права, адже технологічні інновації XXI сторіччя створили нові підходи та уявлення про систему публічної сфери, що перебуває під значним впливом сучасних інформаційно-комунікаційних технологій (ІКТ).

У цьому зв'язку Ян ван Дейк, голландський дослідник, який відомий тим, що вперше ввів у наукову лексику поняття «мережеве суспільство» (у своїй роботі «De Netwerkmaatschappij»), вважає, що цифрова демократія являє собою більш високий рівень ліберальної демократії, збільшує участь громадян та ефективність і являє собою симбіоз електронних технологій, що дозволяють взаємодіяти між собою у реальному часі людям, партіям, уряду, бізнесу, місцевим громадам та іншим соціальним інституціям. Цифрова демократія, на його думку, виникла із діалектичної взаємодії між технологіями та суспільством і «становить набір спроб практикувати демократію без обмеження у часі, просторі та інших фізичних умовах, є використанням ІКТ чи комп'ютерно-опосередкованої комунікації, як додаток, а не заміну традиційних політичних умов» [1, p. 34].

Вважаємо зазначену думку Я. фон Дейка абсолютно слушною і справедливою. Електронна демократія не підміняє собою конвенціональну (традиційну), а розширює її можливості, відкриває нові форми реалізації, виконує субсидіарну роль чинника, що вдосконалює реалізацію демократичних прав і свобод громадянина. Правильно зазначається, що електронна демократія не може існувати як самодостатній віртуальний феномен, якщо тільки мова не йде про альтернативну культуру, як наприклад у випадку із «Декларацією незалежності кіберпростору» Дж. П. Барлоу, у якій звучать анархічні та революційні мотиви [2, с. 199]. ІКТ дозволяють набагато ширше використовувати інструментарій як представницької, так і прямої демократії. У випадку з представницькою формою е-демократія дозволяє представникам суспільства більш точно розуміти громадські настрої і волевиявлення мас громадян і враховувати їх не тільки під час електорального процесу, коли передвиборчі настрої розраховуються з математичною точністю саме задля перемоги на виборах, але й під час регулярної роботи представницьких органів, оскільки політики змушені адаптувати свою діяльність з огляду на результати е-демократичних проявів суспільства, висловлених мережевим способом. Юрген Хабермас однозначно має рацію, стверджуючи, що комунікація та прозорість стимулюють моральність поведінки еліт [3, с. 44]. Е-демократія технічно дозволяє вибори перетворити з одноразового акту у перманентний процес, а отже, питання імперативного мандату набуває нового забарвлення та іншої юридичної значимості. Як зазначає Дж. Бокер, ІКТ дозволяє голосувати громадянам швидко, неодноразово, щодо широкого кола питань, практично при мінімальних видатках [4, с. 21]. Е-демократія не руйнує систему репрезентативної демократії, як це іноді стверджують радикальні апологети цифрових технологій. Т. Бекет писав ще у 1998 році, що ІКТ повинні грати значну роль у досягненні «сильної» демократії, що ґрунтується на суспільстві мереж. ІКТ містять потенціал для прискореного розвитку демократії та сприяння якісному стрибку у галузі демократичного просування [5, с. 340]. ІКТ забарвлює представницьку демократію новими відтінками, надає їй нового змісту, змінює підходи до представницької демократії, перетворює обраних представників легіслатури та інших представницьких органів із відірваних від народу небожителів у сервісних менеджерів адміністративних послуг, а державу – у публічну корпорацію, що діє виключно в інтересах замовників таких послуг.

Подібно до того, як поняття «демократична легітимація» Макса Вебера поступово просякнуло у юриспруденцію із соціологічно-політологічних наук і нині стало частиною категорійного апарату юрислексики, у тому

© П. Куфтирєв, 2017

числі і міжнародно-правових актів європейського права, так і поняття е-демократії із тенет кібернетики було залучене у політологію і соціологію, звідки нині активно проникає у правову сферу, фігурально висловлюючись, отримує «прописку» у правознавстві. Трапляються непоодинокі припущення, що у цифровий вік гуманітарні науки поволі неодмінно гібридизуються [6, с. 17]. Спеціалісти з правової герменевтики відзначають, що нині поряд із класичною методологією сучасна юридична наука все ширше використовує неокласичні методи дослідження. При цьому присвоювання та використання знань інших наук відбувається шляхом юридизації методів (пізнавальних засобів та прийомів) інших наук та формування нових юридичних дисциплін на перетині юриспруденції та суміжних наук [7, с. 8]. Бажаємо ми того чи не бажаємо, але електронні засоби комунікації у конституційних правовідносинах нині вже є реальністю і продовжують невпинно розвиватися. Науковці вже констатують появу нової правової інтегрованої спільності під загальною назвою «телекомунікаційне право» [8].

Е-демократія по-новому розставляє акценти водорозділу між репрезентативною і прямою демократією, затирає між ними межі і суперечності, наближує ці дві форми об'єктивації волевиявлення громадян, усуваючи недоліки кожної з них і підкреслюючи позитивні аспекти кожної. Технологічні можливості дозволяють брати участь громадянам у системах представницького обговорення, що без електронних форм до цієї пори було організаційно складно, а подекуди неможливо і потребувало значних видатків. Експерти зазначають, що в умовах е-демократії репрезентативні демократичні інституції держави (приміром, парламент) можуть виконувати функцію агрегування громадського дискусу, допомагати кристалізувати думки і позиції, виконувати консультативні функції, обробляти інформацію та виконувати інші функції формування політичної волі [9]. Фігурально висловлюючись, в умовах е-демократії представницькі органи виступають модератором прямого волевиявлення громадян, системним адміністратором регулювання правовідносин, що формуються безпосередньо основним суверенним носієм влади – народом. Це дозволяє переосмислити державу як інституцію, розуміти її як «траст», всього лише як інструмент для керування, що здійснюється спільнотою людей [10]. Отже, е-демократія потребує як прямої, так і репрезентативної складової політичної системи. А тому, на наш погляд, було б недоцільним зводити е-демократію виключно до форми прямої демократії. З репрезентативної демократії е-демократія потребує запозичення адміністративного державного апарату, системності роботи державної служби, корпусу досвідчених апаратних чиновників, досконалої машини державного примусу. Пряма демократія для електронної форми корисна широкою народною легітимацією рішень, що приймаються народом, для народу, в ім'я народу, як сказав би А. Лінкольн.

Наявність інтерактивного зворотного зв'язку громадян та влади сприяє розвитку форм прямої демократії – громадяни безпосередньо впливають на порядок денний, на коло актуальних питань, на сутність рішень, що приймаються. Американський дослідник А. Норман оптимістично передбачав на початку 90-х, що «у міру розширення можливостей комунікативної системи підвищується рівень здійснення прямої демократії» [11, p. 246]. Навіть за умов консультативності і рекомендаційності результатів прямого волевиявлення навряд чи правляча влада наважиться приймати рішення всупереч прямому волевиявленню громадян під загрозою втратити легітимність. ІКТ дозволяє більш точно підраховувати пряме волевиявлення. При цьому з'являється можливість залучення більш широких мас населення, оскільки мережеве голосування або е-мейл-голосування потребує менших часових витрат [12; 13]. Е-демократія дозволяє технічно здолати основний недолік прямої демократії – можливу апатію та ігнорування фізичної явки на виборчі дільниці для частих голосувань, що нерідко притаманне для систем прямої демократії. Л. Волков та Ф. Крашенінніков однозначно вважають, що на сьогодні пряма демократія може реалізовуватись у формі електронної демократії [14]. Справедливим є твердження, що в сучасних умовах домінування представницької демократії пряма демократія без ІКТ, електронного складника була б просто унеможливлена [15, p. 220]. Е-демократія надає нового імпульсу, відкриває нові засади конституційно-правової реалізації форм прямої демократії. Без електронного опосередкування в сучасному світі урбанізованого мегаполісного розселення, значного, кілька мільярдного зростання кількості суб'єктів правовідносин пряма демократія не може існувати. Швейцарський досвід ландсгемайнде можливий лише у самих найменших швейцарських кантонах – Гларус та Апенцель-Іннероден.

З огляду на вищенаведені аргументи щодо зближення представницької і прямої демократії за їх електронного опосередкування, нам видається за доцільне висунути тезу про те, що е-демократія є гібридом наявних форм реалізації волевиявлення суверенного носія влади – народу. Гібридність концепту е-демократії виявляється і у її методологічній стороні як науковій категорії політико-правових учень. Е-демократія не тільки гібридизує пряму і репрезентативну форми, але може бути повністю агрегована у наявні сучасні концепції демократії: у партисипативній демократії ІКТ можуть виконувати роль технологічного чинника залучення значних мас громадян у процес прийняття рішень; у делібративній демократії ІКТ виконують роль комунікатора між різними соціальними групами, роль майданчика для дискусу та з'ясування й уточнення позицій; у плюралістичній демократі ІКТ можуть виконувати роль артикуляції та узгодження інтересів різноманітних верств; у концепції егалітарної демократії рівність може розглядатися як рівність доступу до електронних ресурсів та сервісів («цифрова рівність» на якій так наголошує ЮНЕСКО); у плебісцитарній демократії ІКТ здатні ефективно забезпечити проведення частих акцій прямого волевиявлення, тощо. На

думку Б. Барбера, та форма демократії участі, яка прийде завдяки допомозі нових інформаційних технологій на зміну представницькій, скасує як представництво політичних професіоналів, тік і правління експертів і бюрократів [16]. Правильно вважають ті спеціалісти, які стверджують, що електронна демократія не становить якоїсь «радикальної новації», не змінює генеративної граматики сучасної політики, а, скоріше, вписується у неї, призводячи до змін на рівні політичного активізму. Мова може вестися лише про радикальні зміни у «низовій» політиці, яка тим не менше може вписуватися у цілковито класичні структури. Електрона демократія означає факт підвищення участі у політиці тих соціальних чи етнічних груп, які раніше були виключені з неї [10].

Таким чином, е-демократія з науково-методологічної точки зору являє собою унікальний правовий феномен – sui generis, що може бути досліджений за допомогою комплексного міждисциплінарного інструментарію – теорії конституційних правовідносин, загально-правової герменевтики, теорії систем, кібернетичного аналізу, політологічного інжинірингу тощо. Як влучно зазначають експерти, «Інтернет-демократія – це спосіб поставити питання про демократію заново /.../ Технічні рішення виявляють той факт, що «дігіталізація» ставить питання про своєрідне переустановлення демократії чи модернізацію демократії» [10]. Комплексний, гібридний характер даного правового феномену зумовлює інтегрований науковий підхід для опанування специфікою виникнення і реалізації конституційних прав громадян, що виникають при використанні ІКТ у політико-правовій дійсності.

Видатний голландсько-американський політико-конституційний компаративіст Арендт Лейпхарт, розмежовуючи види дослідження окремо взятих випадків політико-правового життя (case-study), що, на нашу думку, цілковито справедливо і для е-демократії, виділив такі види: пояснювальні дослідження випадки, коли використовується існуюча теорія для роз'яснення конкретного кейса; дослідження випадку для постановки питань чи перевірки теорії; використання кейсу для закріплення теорії; дослідження випадку, що відхиляється [17, p. 691].

На наш погляд, у випадку із sui generis е-демократією доцільно використовувати наявні теорії демократії, їх принципи й обґрунтування, але з огляду на ті широкі можливості, які надають ІКТ, оскільки е-демократія уточнює праворозуміння реалізації усієї системи демократичних прав і свобод у державі, надаючи людям широкі можливості реалізації усього спектру конституційних прав – економічних, соціальних, культурних, релігійних і т. д. – шляхом надання загальнодоступних інструментів і сервісів, що перебувають у вільному доступі, забезпечує транспарентність механізмів правового захисту активних громадян. Влучно зазначив А. С. Мордовец, що інститути демократії виникають і функціонують не тому і не для того, що потребують юридичного оформлення, а у зв'язку з тим, що відображають потреби та інтереси людей у самоорганізації, самоуправлінні. Демократія, що ґрунтується на духовній творчості населення, сприяє правотворчій ініціативі населення (представницькі органи, референдум), встановленню верховенства права, закону у суспільстві. За такого розуміння демократії право перестає бути придатком державної влади, слугує надійною гарантією охорони і захисту прав людини і громадянина [18, с. 155]. П. Шайн стверджує, що електронна демократія повинна оживити демократію, навчивши громадян реалізації демократичних ініціатив технологічно [19, с. 35]. А всесвітньо відомий Білл Гейтс зазначив, що «інформаційна магістраль трансформує нашу культуру не менш кардинально, аніж книгодрукарський прес Гутенберга – середньовічну» [20, с. 19]. Ще більш оптимістично висловився Л. Гроссман (Lawrence K. Grossman), який є автором концепції «електронної республіки»: «Запровадження нових технологій, здатних привести до формування третьої, після античної та представницької, великої епохи демократії /.../ високої вірогідності набувають втрачені ідеали античної демократії, де усі громадяни полісу брали постійну участь у політиці» [21, p. 16]. Можливо, саме завдяки дослідженням на кшталт зазначеного дослідження Лоуренса Гроссмана про е-демократію стали метафорично говорити у багатьох джерелах як про «нову Агору» [22, с. 63], а у Європарламенті було ініційовано низку форумів – «Агора громадян 21 сторіччя» [23].

На наш погляд, апелювання до ідеалів античної демократії та звернення до неї як до прототипу сучасної е-демократії можливо здійснювати тільки зі значною часткою умовності. За античних часів демократія як політико-правовий режим мала виключно конкретне значення, яке не збігається з ліберальними уявленнями про демократію 18-го ст., а тим паче із сучасними уявленнями про демократію. Падіння античних демократій стало закономірністю, що не потребує ані осуду, ані схвалення і є історично-правовою даністю. Здебільшого падіння античних демократій відбулося не через зовнішнє збройне втручання, а через самі суперечності, які були закладені у самій сутності античних демократій. А тому ідеали Агори необхідно досить обережно узгоджувати із сучасними правовими механізмами е-демократії.

Вочевидь, одним із завдань розвитку конституційно-правової доктрини на сучасному етапі є не тільки фокусування уваги законотворця на прогалинах і недоліках у забезпеченні електронних форм демократії та пояснення причин утворення таких прогалин чи колізій, але й реалізація креативного потенціалу доктринального конституціоналізму для того, щоби розробляти, ініціювати, пропонувати правові механізми, засоби і процедури гарантування захисту демократичних свобод і принципів демократії електронними формами. Іншими словами, мова має вестись не тільки про академічне обґрунтування готових світоглядних концепцій е-демократії, запропонованих політологами і соціологами, але й про представлення власних, юридичних, конституційно-правових, доктринальних концептів розвитку демократичного режиму, оскільки кон-

ституційно-правова наука володіє величезним потенціалом, доробками й унікальним інструментарієм щодо дослідження демократії з точки зору її кореляції у правовідносинах як явища юридичного порядку.

Таким чином, правильне розуміння ролі та значення е-демократії сприяє виробленню фундаментальних концепцій розвитку конституційного права, що можуть бути втілені в основні засади розвитку конституційного права, реалізацію та захист конституційних прав громадян у тому числі і за допомогою сучасних технологій.

Список використаних джерел:

1. Dijk J. Digital democracy: issues of theory and practice / J. Dijk, K. Hacker. – SAGE, 2000 – 228 p.

2. Соловьев А.В. Культура информационного общества : учебное пособие / А.В. Соловьёв; Ряз гос. ун-т им. С.А. Есенина. – Рязань, 2013. –276 с.

3. Хабермас Ю. Будущее человеческой природы: На пути к либеральной евгенике? / Ю. Хабермас ; пер. с нем. М.Л. Хорькова. – М. : Весь Мир, 2002. – 144 с.

4. Boker, G. Sorting things out: classification and its consequences / G. Boker. – Boston :Massachusetts Institute of Technology MIT Press, 1999. – P. 12–32.

5. Becker T. Governance and electronic innovation: A clash of paradigms, Information, Communication and Society / Becker T. – Newcastle: News press, 1998. – P. 339–343.

6. Пруденко Я.Д. Гуманитарные науки в цифровой век или неотвратимость дисциплинарной гибридизации / Я.Д. Пруденко, Д.Ю. Кузьмина // Международный журнал исследований культуры. International Journal of Cultural Research. – Издательство «Эйдос». – 2012. – № 3 (8). – С. 17.

7. Плавич В.П. Сучасні проблеми формування та розвитку нової парадигми права / В.П. Плавич // Держава і право : збірник наукових праць. Юридичні і політичні науки. Випуск 24. – Київ, 2007. – С. 3–12.

8. Калюжний К.А. Трансформация политической системы под воздействием новых информационных технологий : автореф... дис. канд. полит. наук / К.А. Калюжний. – М., 2004. – 22 с.

9. Economic Commission for Latin America and the Caribbean // Roadmaps toward an Information Society: A Latin American and Caribbean Perspective [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.eclac.cl/cgiam/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/0/12900/P12900.xml&xsl=/ddpe/tpl-/p9f.xsl&base=\tpl-i\top-bottom.xsl

10. Центр модернизационных решений. Как нам модернизировать демократию: вызовы и перспективы электронной демократии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.liberty.ru/Themes/Kak-nam-modernizirovat-demokratiyu-vyzovy-i-perspektivy-elektronnoj-demokratii

11. Norman A. Information Society: An Economic Theory of Discovery, Invention and Innovation / Norman A. – Boston, 1993. – 333 p.

12. Leggewie, C. Demokratie auf der Datenautobahn Internet und Politik / C. Leggewie [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.akademie3000.de/1/05/04/00311/

13. Adams, K. Word Wranglers, Automatic classification tools transform enterprise documents from bags of words into knowledge resources, Intelligent Enterprise communities, United Business Media / K. Adams. – 2004. – P. 3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.intelligentkm.com/feature/010101/feat1.jhtml?_requestid=11

14. Leonid Volkov – Feudor Krasheninnikov. Кое что о демократии [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://democratia2.ru/group/4fbd2ca0-d2b7-4b73-85d7-a46c6a73bb1b/content

15. Norris, P. Digital Divide, Civic Engagement, Information Poverty and the Internet worldwide / P. Norris. – Cambridge : University Press, 2001. – P. 200–234.

16. Barber B. Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age / Barber B. – San Francisco: University of California Press, 1984. – 209 p.

17. Lijphart A. Comparative Politics and the Comparative Method / Lijphart A. // American Political Science Review. – 1971. – Vol. 65. – P. 691-693.

18. Мордовец А.С. Демократия, право процедура / А.С. Мордовец // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. – 776 с.

19. Shane P. Democracy online: the prospects for political renewal through the Internet / P.Shane. – Routledge, 2004. – 279 p.

20. Гейтс Б. Дорога в будущее / Б. Гейтс. – М.: Русская редакция, 19%. – 221 с.

21. Grossman L. The Electronic Republic: Reshaping Democracy in the Information Age / Grossman L. – N. Y.: The Viking Press, 1995. – 222 p.

22. Зайцев А.В. Новая Агора: гражданский диалог в Евросоюзе / А.В. Зайцев // NB: Вопросы права и политики. – 2012. – № 2. – С. 62–89

23. Towards a structured framework for European Civil Dialogue. Brussels, 15 February 2010 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.civicforum.fr/documents_towards_a_structured_framework_ for_european_ civil_dialogue.pdf.

В статье раскрывается правовая природа, роль и значение электронной демократии как новой формы политико-правового режима, которая сочетает в себе представительскую и прямую демократию. Проанализирована суть электронной демократии как элемента современных конституционно-правовых механизмов правового регулирования.

Ключевые слова: демократия, электронная демократия, формы демократии, политико-правовой режим государства.

The article deals with legal nature, role and importance of e-democracy as a new form of political-legal regime combining representative and direct democracy. There is analyzed the essence of e-democracy as an element of modern constitutional and legal mechanisms of legal regulation.

Key words: democracy, e-democracy, forms of democracy, political and legal regime of the state.

УДК 342.25(477)-048.94

Анна Новак,

асистент кафедри державного будівництва
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ДЕЛЕГУВАННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ У МЕХАНІЗМІ ДЕЦЕНТРАЛІЗАЦІЇ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

У статті проаналізовані наукові позиції стосовно визначення поняття «децентралізація влади» та розглянуто її різні аспекти. Відмежовано децентралізацію від деконцентрації, а також встановлені їхні спільні риси. Проведено аналіз поняття «делегування повноважень» та окреслено його основне значення для врегулювання суспільних відносин у державі. Зроблено відповідні висновки щодо питання про співвідношення децентралізації та делегування окремих повноважень органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування.

Ключові слова: делегування повноважень, децентралізація влади, деконцентрація, органи місцевого самоврядування, органи виконавчої влади, реформа місцевого самоврядування.

Постановка проблеми. Децентралізація державної влади визначає основний вектор сучасної правової політики України у сфері місцевого самоврядування. Перерозподіл владних повноважень із посиленням управлінської ролі муніципальних органів є одним із завдань системних реформ у різних галузях та сферах суспільного життя. Реальне місцеве самоврядування на всіх рівнях територіальної організації влади – це конкретний крок у напрямі подальшої лібералізації управління на місцях, пов'язаний із вирішенням проблем формування громадянського суспільства та соціально-правової держави, посиленням захисту прав і свобод людини і громадянина, їх практичною реалізацією.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти взаємодії державних і самоврядних органів, проблеми делегування державних повноважень місцевим органам влади в контексті децентралізації влади в Україні знайшли своє відображення в наукових розробках О. В. Батанова, В. І. Борденюка, Г. В. Бублик, Ю. В. Делія, Т. О. Карабін, О. Д. Крупчан, П. М. Любченко, О. Ю. Лялюка, А. М. Нікончука, А. М. Онупрієнко та ін. Незважаючи на велику кількість наукових доробків стосовно окремих питань делегування державних повноважень, а також децентралізації державної влади, питання визначення ролі та місця делегованих повноважень у процесі децентралізації влади залишаються невирішеними.

Мета статті. У рамках дослідження необхідно з'ясувати місце делегованих державних повноважень у механізмі децентралізації влади в Україні. У зв'язку із цим можна виділити такі завдання статті: розглянути різні аспекти понять «децентралізація влади» та «делегування повноважень», які виділяють у наукових колах; відмежувати децентралізацію влади від суміжних понять; проаналізувати наукові позиції стосовно співвідношення децентралізації та делегування повноважень; визначити концептуальні основи місцевого самоврядування та найбільш прийнятну модель організації і функціонування місцевого самоврядування для здійснення децентралізації влади в Україні.

Виклад основного матеріалу. Реформи децентралізації влади були проведені в кінці XX – на початку XXI століття більшістю сучасних демократичних держав. У межах цих реформ національні моделі місцевого самоврядування в зарубіжних країнах зазнали змін, пов'язаних зі збільшенням кількості делегованих державою повноважень, посиленням фінансової самостійності, спрощенням системи державного контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування та переходом до суто наглядової діяльності, а також розширенням можливостей впливу представників громад на муніципальне управління [3, с. 9].

В Україні, на відміну від європейських держав, реформа децентралізації влади ще не завершена. Як визначено Стратегією сталого розвитку «Україна – 2020», затвердженою Указом Президента України від 12.01.2015 № 5/2015, метою Стратегії є впровадження в Україні європейських стандартів життя й одночасно політики у сфері децентралізації, що передбачає відхід від централізованої моделі управління в державі, забезпечення спроможності місцевого самоврядування та побудовау ефективної системи територіальної організації влади в Україні, реалізацію у повною мірою положень Європейської хартії місцевого самоврядування, принципів субсидіарності, повсюдності і фінансової самодостатності місцевого самоврядування [17].

Децентралізація традиційно визначається як процес розширення і зміцнення прав та повноважень адміністративно-територіальних одиниць або нижчих органів та організацій з одночасним звуженням прав і повноважень відповідного центру [20, с. 168–169]. При цьому розрізняють два типи децентралізації: адміністративну (бюрократичну) і демокра-

© А. Новак, 2017

тичну. Перший тип – адміністративна децентралізація – означає розширення компетенції місцевих адміністративних органів, які діють у межах цієї компетенції самостійно і до певної міри незалежно від центральної влади, хоча і призначаються центральним урядом. Другий тип – демократична децентралізація – передбачає створення розгалуженої системи місцевого самоврядування, коли місцеві справи вирішуються не представниками центрального уряду, а особами, обраними населенням [20, с. 168–169].

Такий підхід можна вважати широким, поряд із яким існує й інша, більш вузька, наукова позиція. В. В. Кравченко визначає децентралізацію як процес передачі частини функцій та повноважень центральних органів виконавчої влади органам регіонального та місцевого самоврядування [11, с. 452]. М. М. Баймуратов, виокремлюючи децентралізацію як форму розподілу повноважень поряд із деконцентрацією та повною централізацією, характеризує її як вилучення із центральної влади повноважень на прийняття важливих рішень і здійснення їх на місцях органами, що володіють певною незалежністю щодо центральної влади. При цьому умовами децентралізації науковець називає: а) визнання авторами конституції або законодавцем існування певних автономних інтересів, наприклад інтересів місцевого значення в муніципалітетах; б) управління такими інтересами має бути доручено органам, що володіють певною незалежністю щодо центральної влади [1, с. 289].

Багато дослідників децентралізацію відокремлюють від деконцентрації. Якщо перша розглядається як система управління, за якої частина функцій центральної влади переходить органам місцевого самоврядування, то друга – як формальний або неформальний розподіл владної компетенції поміж кількома інститутами чи центрами прийняття рішень, які функціонують на різних щаблях організації влади (центральному, регіональному, місцевому) [8, с. 52].

Спільним для деконцентрації та децентралізації є той факт, що повноваження на прийняття важливих рішень вилучаються у центральної влади і здійснюються на місцях. Однак їх політичне і практичне значення досить різне. Деконцентрація – це лише техніка управління, яка сама по собі не рівнозначна розвитку демократії, оскільки вона зберігає всю адміністрацію в розпорядженні центральної влади чи її представників. Децентралізація ж має певні демократичні переваги, оскільки передбачає передачу управління максимальної кількості справ у руки безпосередньо заінтересованих осіб, або їх представників [6, с. 171].

Децентралізація як процес перерозподілу владних повноважень безпосередньо пов'язана з розширенням функціонально-компетенційної сфери місцевого самоврядування. І якщо муніципалізація державних повноважень шляхом їх передачі з компетенції центральних та/або регіональних органів державної влади традиційно визначається способом децентралізації влади, то питання співвідношення децентралізації та делегування окремих повноважень органів виконавчої влади органам місцевого самоврядування у юридичній науці має доволі дискусійний характер.

Із цього приводу слід відзначити декілька сучасних, інколи протилежних за своєю суттю підходів. Так, О. Крупчан зазначає, що делегування повноваження необхідно розглядати як одну з форм реалізації інституту децентралізації публічної влади, децентралізація – це поступове делегування частини державних повноважень місцевим органам влади [12, с. 17]. Аналогічного підходу дотримується і Г. В. Бублик, вказуючи, що процес делегування повноважень можна розглядати як реалізацію інституту децентралізації публічної влади [5, с. 94-95]. Окремі вчені вказують, що саме місцеве самоврядування є децентралізованою формою державного управління, і влада органів місцевого самоврядування є однією з форм демократичної децентралізації виконавчої влади, сутність якої полягає у звичайному розподілі повноважень щодо здійснення завдань і функцій виконавчої влади [19, с. 51]. Як ефективну форму децентралізації владних повноважень характеризує делегування А. М. Онупрієнко [16, с. 208].

З іншого боку, зокрема, В. І. Борденюк говорить про необхідність розмежування децентралізації державної влади і делегування повноважень органам місцевого самоврядування. За децентралізації, відзначає вчений, відповідні повноваження первісно належать їм за законом. Делегованими повноваженнями є ті повноваження, які первісно закріплені за відповідним державним органом законом чи іншим нормативно-правовим актом, виконання яких він має право передати менш повноважним органам, у тому числі органам місцевого самоврядування [4].

Компромісний підхід пропонує Т. О. Карабін, поділяючи децентралізацію на два види: децентралізацію як передачу повноважень та децентралізацію як делегування повноважень [10, с. 441]. Перший вид означає незворотне наділення органів місцевого самоврядування владними повноваженнями, а децентралізація як делегування повноважень – це тимчасова передача повноважень [20, с. 54]. Відмінність делегування як виду децентралізації від передачі повноважень полягає в тому, що суб'єктом, який передає повноваження, є орган, у компетенції якого і перебуває відповідне повноваження [10, с. 442].

Відповідь на зазначене питання вимагає, на наш погляд, звернення до теоретичних основ делегованих повноважень.

Лексичне значення терміна «делеговані повноваження» полягає у передачі повноважень на певний час зі збереженням у делегуючого суб'єкта права повернути їх до власного виконання [7, с. 213].

У юридичній науці було запропоновано розглядати делегування як специфічний спо-

сіб надання повноважень, за якого один орган покладає на інший обов'язок і надає йому на визначений або невизначений час право вирішувати питання, віднесені до компетенції першого органу. Тому делеговані органу повноваження звичайно пов'язані з його «власною» компетенцією [13, с. 252].

Матеріальна сторона делегування виходить із принципу delegata potestas non potest delegate, який означає: делегування має формостворюючий характер: з'являється нова компетенція поруч зі старою. Акт делегування створює нову компетенцію поруч із попередньою, не знищуючи при цьому стару. Передається не сама компетенція, а тільки право розпоряджатися нею [21].

Делегування повноважень дає можливість швидкого реагування на процес урегулювання певних соціальних, економічних та інших відносин, що виникають у суспільстві, адже повноваження надаються саме тому органу, який може найкраще їх використати для досягнення найбільш позитивного результату [5, с. 94]. Адміністративні структури органів місцевого самоврядування та їх близькість до місцевих умов може сприяти виконанню ними певних функцій, основна відповідальність за які належить вищим рівням управління [18, с. 43–44].

Відсутність чіткої визначеності концептуальних основ місцевого самоврядування в Україні породжує цілу низку питань під час проведення відповідних реформ. Так, децентралізація влади у її вузькому розумінні мала би забезпечуватися шляхом саме встановлення або передачі органам місцевого самоврядування повноважень, що фактично призводило б до муніципалізації відповідних повноважень. Проте децентралізація в Україні здебільшого забезпечується шляхом саме делегування повноважень, за якого природа відповідних повноважень залишається державною. Такий підхід, на наш погляд, має характер правової колізії. Пояснимо нашу позицію.

Сучасне конституювання громадівської концепції місцевого самоврядування при інституціональному розмежуванні органів державної влади та органів місцевого самоврядування зумовлює необхідність такого ж чіткого розмежування предметної підвідомчості цих органів. Але перелік суто місцевих справ скласти важко, тому що доволі непросто виділити ті інтереси, які мають виключно мешканці конкретного муніципального організму, теоретично будь-яка послуга, що надається центральним урядом, за винятком, мабуть, лише національної оборони, може здійснюватися місцевим самоврядуванням за наявністю в нього достатніх ресурсів [2, с. 343]. У правозастосовній сфері така ситуація породжує факти конкуренції компетенції місцевих органів державної влади й органів місцевого самоврядування та управлінські конфлікти між ними.

Розуміння того, що органи місцевого самоврядування не можуть функціонувати ізольовано, вирішуючи тільки відокремлене коло «питань місцевого значення», рівною мірою як і того, що державне управління не може мати територіально усічену функціональну модель, призвело до того, що під час законодавчого проектування нормативної моделі організації і функціонування місцевого самоврядування законодавець заклав у Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні» іншу позицію – концепцію муніципального дуалізму, тим самим визнавши можливість здійснення органами місцевого самоврядування як самоврядних, так і державних повноважень.

З точки зору європейських стандартів, визначених Європейською хартією місцевого самоврядування, яка є частиною національного законодавства України, питання підвідомчості немає такої гостроти [9]. Адже, як відомо, виходячи з позицій державницької концепції, Європейська хартія визнає єдність питань відання як органів державної влади, так і органів місцевого самоврядування – це «публічні справи» [9]. Право на регулювання та управління суттєвою часткою цих справ надане органам місцевого самоврядування (ч. 1, ст. 3) [9]. Унаслідок цього розмежування компетенції між органами державної влади та органами місцевого самоврядування базується на доволі прагматичному підході, передбачаючи чітке визначення кола повноважень, що здійснюється цими органами. При цьому Європейська хартія визнає делегування повноважень хоча і додатковим, але повністю властивим децентралізованій системі територіальної організації влади способом формування компетенції органів місцевого самоврядування.

Таким чином, протиставлення процесів делегування повноважень та децентралізації влади можливе лише з позицій громадівської концепції місцевого самоврядування. Але сучасна сильна демократична держава повинна функціонувати не на засадах розмежування, а на консолідації механізму публічно-владного управління, підпорядкованій загальним принципам і завданням суспільного та державного розвитку. Система публічного управління, як і будь-яка високо організована соціальна система, характеризується цілісністю лише тоді, коли забезпечується спеціалізація її елементів. І саме із цієї точки зору має відбуватися функціонально-компетенційна спеціалізація органів місцевого самоврядування на вирішенні тих питань, що найбільшою мірою пов'язані з належним життєзабезпеченням громадян.

Тому вважаємо необхідним закріпити на конституційному рівні концептуальні засади муніципального дуалізму. За такого підходу делегування повноважень може бути визначено одним зі способів переміщення владних повноважень із загальнодержавного та (або) регіонального та (або) місцевого рівня державного управління на рівень місцевого самоврядування, а тому – способом децентралізації влади.

Висновки

Будь-які децентралізаційні процеси несуть певні ризики дезінтеграції публічного управління. Але запорукою мінімізації їх стають вивіреність державно-правових рішень, системність, поступовість та послідовність державної політики щодо децентралізації влади. І в цьому відношенні використання інституту делегування повноважень має позитивне значення, оскільки диверсифікація організаційної моделі публічного управління дозволяє забезпечити збереження стану керованості та контрольованості певною сферою суспільних відносин. За словами А. М. Нікончука, саме децентралізація виступає одним зі способів оптимізації державного управління [14, с. 5]. На підставі цього принципу вектор делегування повноважень має відцентровий характер, спрямований на посилення функціонально-компетенційного складника статусу муніципальних структур. У сучасних умовах переходу від централізованої моделі організації публічної влади до децентралізованої здійснювана шляхом делегування повноважень децентралізація державної влади виступає скоріше способом формування того обсягу повноважень місцевого самоврядування, який повинен належати йому відповідно до принципу субсидіарності [15, с. 122], який передбачає необхідність здійснення публічних повноважень переважно тими органами, які мають найтісніший контакт із громадянином [9].

Започатковані в Україні реформи із децентралізації влади стикнулися з відсутністю чіткої концептуальної основи місцевого самоврядування і, як наслідок, відсутністю системного бачення розподілу компетенції між органами державної влади та органами місцевого самоврядування. На нашу думку, закріплення концепції муніципального дуалізму на найвищому законодавчому рівні визнає можливість органів місцевого самоврядування як вирішувати питання місцевого значення, так і брати участь у розв'язанні державних справ шляхом виконання делегованих повноважень.

Список використаних джерел:

1. Баймуратов М. М. Компетенція місцевого самоврядування та органу місцевого самоврядування: онтологічні та аксіологічні підходи щодо виявлення та розуміння / М. М. Баймуратов // Держава і право. Юридичні і політичні науки.– К.: Ін-т держави і права НАН України, 2007. – Вип. 38 – С. 287–296

2. Батанов О. В. Муніципальна влада в Україні: проблеми теорії та практики / О.В. Батанов. – К.: Юрид. думка, 2010. – 656 с.

3. Бодрова І. І. Європейський досвід удосконалення адміністративно-територіального устрою / І.І. Бодрова // Європейський досвід удосконалення місцевого самоврядування / Нац. акад. прав. наук України, НДІ ДБМС. – Х.: Оберіг, 2012. – – С. 5–36.

4. Борденюк В. Децентралізація державної влади і місцеве самоврядування: поняття, суть та форми (види) / В. Борденюк // Право України. – 2005. – № 1. – С. 21–25.

5. Бублик Г. В. Делегування повноважень місцевими органами влади: організаційно-правовий аспект : дис... канд. юрид. наук: спец. 12.00.07 «Адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / Г. В. Бублик; Нац. акад. держ. управ. при Президентові України. – К., 2005. – 178 с.

6. Ведель Ж. Административное право Франции / Ж. Ведель ; под ред. М.А. Крутоголова. – М.: Прогресс, 1973. – 512с.

7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. – К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2003. – 1728 с.

8. Дробуш І. Децентралізація та субсидіарність як необхідні умови реалізації соціальних прав територіальних громад на місцевому рівні / І. Дробуш // Національний юридичний журнал: Теорія і практика. – 2014. – Вип. 6. – С. 50–55.

9. Європейська хартія місцевого самоврядування: Хартія, міжнародний документ від 15.10.1985 р. [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_036

10. Карабін Т. О. Проблеми децентралізації виконавчої влади в Україні та можливі напрями їх вирішення [Електронний ресурс] / Т.О. Карабін // Форум права. – 2012. – № 4. – С. 439–444. – Режим доступу: http://arhive.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2012-4/12ktoniv.pdf

11. Кравченко В. В. Конституційне право України : навчальний посібник / В. В. Кравченко.– 6-е вид., виправл. та доповн. – К.: Атіка, 2007. – 592с.

12. Крупчан О. Формування компетенції місцевих органів публічної влади шляхом делегування повноважень / Олександр Крупчан // Юридична Україна. – 2013. – № 7. – С. 14–19.

13. Лазарев Б. М. Компетенция органов управления / Б.М. Лазарев – М.: Юрид. лит., 1972. – 280 с.

14. Нікончук А. М. Теоретичні засади децентралізації влади в процесі розвитку місцевого самоврядування в Україні / А.М. Нікончук // Право і безпека. – 2011. – № 5. – С. 5–8.

15. Новак А. А. Принципы делегирования органам местного самоуправления отдельных полномочий органов исполнительной власти в Украине / А.А. Новак // Legea si viata: Publicaţie ştiinţifico-practică. – № 8/2. – Moldova, 2016. – С. 120–124.

16. Онупрієнко А. М. Місцеві органи влади в механізмі демократичної держави: теоретико-правовий аналіз : монографія / А.М. Онупрієнко. – Х.: ПП «Торсінг», 2009. – 300 с.

17. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020»: Указ, Стратегія від 12.01.2015 № 5/2015 [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/5/2015

18. Фролов О. О. Правове регулювання компетенції органів місцевого самоврядування: зарубіжний досвід / О.О. Фролов // Державне будівництво та місцеве самоврядування – 2015. – Вип. 30. – С. 40–48.

19. Шаповал В. М. Сутнісні характеристики місцевого самоврядування / В.М. Шаповал // Право України. – 2002. – № 3. – С. 48–54.

20. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: «Укр. енцикл.», 1999. – Т. 2. – 744с.

21. P. W. Duff, H. E. Whiteside Delegata Potestas Non Potest Delegari A Maxim of American Constitutional Law, 14 Cornell L. Rev. 168 (1929) – Available at: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss2/4

В статье проанализированы научные позиции относительно определения понятия «децентрализация власти» и рассмотрены ее различные аспекты. Разграничены децентрализация и деконцентрация, а также установлены их общие черты. Проведен анализ понятия «делегирование полномочий» и очерчено его основное значение для урегулирования общественных отношений в государстве. Сделаны соответствующие выводы по вопросу о соотношении децентрализации и делегирования отдельных полномочий органов исполнительной власти органам местного самоуправления.

Ключевые слова: делегирование полномочий, децентрализация власти, деконцентрация, органы местного самоуправления, органы исполнительной власти, реформа местного самоуправления.

The article analyzes scientific proposals concerning «decentralization of power» and studies its different aspects. A line is drawn between decentralization and de-concentration, and their common characteristics are determined. The analysis of the notion «delegating of authority» is done and its fundamental importance in settlement of public relations in the state is outlined. The corresponding conclusions are made about the questions of inter-relations of decentralization and delegating of certain authorities of the bodies of executive authority of the bodies of local government.

Key words: delegating of authority, decentralization of power, de-concentration, bodies of local government, bodies of executive authority, reform of the local government.

УДК 342.7:342.565.2

Ілля Юрійчук,

магістр права кафедри правосуддя юридичного факультету,
лаборант юридичної клініки юридичного факультету
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

КОНСТИТУЦІЙНА СКАРГА ТА ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В УКРАЇНІ

У статті досліджується питання про правову природу інституту конституційної скарги в Україні, внесеного змінами до Конституції України, та іноземний досвід у її запровадженні. Розкриваються питання особливостей реалізації права на правову допомогу в конституційному провадженні з розгляду конституційних скарг та перспективи запровадження їх в українське законодавство.

Ключові слова: верховенство права, конституційна скарга, право на правову допомогу, захист прав людини, конституційне провадження.

Постановка проблеми. В умовах конституційної реформи правової системи в Україні забезпечення принципу верховенства права є основним напрямом сучасного державного будівництва та способом гарантування реалізації і захисту природного права людини на справедливий суд. Так, у ч. 1 ст. 8 Конституції України передбачено: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права» [1]. На нашу думку, цей принцип означає забезпечення верховенства Конституції України та прав людини і громадянина. Саме тому важливим елементом принципу верховенства права є забезпечення доступу кожного до правосуддя з метою захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та законних інтересів.

У зв'язку із запровадженням інституту конституційної скарги в ст. 1511 Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» [2] необхідним є проведення теоретико-прикладного дослідження цього конституційно-правового інституту. При цьому невирішеним питанням залишається дослідження особливостей реалізації права на правову допомогу в конституційному судочинстві. Це, на нашу думку, забезпечить належний захист прав кожного, підвищення рівня доступу до правосуддя, зміцнення верховенства права в Україні та відповідність європейським стандартам системи надання громадянам правової допомоги [3].

Вищевикладені положення зумовлюють актуальність обраного нами дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Інститут права на правову допомогу в Україні був предметом наукового пошуку вчених-теоретиків, представників науки цивільного процесуального, кримінального процесуального права та судового права. Зокрема, в науці теорії держави і права дане питання досліджували Є. Ю. Бова, В. С. Личко, В. М. Ісакова, Д. В. Гончар, Ю. Т. Шрамко, Н. В. Хмелевська та інші. В. В. Заботін, О. С. Захарова, О. В. Максименко, Т. В. Омельченко, О. Г. Яновська, О. В. Росильна та інші досліджували право на правову допомогу в цивільному та кримінальному процесі. У науці судового права інститут права на правову допомогу досліджували Т. В. Вільчик, Л. М. Москвич, І. В. Назаров, С. В. Прилуцький та інші. Однак учені-конституціоналісти, які на монографічному рівні досліджували проблематику конституційного судочинства, не приділили уваги інституту права на правову допомогу в конституційному судочинстві, що і зумовило вибір нами даної проблематики.

Метою статті є дослідження інституту конституційної скарги в законодавстві України та іноземних держав, а також особливостей реалізації права на правову допомогу у разі здійснення провадження за конституційною скаргою в Конституційному Суді України.

Виклад основного матеріалу. Запровадження інституту конституційної скарги в Україні є важливим кроком на шляху вдосконалення українського законодавства щодо відповідності його європейським стандартам у сфері захисту прав людини та їх об'єднань. Питання надання правової допомоги в конституційному судочинстві України набуває великої актуальності, що зумовлює необхідність дослідження цього правового інституту. Але, перш ніж вивчати дане питання, варто зробити теоретико-правове дослідження інституту конституційної скарги, її поняття та елементів, виявити досвід іноземних держав у її запровадженні.

У вітчизняній правовій науці конституційна скарга, на думку Т. О. Бринь, розглядається як звернення будь-яких осіб, які на законних підставах проживають на території України, до єдиного органу конституційної юрисдикції з приводу порушення їхніх конституційних прав шляхом ухвалення законодавчого акта за умови, що цей акт вже застосований або підлягає застосуванню у конкретній справі, що розглядається судом чи іншим органом державної влади [4, с. 6]. В. М. Шаповал розглядає конституційну скаргу як правовий засіб ініціювання в орга-

© І. Юрійчук, 2017

ні конституційної юрисдикції, насамперед фізичною особою, спеціальної процедури захисту конкретного права, що порушено актом, виданим державним органом або посадовою особою в системі виконавчої влади, чи рішенням суду загальної юрисдикції [5, с. 32].

Для розроблення та вдосконалення української моделі конституційної скарги доречно було б звернутися до позитивного досвіду зарубіжних країн та дослідити наявні моделі конституційних скарг.

Класичним прикладом країни, де конституційна скарга є дієвим засобом захисту порушеного права громадян, можна вважати Федеративну Республіку Німеччина [6, с. 33-34].

Інститут конституційної скарги закріплений на конституційному рівні в пункті 4а частини 1 статті 93 Основного Закону ФРН (включений Законом від 29 січня 1969 р.), згідно з яким Федеральний Конституційний Суд уповноважений розглядати конституційні скарги, що можуть бути подані будь-якою особою, яка вважає, що державна влада порушила одне з її основних прав або одне з прав, указаних у статтях 20 (частина 4), 33, 38, 101, 103 і 104 Основного Закону [7, с. 62].

Суб'єктом, наділеним правом звернення до органу конституційної юрисдикції з конституційною скаргою щодо захисту фундаментальних прав, закріплених Основним Законом ФРН, виступає будь-яка особа, чиї права були порушені. Громадяни наділені правом подавати конституційну скаргу стосовно будь-якого фундаментального права; іноземці та особи без громадянства можуть подати таку скаргу щодо тих прав, які за ними визнані Конституцією ФРН [8, с. 86].

Згідно зі статтею 92 Закону «Про Федеральний Конституційний Суд» в обґрунтуванні скарги мають бути визначені право, порушення якого підлягає оскарженню, а також акти, дії чи бездіяльність органу або установи, якими скаржнику завдано шкоди.

Підставою конституційної скарги виступає порушення державною владою фундаментальних прав особи, закріплених Основним Законом ФРН [7, с. 63].

Досить розвинутий та ефективний інститут конституційної скарги діє у Королівстві Іспанія, так звана процедура amparo (ісп. amparo – перекл. «захист», «заступництво», «допомога») або звернення за захистом (заява про захист), що виступає орієнтиром для інших країн світу (передусім, країн Латинської Америки – Аргентини, Венесуели, Мексики та ін.) [9, с. 12].

Група авторів, до якої входять О. Петришин, Ю. Барабаш, С. Серьогіна, І. Бодрова, зазначають, що процедура amparo здійснюється шляхом самостійного судочинства, яке порушується за ініціативою потерпілої сторони, і винесення рішення щодо конституційності чи неконституційності оскаржуваного нормативного акта чи рішення, що тягне за собою встановлені законодавством правові наслідки тільки для сторін справи, що розглядається. Ця процедура може застосовуватися паралельно з оскарженням у кримінальному, цивільному чи адміністративному порядку [10, с. 34].

Підставою конституційної скарги виступає порушення основоположних прав людини, однак вона забезпечує винятковий посилений захист лише обмеженого кола визнаних Конституцією Королівства Іспанія фундаментальних прав і свобод [7, с. 88].

Предметом конституційної скарги виступають будь-які дії чи бездіяльність державних органів, що належать до вертикалі виконавчої влади на центральному, регіональному чи місцевому рівнях, у разі, якщо вони порушують яке-небудь з основоположних прав, що підлягає захисту в порядку конституційного судочинства [7, с. 91].

Досить цікавим є досвід Польщі у використанні конституційної скарги в механізмі захисту прав людини. Аналізуючи питання права в державах Центральної та Східної Європи, Леже Раймон відзначає: «Польща є цікавим прикладом перебудови правової системи, яка здійснювалася під впливом двох тенденцій: реставрації та модернізації. Здається, що такі тенденції знайдуть свої аналоги в більшості держав цього регіону» [11, с. 186]. У зв'язку із цим, як вважає О. В. Щербанюк, для України як сусіда цієї держави є корисним досвід конституційного будівництва [12, с. 203].

Згідно з ч. 1 ст. 79 Конституції Республіки Польща, суб'єктом конституційної скарги може бути кожна особа, чиї конституційні права і свободи були порушені. Таким чином, сформульовано три матеріальні передумови скарги – особистий інтерес, правовий інтерес та реальний інтерес. Це означає, що особа, яка звертається з конституційною скаргою, повинна підтвердити (довести), що: 1) порушення конституційних прав стосується його особи (особистий інтерес); 2) порушення гарантованих йому конституційних прав стосується його правової позиції (правовий інтерес); 3) порушення його прав і свобод вже мало місце (реальний інтерес).

Право на подання конституційної скарги залежить також від інших умов. Зокрема, порушення прав скаржника має наступити внаслідок рішення суду або органів публічної адміністрації. Таке рішення повинно мати остаточний характер, тобто коли були вичерпані всі доступні за законом процедури оскарження рішення. Предметом конституційної скарги може бути тільки неконституційність нормативного акта, на підставі якого було винесене остаточне рішення, яке порушує права скаржника [13, с. 120].

Зі ст. 79 Конституції Республіки Польща випливає, що підставою конституційної скарги виступає порушення конституційних прав і свобод. Більшість цих прав викладено в Розділі II «Свободи, права та обов'язки людини і громадянина» Конституції, однак конституційна скарга може стосуватися прав, свобод чи обов'язків, що містяться в інших розділах Основного Закону [7, с. 101].

Таким чином, основні тенденції нормативно-правової регламентації інституту конституційної скарги у цих державах свідчать, що цей інститут обов'язково отримує визнання у конституціях, однак його регламентація на консти-

туційному рівні не має високого ступеня деталізації та закладає лише засади його правового регулювання [14, с. 94].

Більшість наукових досліджень проблематики конституційної скарги так чи інакше звертаються до аналізу окремих елементів правового механізму функціонування конституційної скарги.

Ми поділяємо позицію М. М. Гультая, що ґрунтовне вивчення правового механізму функціонування інституту конституційної скарги в різних країнах дозволяє нам виокремити такі його складові елементи, які слід передбачити та запровадити в законодавстві України:

1) підстава для подання конституційної скарги, якою виступає порушення гарантованих Основним Законом прав осіб неконституційними актами, діями чи бездіяльністю уповноважених органів державної влади.

2) суб'єкти, які наділені правом звернення з конституційною скаргою до органу конституційної юрисдикції [7, с. 47-48].

3) предмет (об'єкт) конституційної скарги, тобто коло юридичних актів, які підлягають оскарженню щодо їх неконституційності.

4) процесуальні умови прийнятності конституційної скарги (тобто так звані «фільтри»).

5) наслідки рішень органів конституційного контролю [7, с. 49-54].

Для досягнення мети нашого дослідження слід детально розглянути такі складові елементи конституційної скарги, як суб'єкти звернення та процесуальні умови прийнятності конституційної скарги, проаналізувати способи реалізації права на правову допомогу при здійсненні конституційного судочинства.

Суб'єктами подання конституційної скарги можуть бути лише громадяни певної держави або громадяни й іноземці та особи без громадянства щодо їхніх прав людини, гарантованих конституцією, тобто усі фізичні особи, які перебувають у межах юрисдикції держави.

Останній підхід є більш виправданим, оскільки міжнародне, у тому числі європейське, право у сфері прав людини, а також конституційне право демократичних країн визнає всіх осіб незалежно від їх громадянства носіями основоположних прав і свобод людини [7, с. 48-49].

Ю. Кузнецова зазначає, що право на конституційну скаргу слід надати фізичним і юридичним особам (з метою захисту прав і законних інтересів підприємств, установ, організацій), а також групам громадян, адже деякі права громадяни можуть реалізовувати лише групами (наприклад, право національних меншин на національно-культурну автономію, право на збереження життєвого середовища у місцях їх історичного й сучасного розселення) [15, с. 99].

Таким чином, більшість учених та практиків підтримують позицію, що кожному суб'єкту подання конституційної скарги необхідна кваліфікована правова допомога юриста-фахівця, що сприятиме більш обґрунтованому і належному захисту прав, свобод та законних інтересів людини і громадянина, а також їх об'єднань.

Більшість європейських національних систем конституційного контролю визнають однією з основних процесуальних умов прийнятності конституційної скарги (що планується запровадити і в Україні) вимогу щодо юридичного представництва. Ця вимога має на меті забезпечити надання скаржнику юридичної допомоги у складанні конституційної скарги та представництво в суді (за умови усного слухання справи), а також підвищити рівень обґрунтованості поданих скарг. Адже діяльність органу конституційного контролю є досить важливою, тому що досліджуються питання неконституційності нормативно-правових актів та захисту порушених прав суб'єктів звернення з конституційною скаргою. Тому допомога висококваліфікованого фахівця з права у процесі здійснення конституційного правосуддя є необхідною.

Якщо звернутися до досвіду деяких зарубіжних країн, зокрема таких, як Австрія, Монако, Італія, Люксембург тощо, то побачимо, що вимога бути представленим адвокатом у разі подання конституційних скарг суб'єктами подання є обов'язковою [7, с. 53].

На думку представників Венеційської комісії «За демократію через право», конституційне провадження з розгляду конституційних скарг, як правило, складається з декількох елементів або фільтрів, які допомагають уникнути перевантаження суду. По-перше, для того, щоб відкрити провадження за конституційною скаргою частими є випадки часового обмеження для оскарження. Проте, як відзначає Комісія, такі терміни повинні бути розумними для уможливлення належної підготовки скарги з боку людини чи громадянина (або юридичної особи) чи для забезпечення достатнього часу для адвоката, щоб бути належно проінструктованим. По-друге, за умови обов'язкового юридичного представництва особам, які перебувають у скрутному матеріальному становищі, така допомога має надаватись безкоштовно, а відмова у такому разі у фінансовій підтримці чи безкоштовній юридичній допомозі рівнозначна відмові в ефективному доступі до конституційного правосуддя. По-третє, Венеційська комісія рекомендує, щоб судові витрати не були надмірними і використовувалися тільки для недопущення зловживань, також повинно братися до уваги фінансове становище скаржника, що подає конституційну скаргу [16, с. 166].

Саме тому наголошується, що адвокати відіграють надзвичайно важливу роль, представляючи інтереси скаржників, через складність процедури розгляду конституційної скарги та відсутність належних правових знань у громадян держави [17, с. 340].

Юридичне представництво в конституційному процесі покликане допомогти заявнику захистити своє право чи законний інтерес та підвищити якість і обґрунтованість поданої конституційної скарги. Проте, як відзначила Венеційська комісія, юридичне представництво в конституційному судочинстві має негативні фінансові наслідки для скаржника.

Таким чином, особливо якщо юридичне представництво є обов'язковим, відмова в наданні фінансової допомоги або безоплатної юридичної допомоги може розцінюватися як

порушення ефективного доступу до правосуддя [16, с. 32].

Цікавими, на наш погляд, є доктринальні положення та наукові доробки представників науки та практики Литовської республіки, що може бути корисним та ефективним для законодавства України. Хоча у Литві ще не існує інституту індивідуальної конституційної скарги, певні кроки на шляху до її запровадження вже зроблено: 4 липня 2007 року Сейм затвердив Концепцію індивідуальної конституційної скарги [18, с. 125]. У даній Концепції представлено модель законодавчого закріплення інституту конституційної скарги в Литовській Республіці, яка охоплює такі принципи й основні положення її правового регулювання: 1) суб'єкт індивідуальної конституційної скарги – особа (фізична чи юридична), конституційні права і свободи якої порушено; 2) підстава для звернення до Конституційного Суду – закон або інший акт Сейму, акт Президента Республіки або уряду, на підставі яких було прийнято рішення, що порушує конституційні права і свободи особи; 3) людина має право звернутися з індивідуальною конституційною скаргою до Конституційного Суду тільки після того, як будуть вичерпані всі можливі засоби правового захисту, і не пізніше трьох місяців з дня остаточного рішення органу державної влади; 4) скарга складається адвокатом або самим заявником, якщо заявник – фізична особа з вищою університетською юридичною освітою; 5) з метою створення умов для підвищення доступності цього інструменту конституційного захисту у тому числі й для категорії соціально уразливих осіб розмір державного збору – мінімальний; 6) попередній відбір скарг може здійснюватися суддею Конституційного Суду, колегією суддів відповідно до загальних правил прийому звернень громадян; 7) правові наслідки рішення Конституційного Суду, прийнятого за результатами розгляду конституційної скарги, – право особи звернутися з приводу захисту порушеного права до того органу державної влади, в якому на підставі не відповідного Конституції закону акта було прийнято рішення, що порушує права і свободи людини [19, с. 191-193].

До речі, схожою особливістю реалізації права на правову допомогу в конституційному судочинстві характеризується законодавство Республіки Польща. Заявник не може подати скаргу до Конституційного Трибуналу безпосередньо – лише через свого представника (адвоката), оскільки це є дуже складною процедурою. Але, як зазначив суддя Конституційного Трибуналу Республіки Польща Мірослав Гранат, ця вимога не застосовується, якщо заявник є суддею, прокурором, нотаріусом або викладачем із вченим ступенем [20, с. 144].

Офіційно визнаний підхід до запровадження конституційної скарги в Литві та Польщі стає вагомим аргументом підтримання нами позиції щодо можливості запозичення такого досвіду існування та розвитку інституту конституційної скарги в Литовській Республіці та Республіці Польща. Адже, як слушно зауважив із цього приводу А. С. Головін, запровадження конституційної скарги потребуватиме внесення змін до Конституції України, Законів України «Про Конституційний Суд України», «Про безоплатну правову допомогу», відповідних положень процесуальних кодексів та інших законів України та Регламенту Конституційного Суду України [21, с. 244].

Згідно з даними Конституційного Суду України, станом на 27 квітня 2017 року на розгляді Конституційного Суду було 89 конституційних скарг. При цьому 10 скарг стосується кримінального процесуального законодавства, 4 скарги – цивільного процесуального законодавства, 4 скарги – адміністративного процесуального законодавства, 22 скарги – пенсійного законодавства та 49 скарг – інших питань. Отже, Верховній Раді України потрібно докласти зусиль до змін та доповнень чинного законодавства України для недопущення в подальшому таких порушень прав, свобод та законних інтересів кожної людини [22].

Висновки

Виходячи з проведеного дослідження, резюмуємо, що запровадження інституту конституційної скарги в Україні є важливим кроком до наближення національної правової системи України до європейських та міжнародних стандартів захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб при здійсненні конституційного правосуддя. При цьому важливим елементом процедури захисту конституційних прав є питання надання скаржникам ефективної правової допомоги (в тому числі безоплатної), що потребує подальшого вивчення та нормативного регулювання.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28.06.1996 р. (з останніми змінами та доповненнями від 15.03.2016 р.). – Видавець Паливода А.В., 2016.

2. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII // Відомості Верховної Ради. – 2016. – № 28. – Ст. 532.

3. Резолюція (78) 8 Комітету Міністрів про юридичну допомогу та консультації (прийнята Комітетом Міністрів 2 березня 1978 р. на 284-ому засіданні заступників міністрів) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_132 та інші.

4. Бринь Т.О. Конституційний Суд України в механізмі захисту та забезпечення прав і свобод людини і громадянина : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02 «Конституційне право муніципальне право» / Т. О. Бринь; Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. – Х., 2010. – 19 с.

5. Шаповал В.М. Суд як орган конституційного контролю (із зарубіжного досвіду) / В.М. Шаповал // Вісник Конституційного Суду України. – 2005. – № 6. – С. 20–33.

6. Шаповалова К.Г. Конституційна скарга в механізмі захисту прав та свобод людини і громадянина: порівняльне дослідження та перспективи запровадження в Україні [Електронний ресурс] /

К.Г. Шаповалова // Наше право. – 2014. – № 4. – С. 32–38. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2014_4_7

7. Гультай М.М. Конституційна скарга у механізмі доступу до конституційного правосуддя : монографія / М.М. Гультай. – Х. : Право, 2013. – 424 с.

8. Барли К. Конституционная жалоба в Германии / К. Барли // Вестник Конституционного Суда Азербайджанской Республики. – 2003. – № 1. – С. 86–92.

9. Клишас А.А. Процедура ампаро как форма конституционного контроля в Мексике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / А.А. Клишас. – М., 2002. – 23 с.

10. Проблеми та перспективи запровадження індивідуальної конституційної скарги в Україні : монографія / О.В. Петришин, Ю.Г. Барабаш, С.Г. Серьогіна, І.І. Бодрова. – К. : Атіка-Н, 2010. – 108 с.

11. Леже Раймон. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Раймон Леже; пер. с фр. [Грядов А.В.]. – М.: Волтерс Клувер, 2009 – 584 с.

12. Щербанюк О.В. Народний суверенітет і реалізація владоспроможності демократичної держави : монографія. Книга ІІ / О.В. Щербанюк. – К.: Логос, 2013. – 306 с.

13. Яценко І.С. Конституційна скарга як елемент реалізації системи стримування і противаг на прикладі Республіки Польща / І. С. Яценко // Наукові праці МАУП. – 2013. – Вип. 2. – С. 118–123. – (Серія : Політичні науки. Юридичні науки).

14. Гультай М.М. Основні напрямки правового регулювання інституту конституційної скарги в Україні // М.М. Гультай // Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 3. – С. 90–98.

15. Кузнецова Ю. Інститут конституційної скарги: теоретичні аспекти проблеми // Ю. Кузнецова / Вісник Конституційного Суду України. – 2013. – № 4. – С. 91–101.

16. Draft Study on Individual Access to Constitutional Justice on the basis of comments by Mr. G. Harutyunyan, Ms. A. Nussberger, Mr. P. Paczolay. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) – 166 p. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.venice.coe.int/webforms/ documents/default.aspx?pdffile=CDL-JU(2010)018rev-e

17. Перестюк О.О. Конституційна скарга як засіб захисту адвокатом конституційних прав громадян та юридичних осіб у конституційному праві // О.О. Перестюк // Збірник матеріалів Всеукраїнського круглого столу «Адвокатура України: історія та сучасність» (на пошану адвоката, президента Української Народної Республіки в екзині Степана Порфировича Витвицького), 24 листопада 2015 року, м. Львів / Уклад. І.Б. Василик, І.С. Яковець. – К. : КВІЦ, 2015. – С. 338–340.

18. Дейнюс Жалімас Індивідуальна конституційна скарга: на шляху до оптимальної моделі захисту прав людини // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції з питань запровадження конституційної скарги в Україні: збірка тез, м. Київ, 18 груд. 2015 р. / за заг. ред. Ю.В. Бауліна. – К.: ВАІТЕ, 2016. – 186 с.

19. Урбайтіс Р.-К. Конституційна юстиція та захист прав людини в Литві / Р.-К. Урбайтіс // Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу : матеріали міжнар. конф., 16 вересня 2011 р., Київ / відп. за ред. А.С. Головін. – К. : Логос, 2011. – С. 182–193.

20. Мірослав Гранат Порядок розгляду конституційних скарг в Польщі // Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції з питань запровадження конституційної скарги в Україні: збірка тез, м. Київ, 18 груд. 2015 р. / за заг. ред. Ю.В. Бауліна. – К.: ВАІТЕ, 2016. – 186 с.

21. Головін А. Окремі питання, пов'язані з запровадженням інституту конституційної скарги у вітчизняному законодавстві // Право України. – 2013. – № 1-2. – С. 244–268.

22. Офіційний веб-сайт Конституційного Суду України // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.ccu.gov.ua/novyna/ konstytuciyni-skargy-shcho-nadiyshly-do-konstytuciynogo-sudu-ukrayiny-za– stanom-na-26-kvitnya

В статье исследуется вопрос о правовой природе института конституционной жалобы в Украине, введенного изменениями к Конституции Украины, и зарубежный опыт её существования. Раскрывается вопрос об особенностях реализации права на правовую помощь в конституционном производстве по рассмотрению конституционных жалоб и перспектив введения их в украинское законодательство.

Ключевые слова: верховенство права, конституционная жалоба, право на правовую помощь, защита прав человека, конституционное судопроизводство.

The article analyzes a question about legal nature of the institute of constitutional complaint in Ukraine, that was established of changes in The Constitution of Ukraine and foreign experience of that prevalence. Article considers the question about features of realization the right to legal assistance in constitutional proceeding about reviewing the constitutional complaints and possibilities of establishment in Ukrainian legislation.

Key words: rule of law, constitutional complaint, right to legal assistance, defense of human rights, constitutional proceeding.

УДК 347.73

Марія Бліхар,

канд. екон. наук,
доцент кафедри конституційного та міжнародного права
Навчально-наукового інституту права та психології
Національного університету «Львівська політехніка»

ПРАВОВИЙ СТАТУС ОРГАНІВ ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ІНВЕСТИЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

У статті систематизовано державні органи України, що здійснюють контроль і нагляд за бюджетними інвестиціями. Обґрунтовано підхід до органів фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності в Україні, що запропоновано трактувати, відповідно, за компетенцією (органи загальної компетенції, коли фінансовий контроль не є основним напрямом діяльності, і спеціальної компетенції, коли органи створюються спеціально для здійснення фінансового контролю за інвестиційною діяльністю) та за рівнем (загальнодержавні, повноваження яких поширюються на всю територію держави, і місцеві, які мають такі повноваження лише в окремих адміністративно-територіальних одиницях).

Ключові слова: державний фінансовий контроль, органи фінансового контролю, реформування, інвестиційна діяльність.

Постановка проблеми. Державний фінансовий контроль реалізується за допомогою створюваної державою системи органів державного фінансового контролю. Ця система є елементом загальної структури контролюючих органів держави й водночас найважливішою частиною того фінансового механізму, за допомогою якого держава реалізує свою фінансову політику.

Якщо коротко оцінити систему органів, які сьогодні здійснюють управління в системі фінансового контролю в умовах інвестиційної діяльності, то потрібно зазначити, що це своєрідний конгломерат радянського фінансового контролю (його рудимент, який дожив донині), створений в Україні вже із залученням зарубіжного досвіду. Тому можна сказати, що наявна система фінансового контролю за публічними інвестиціями досить суперечлива, у ній важко працювати й тим, хто здійснює цей контроль, і тим, кого контролюють, а все через низьку його ефективність. Цим, мабуть, і можна пояснити масові в нашій державі факти розкрадання бюджетних коштів, виділених на інвестиційну діяльність, величезну кількість правопорушень і негативних явищ у цій сфері.

Проаналізовано наукові праці вітчизняних і зарубіжних фахівців, у яких розкрито питання фінансового контролю, серед яких роботи І. Іванової, С. Ніщимної, В. Піхоцького, Л. Савченко, І. Стефанюка, В. Шевчука.

Мета статті полягає в дослідженні правового статусу державних органів фінансового контролю за здійсненням інвестиційної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Щоправда, зміни за останні роки правового регулювання інвестиційної діяльності спрямовані на вдосконалення процесу державного управління інвестиційними програмами і проектами, бюджетними інвестиціями, передбачають необхідність упровадження системних перетворень наявного публічного фінансового контролю, який має забезпечити ефективність інвестиційної діяльності й відповідальність за порушення порядку її здійснення. Цьому має сприяти, зокрема, Стратегія сталого розвитку «Україна – 2020», схвалена Указом Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 [3], за якою серед завдань уряду вказано проведення реформ державного фінансового контролю та бюджетних відносин.

Загалом органи фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності в Україні можна поділити за компетенцією (органи загальної компетенції, коли фінансовий контроль не є основним напрямом діяльності, і спеціальної компетенції, коли органи створюються спеціально для здійснення фінансового контролю за інвестиційною діяльністю) та за рівнем (загальнодержавні, повноваження яких поширюються на всю територію держави, і місцеві, які мають такі повноваження лише в окремих адміністративно-територіальних одиницях).

До органів фінансового контролю загальної компетенції під час здійснення інвестиційної діяльності належать: 1) Верховна Рада України; 2) Президент України; 3) Кабінет Міністрів України; 4) місцеві державні адміністрації.

Правовий статус Верховної Ради України в галузі фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності оснований на положеннях Конституції України, Бюджетного й Податкового кодексів України.

Отже, Верховна Рада України реалізовує свої повноваження у сфері фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності

© М. Бліхар, 2017

шляхом прийняття законодавства, яке стосується державного бюджету й бюджетної системи України; системи оподаткування та митних платежів, які сплачують суб'єкти інвестиційної діяльності; засад функціонування фінансового, грошового, кредитного, інвестиційного тощо ринків; статусу національної валюти, іноземної валюти на території України; порядку випуску й обігу державних цінних паперів. Регламентовані у вищенаведених та інших нормативно-правових актах повноваження у сфері контролю за інвестиційною діяльністю Верховна Рада України реалізує самостійно або через створювані комітети й тимчасові спеціальні комісії. До їхньої компетенції входить робота над законопроектами, підготовка та попередній розгляд питань, що стосуються повноважень Верховної Ради України.

Повноваження Президента України у сфері фінансового контролю регламентовані ст. 106 Конституції України, відповідно до норм якої президент створює в межах коштів, передбачених у Державному бюджеті України, для здійснення своїх повноважень консультативні, дорадчі й інші допоміжні органи та служби; підписує закони, прийняті Верховною Радою України (Закон України «Про Державний бюджет України», Бюджетний кодекс України, Податковий кодекс України); має право накласти вето на прийняті Верховною Радою України закони з поверненням їх на повторний розгляд Верховній Раді України. Де-факто вплив президента на стан фінансового контролю в Україні реалізується шляхом створення фінансово-контрольних норм, які містяться в указах і розпорядженнях, завдяки утворенню, реорганізації й ліквідації за поданням прем'єр-міністра, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, а також через відповідні кадрові призначення.

Кабінет Міністрів України, згідно з Конституцією України та Законом «Про Кабінет Міністрів України», забезпечує проведення фінансової, цінової, інвестиційної й податкової політики; політики у сферах праці та зайнятості населення, соціального захисту, освіти, науки й культури, охорони природи, екологічної безпеки та природокористування; розробляє і здійснює загальнодержавні програми економічного, науково-технічного, соціального й культурного розвитку України; розробляє проект закону про Державний бюджет України та забезпечує виконання затвердженого Верховною Радою України Державного бюджету України, подає Верховній Раді України звіт про його виконання.

Фінансовий контроль на місцях забезпечують місцеві органи влади. Так, відповідно до ст. 119 Конституції України, місцеві державні адміністрації на відповідній території забезпечують:

– виконання Конституції й законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, інших органів виконавчої влади;

– виконання державних і регіональних програм соціально-економічного та культурного розвитку, програм охорони довкілля, а в місцях компактного проживання корінних народів і національних меншин програм їхнього національно-культурного розвитку;

– підготовку та виконання обласних і районних бюджетів;

– звіт про виконання відповідних бюджетів і програм;

– взаємодію з органами місцевого самоврядування;

– реалізацію інших наданих державою, а також делегованих відповідними радами повноважень.

Щодо обласних державних адміністрацій, то вони також здійснюють контролю за виконанням інвестиційних програм у сферах теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення. Такі повноваження надані їм відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання виконання інвестиційних програм у сферах теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення» від 1 жовтня 2014 р. № 552 [2], якою, власне, затверджено Порядок здійснення контролю за виконанням інвестиційних програм у сферах теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення.

До органів фінансового контролю спеціальної компетенції під час здійснення інвестиційної діяльності належать: 1) Рахункова палата України; 2) Міністерство фінансів України; 3) Міністерство економічного розвитку; 4) Державна казначейська служба України; 5) Державна аудиторська служба; 6) Державна фіскальна служба; 7) Державна митна служба України; 8) Аудиторська палата України; 9) Фінансово-кредитна рада з відбору проектів, для реалізації яких залучаються кошти під державні гарантії; 10) Міжвідомча комісія з питань державних інвестиційних проектів.

Ми не будемо докладно аналізувати правовий статус усіх органів фінансового контролю спеціальної компетенції, а лише тих, контрольні функції яких, уважаємо, є найважливішими під час здійснення інвестиційної діяльності.

Провідним органом фінансового контролю за здійсненням інвестиційної діяльності є Рахункова палата України.

Рахункова палата України діє на підставі Конституції України та нової редакції Закону України «Про Рахункову палату» від 2 липня 2015 р. [4]. Здійснюючи свою діяльність від імені Верховної Ради України, Рахункова палата керується такими принципами, як законність, незалежність, об'єктивність, безсторонність, гласність і неупередженість, і саме дотримання цих принципів визначає Рахункову палату як незалежний державний колегіальний орган зовнішнього фінансово-економічного контролю.

Відповідно до ст. 110 Бюджетного кодексу України, до повноважень Рахункової палати входить здійснення контролю за надходженням і використанням коштів Державного бю-

джету України, зокрема за утворенням, обслуговуванням і погашенням державного боргу, ефективністю управління коштами державного бюджету, використанням коштів місцевих бюджетів у частині трансфертів, що надаються з державного бюджету. При цьому Рахункова палата за підсумками кожного кварталу подає Верховній Раді України висновки про стан виконання закону про Державний бюджет України, а також пропозиції щодо усунення порушень, виявлених у звітному бюджетному періоді [5].

Згідно зі ст. 40 Закону України «Про Рахункову палату України», Рахункова палата взаємодіє з органом державного фінансового контролю відповідно до законів України та прийнятих на їх виконання інших нормативно-правових актів. Вона може надавати методичну, методологічну й консультативну допомогу органу державного фінансового контролю [4].

Ще одним органом фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності є Міністерство фінансів України, правовий статус якого в основному визначається Положенням про Міністерство фінансів України, відповідно до якого Мінфін – головний орган у системі центральних органів виконавчої влади з формування та забезпечення реалізації державної фінансової, бюджетної, а також частково податкової й митної політики, політики у сфері державного фінансового контролю, казначейського обслуговування бюджетних коштів тощо [6].

Оскільки Міністерство фінансів України здійснює контроль за дотриманням бюджетного законодавства на кожній стадії бюджетного процесу (і щодо державного бюджету, і щодо місцевих бюджетів, якщо іншого не передбачено законодавством України), то можна вважати, що контрольна функція є однією з основних його функцій.

Ураховуючи специфіку інвестиційної діяльності, можемо констатувати, що провідне місце серед органів фінансового контролю посідає Міністерство економічного розвитку і торгівлі як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України.

Державна фіскальна служба (далі – ДФС) України – ще один важливий орган державного фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності, який було утворено шляхом реорганізації Міністерства доходів і зборів [7].

ДФС України є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується й координується Кабінетом Міністрів України через міністра фінансів і який реалізує державну податкову політику, державну політику у сфері державної митної справи, державну політику з адміністрування єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування (далі – єдиний внесок), державну політику у сфері боротьби з правопорушеннями під час застосування податкового, митного законодавства, а також законодавства з питань сплати єдиного внеску. Проте одним із найважливіших напрямів діяльності ДФС України є податковий (фіскальний) контроль.

Основні повноваження, покладені на Державну казначейську службу України [8] як орган фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності, визначені Положенням про Державну казначейську службу України від 15 квітня 2015 р. № 215. Це, зокрема, здійснення контролю за веденням бухгалтерського обліку всіх надходжень і витрат державного бюджету й місцевих бюджетів, складанням і поданням фінансової й бюджетної звітності; бюджетними повноваженнями під час зарахування надходжень бюджету; відповідністю кошторисів розпорядників бюджетних коштів показникам розпису бюджету; відповідністю взятих розпорядниками бюджетних коштів бюджетних зобов'язань відповідним бюджетним асигнуванням, паспорту бюджетної програми (у разі застосування програмно-цільового методу в бюджетному процесі); відповідністю платежів узятим бюджетним зобов'язанням і відповідним бюджетним асигнуванням; дотриманням правил валютного контролю за операціями з бюджетними коштами в іноземній валюті; дотриманням порядку проведення лотерей із використанням електронних систем прийняття сплати за участь у лотереї в режимі реального часу; закупівлею товарів, робіт і послуг за державні кошти під час здійснення розрахунково-касового обслуговування розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, а також інших клієнтів відповідно до законодавства. Казначейство України веде облік касового виконання Державного бюджету України, складає звіт про стан його виконання [8].

Не менш важливим спеціальним органом фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності є реорганізована з Державної фінансової інспекції шляхом перетворення Державна аудиторська служба України. Вона створена відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення Державної аудиторської служби України» від 28 жовтня 2015 р. № 868 як центральний орган виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через міністра фінансів [9].

З офіційної позиції уряду випливає, що метою такої реорганізації є перехід від функцій контролю до аудиту, який дасть змогу уникнути нецільового та неефективного використання бюджетних коштів і майна.

Правовий статус Державної аудиторської служби України визначається Положенням про Державну аудиторську службу України [10] і Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» [11]. Крім того, повноваження органів державного фінансового контролю з контролю за дотриманням бюджетного законодавства визначає ст. 113 Бюджетного кодексу України, а ч. 2 ст. 19, ч. 6 ст. 20, ст. 26 тощо цього Кодексу регулюють окремі питання контролю й аудиту в бюджетному процесі.

Відповідно до п. 1 Положення № 43, Державна аудиторська служба є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовує й координує Кабінет Міністрів України через міністра фінансів і який реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю [1].

Отже, головними завданнями Державної аудиторської служби є здійснення державного фінансового контролю за використанням і збереженням державних фінансових ресурсів, необоротних та інших активів; правильністю визначення потреби в бюджетних коштах і взяттям зобов'язань; ефективним використанням коштів і майна; станом і достовірністю бухгалтерського обліку й фінансової звітності в міністерствах та інших органах виконавчої влади, державних фондах, фондах загальнообов'язкового державного соціального страхування, бюджетних установах і суб'єктах господарювання державного сектору економіки, а також на підприємствах, в установах та організаціях, які отримують (отримували в періоді, який перевіряється) кошти з бюджетів усіх рівнів, державних фондів і фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування або використовують (використовували в періоді, який перевіряється) державне чи комунальне майно (далі – підконтрольні установи), за дотриманням бюджетного законодавства, дотриманням законодавства про державні закупівлі, діяльністю суб'єктів господарської діяльності незалежно від форми власності, які не зараховані законодавством до підконтрольних установ, за судовим рішенням, ухваленим у кримінальному провадженні [11].

До спеціальних контрольних органів також зарахуємо Державну комісію з цінних паперів та фондового ринку (далі – ДКЦПФР), яка здійснює контроль з боку держави за компаніями з управлінням активами (далі – КУА). КУА може управляти інститутами спільного інвестування (далі – ІСІ) (пайовими та/або корпоративними інвестиційними фондами) тільки на підставі ліцензії на здійснення діяльності з управління активами ІСІ.

Як контрольний орган ДКЦПФР проводить перевірку роботи КУА, виявивши порушення, застосовує до КУА передбачені законодавством заходи впливу. Крім цього, КУА надає до ДКЦПФР щоденні, квартальні та річні звіти про діяльність ІСІ.

Висновки

Отже, аналіз правового статусу органів фінансового контролю під час здійснення інвестиційної діяльності, їхніх завдань, повноважень і функцій дає змогу стверджувати про необхідність прийняття кодифікованого нормативного акта, який чітко визначив би правовий статус та аспекти діяльності всіх органів фінансового контролю в Україні, адже чимало повноважень різних органів контролю дублюються, що не сприяє ефективності контролю за інвестиційною діяльністю. Такий законодавчий акт дасть можливість підвищити рівень контрольної діяльності органів і загальної, і спеціальної компетенції, узгодити параметри взаємодії контрольних органів між собою, зрештою, чітко визначить межі реалізації їхніх повноважень.

Список використаних джерел:

1. Державна аудиторська служба України і створена, і фінансується цілком законно [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.odoblkru.gov.ua/Attention.htm.

2. Деякі питання виконання інвестиційних програм у сферах теплопостачання, централізованого водопостачання та водовідведення : Постанова Кабінету Міністрів України від 01.10.2014 № 552 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/552-2014-п.

3. Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» : Указ Президента України від 12.01.2015 № 5/2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5/2015.

4. Про Рахункову палату : Закон України від 02.07.2015 № 576-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/576-19.

5. Про внесення змін до Бюджетного кодексу України та деяких інших законодавчих актів України : Закон України від 10.02.2015 № 176-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/176-19.

6. Про затвердження Положення про Міністерство фінансів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 № 375 (у ред. від 01.01.2017) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/375-2014-п.

7. Про Державну фіскальну службу України : Постанова Кабінету Міністрів від 21.05.2014 № 236 (у ред. від 27.08.2016) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/236-2014-п.

8. Про затвердження Положення про Державну казначейську службу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 15.04.2015 № 215 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/215-2015-п.

9. Про утворення Державної аудиторської служби України : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2015 № 868 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/868-2015-п.

10. Положення про Державну аудиторську службу України, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 03.02.2016 № 43 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/43-2016-п.

11. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 16.10.2012 № 5463-VI (у ред. від 27.12.2015) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/5463-17.

12. Питання Державної аудиторської служби : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.06.2016 № 519-р [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/en/519-2016-п.

В статье систематизированы государственные органы Украины, осуществляющие контроль и надзор за бюджетными инвестициями. Обоснован подход к органам финансового контроля при осуществлении инвестиционной деятельности в Украине, который предложен трактовать, соответственно, по компетенции (органы общей компетенции, когда финансовый контроль не является основным направлением деятельности, и специальной компетенции, когда органы создаются специально для осуществления финансового контроля за инвестиционной деятельностью) и по уровню (общегосударственные, полномочия которых распространяются на всю территорию государства, и местные, которые имеют такие полномочия только в отдельных административно-территориальных единицах).

Ключевые слова: государственный финансовый контроль, органы финансового контроля, реформирования, инвестиционная деятельность.

In the paper the state bodies of Ukraine, exercise control and supervision of budget investments. Grounded approach to financial control when making investment activity in Ukraine, which proposed to treat, respectively, the competence (bodies of general competence as financial control is not the main activity, and special competence when authorities created specifically for the financial control over investment activities) and the level (national, whose powers extend to the whole territory of the state and places that have such powers only in certain administrative No-territorial units).

Key words: state financial control, audit institutions, reform, investment activity.

УДК 342.9

Максим Болдін,

аспірант
Київського міжнародного університету

ПОНЯТТЯ ПРОГАЛИН НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АКТІВ ДІЯЛЬНОСТІ НБУ У СФЕРІ РЕФІНАНСУВАННЯ БАНКІВ УКРАЇНИ ТА ШЛЯХИ ЇХ ЗАПОВНЕННЯ

У статті, на основі аналізу наукових поглядів вчених, досліджено теоретичні підходи щодо тлумачення поняття «прогалина в праві». Зазначено, що у контексті діяльності НБУ прогалини в праві являють собою практичні недоліки регулятивно-наглядової діяльності вказаного відомства. Наголошено, що видання нових нормативно-правових актів, з огляду на специфіку рефінансування як діяльності, спрямованої на підтримку банківської ліквідності, є найбільш доцільним, ефективним і, що найважливіше, оперативним способом подолання прогалин у зазначеній сфері.

Ключові слова: прогалина, прогалина в праві, нормативно-правовий акт, Національний банк України, рефінансування, ліквідність.

Постановка проблеми. Адміністративна діяльність будь-яких державних органів існує в рамках, які визначені чинним законодавством України. Йдеться про конкретні нормативні акти, якими регулюється діяльність того чи іншого офіційного відомства. Прикладом цієї тези є діяльність Національного банку України регулятивно-наглядового характеру. Зазначимо, що НБУ має виключні повноваження у сфері рефінансування банківських установ із метою підтримки їх ліквідності. У рамках їх безпосередньої реалізації Нацбанк використовує спеціальні методи та способи адміністративного впливу. Сам факт існування можливості координувати роботу банківських установ свідчить про наявність легальних, офіційних норм, що дозволяють проведення такої діяльності. На сьогодні роботу НБУ регулює ціла низка нормативно-правових актів різної юридичної сили. Але ключова проблематика правового забезпечення регулятивно-наглядової діяльності Національного банку України у сфері рефінансування, полягає у наявності такого досить негативного явища в адміністративному середовищі як прогалини. Юридична неврегульованість певних аспектів підтримки ліквідності за допомогою зазначеного інструменту, тобто наявність певних проблем юридичної координації, досить негативно впливає як на фінансове становище окремих банківських установ комерційного типу, так і на загальний економічний рівень держави. Тому, на наше переконання, актуальними є дослідження присвячені питанню прогалин нормативно-правових актів у сфері рефінансування.

Проблема визначення прогалин у діяльності Національного банку України була предметом дослідження таких вчених: Л. Воронової, С. Козьменка, І. Д'яконової, В. Коваленка, О. Костюченка, В. Кротюка, Є. Кубко, Т. Латковської, О. Орлюка, О. Пастушенка, О. Позднякова. Однак жодного комплексного дослідження, присвяченого визначенню сутності поняття прогалин нормативно-правових актів діяльності НБУ у сфері рефінансування банків України, так проведено і не було.

Метою статті є визначити сутність поняття прогалин нормативно-правових актів діяльності НБУ у сфері рефінансування банків України та окреслити можливі шляхи їх заповнення.

Виклад основного матеріалу. Варто зазначити, що у сучасній правовій теорії існує чимало наукових підходів до трактовки терміну «прогалини». Відповідаючи на питання про те, що собою являють прогалини у праві, необхідно зазначити, що цей негативний аспект правова система України матиме завжди. Це зумовлено особливостями життєдіяльності людства, яка перебуває у динаміці. Невпинна еволюція постійно породжує нові правовідносини, внаслідок чого правова система фактично «не встигає» створювати юридичні норми, які б охоплювали усі галузі людської взаємодії.

Традиційно, це явище виявляється у вигляді повної або часткової відсутності законодавчої регламентації певної групи суспільних відносин, що потребують правового регулювання [1]. У прямому сенсі прогалина визначається як пусте, незаповнене місце, пропуск (наприклад, у друкованому тексті), в переносному – як хиба, недогляд, недолік. При цьому хиба характеризується як невиконання належного, недогляд, як помилка з необережності, а недолік – як недосконаліть, прогріх або неповна кількість чого-небудь [2, с. 24]. Порівняно з іншими сферами суспільного життя, прогалини в законодавстві є доволі негативним явищем, яке сильно впливає на окремих осіб та загальний юридичний стан у державі. У сфері рефінансування негативність даної проблематики

© М. Болдін, 2017

в кілька разів сильніша, адже ми говоримо про роботу банківської системи, яка є джерелом фінансової стабільності та економічного прогресу у нашій державі. У такому ракурсі прогалини в праві варто відрізняти від факту відсутності приписів, які перебувають поза сферою правового регулювання (non jus) [3, с. 45]. Слушно з цього приводу зазначив Г. Шершеневич, який вважає, що у даному випадку нема прогалини. Це просто юридично порожній простір, який оточує середовище права, у той час як у ситуації з прогалиною йдеться про відсутність у позитивному праві відповіді на питання, що потребує юридичного рішення [4].

Звичайно, більшість вчених має власну думку стосовно згаданої проблеми, адже її сутність є доволі спірною. Так, за визначенням С. Алексєєва, прогалина в законодавстві – це відсутність конкретної норми, необхідної для регламентації відносин, які входять у сферу правового регулювання [5, с. 406]. Інший погляд на проблему має В. Хропанюк, який вважає, що прогалина у праві – це відсутність правової норми під час вирішення конкретних життєвих випадків, які охоплюються правовим регулюванням і мають бути вирішені на підставі права [6, с. 267–268]. У наукових роботах А. Піголкіна можна знайти схоже визначення вказаного явища. На його думку прогалини в праві являють собою повну або часткову відсутність правового регулювання тієї сфери відношень, які об'єктивно потребують регламентації і без обов'язкових для виконання юридичних норм не можуть нормально функціонувати [7, с. 478].

Враховуючи представлені визначення, можна зробити висновок про те, що прогалини в праві – це наявні недоліки правової системи нашої держави. Вони можуть з'являтися з об'єктивних обставин суспільного буття в різних галузях нормативного впливу. У такому разі юридично координована діяльність Національного банку України у сфері рефінансування не є виключенням. Підтвердження цієї думки можна знайти у наукових роботах О. Колотової, яка вважає прогалини права недоліками, що зумовлені відсутністю правового регулювання суспільних відносин, щодо яких необхідно здійснювати правовий плив [8, с. 55]. Такий підхід до розгляду проблематики дає можливість виділити найбільш типові її ознаки. Отже, прогалини в праві характеризують такі аспекти:

1) повна або часткова відсутність правового регулювання конкретних суспільних відносин;

2) оціночне положення, позитивний характер якого залежить від правосвідомості суб'єктів правозастосування;

3) наявність прогалин є суттєвим недоліком, який виключає правовий вплив на певні сфери життєдіяльності населення держави;

4) прогалини у праві є нетиповими ситуаціями та зумовлюють нетиповість правозастосовної діяльності, яка втрачає свою традиційну послідовність, як системи логічно пов'язаних, послідовних дій;

5) прогалини у праві є об'єктивними життєвими ситуаціями, які спричинені об'єктивним розвитком суспільних відносин, а в деяких випадках суб'єктивних причин, пов'язаних із правотворчими та правозастосовчими діями законодавчих, виконавчих та судових органів державної влади [8, с. 55].

Варто також пам'ятати про те, що прогалини – це явища, які не є між собою повністю однорідними. Вони виникають із різних причин, а також існують у різних сферах правової системи України. До того ж, наявність розгалуженої класифікації також зумовлена існуванням великої кількості наукових підходів до розгляду цієї проблематики. Наприклад, М. Цвік виділяє первинні та похідні прогалини. При цьому він виділяє різні якісні моменти цих видів одного юридичного явища. Так, первинні прогалини зумовлені тим, що законодавець не врахував у формулюваннях нормативних актів усю багатоманітність життєвих ситуацій, що вимагають правового регулювання. Це може трапитися також через прорахунки, допущені під час розроблення закону, у використанні прийомів юридичної техніки. Похідні прогалини з'являються об'єктивно внаслідок постійного розвитку суспільних відносин, виникнення нових життєвих ситуацій, які не могли бути заздалегідь передбачені законодавцем [9, с. 370].

Звичайно, існують також інші класифікації наявних у чинному законодавстві прогалин. На думку В. Лазарєва, прогалини у праві можна розділити за такими критеріями:

1) за повнотою правового регулювання: а) повна відсутність норм; б) неповнота діючих норм;

2) за наявністю волі законодавця: а) воля на врегулювання відносин виявлена («дійсні»); б) воля законодавця не виявлена («недійсні»);

3) залежно від джерел виявлення прогалин: а) із самої системи законодавства («іманентні»); б) із зовнішніх джерел («трансцедентні»);

4) за часом виникнення: а) «первинні»; б) «похідні»;

5) за суб'єктивною стороною прояву волі законодавця: а) «простимі»; б) «непростимі»; в) «навмисні»;

6) за можливістю подолання під час реалізації права: а) «подоланні»; б) «неподоланні» [10, с. 431].

Дещо інакше бачить класифікацію усього масиву прогалин О. Тарнопольська. На її думку, представлене явище можна поділити на види, залежно від способів їх усунення. Таким чином, прогалини в праві поділяються на такі, що усуваються у процесі правотворчості, та такі, що заповнюються в процесі правозастосовної діяльності [11, с. 14]. Найбільш доцільною, на нашу думку, є класифікація, яка була запропонована В. Забігайло. Він вважає, що прогалини можна розділити на: а) прогалини в праві та б) прогалини (недостатність) у необхідному правовому регулюванні. На його думку, прогалини в праві – це формальна неповнота законодавства, неповнота його змісту з точки зору "de lege lata". Недостатність у сфері необхідного правового регулювання – це матеріальна неповнота діючого права, недостатність його змісту з точки зору "de lege ferende", яка визначається

досягнутим рівнем розвитку соціально-економічних відносин суспільства [12, с. 62].

Враховуючи викладені факти, можна дійти висновку про те, що вказане негативне явище правової системи України є «безсмертною» проблематикою, яка буде актуальною завжди, адже навіть висока якість юридичного середовища не може гарантувати урегульованості усіх без виключення правовідносин. Щодо діяльності НБУ у сфері рефінансування банків і банківської системи, у такому разі прогалини також відіграють певну роль. Перш за все, необхідно зазначити, що «сліпі плями» у роботі Нацбанку – це прямий детермінант неякісного проведення адміністративних процедур регулятивно-наглядового характеру. Тобто ми кажемо про діяльність, яка має виключне значення та високий рівень формалізму. Тому наявність будь-яких неврегульованих нормами права питань може призвести до негативних фінансових явищ у подальшому.

Отже, у контексті діяльності НБУ прогалини в праві являють собою практичні недоліки регулятивно-наглядової діяльності відомства. З огляду на це, ми можемо стверджувати, що за таких умов проблематика має специфічний характер, який виділяє її з-поміж інших явищ. Тобто прогалини у сфері рефінансування банківської системи характеризуються такми моментами:

1) вони формуються у контексті цільової діяльності Нацбанку;

2) відсутність правового регулювання викликає негативні явища саме у сфері регулювання;

3) такі прогалини мають суто адміністративно-процедурний характер і виникають у контексті відносин між НБУ та окремими банківськими установами, усією банківською системою України.

Зазначимо, що способи подолання прогалин у праві за своєю суттю можуть змінюватись залежно від особливостей конкретної сфери юридичного впливу. З іншого боку, проблематика прогалин є загально-правовою, що зумовлює деякі особливості її розгляду та вивчення. Зазначимо, що на сьогодні існує теорія щодо подолання дефектів юридичного впливу. Вони характеризуються як найбільш стандартні способи усунення прогалин, тому їх можна використовувати у контексті регулятивно-наглядової діяльності НБУ у сфері рефінансування. Як зазначає О. Кармаза, загальноприйнятими способами подолання прогалин у праві є: 1) аналогія (субсидіарне застосування норм права) – подолання прогалин без внесення змін у законодавчі акти; 2) прийняття нових джерел (форм) прав чи внесення змін, доповнень у чинне законодавство [13, с. 68].

Перший спосіб подолання прогалин є найбільш оперативним та ефективним, адже він не потребує застосування спеціальних юридичних процедур. У науковій літературу аналогія визначається як специфічний спосіб прийняття юридично значущого рішення у разі прогалин у законодавстві, що стосуються відповідного конкретного випадку [14, с. 36–37]. При цьому його застосування здійснюється на основі спеціальних принципів, а саме: використання інституту аналогії можливе лише у разі прогалин у законодавстві; аналогія закону застосовується щодо відносин, які не врегульовані юридичною нормою, але мають перебувати у сфері правового регулювання; аналогія може застосовуватися лише у межах уповноважень органу правозастосування; використання способів казуального подолання прогалин у праві вимагає всебічного ознайомлення з практикою вирішення подібних ситуацій у минулому; обов'язково має бути мотивоване пояснення причин застосування рішення за аналогією до конкретного випадку; не допускається застосування за аналогією норм, які встановлюють винятки із загального порядку правового регулювання певних відносин або коли встановлено особливий режим їх реалізації; винесене у процесі використання аналогії правове рішення не має суперечити нормам закону, його меті [15].

Але в контексті регулятивно-наглядової діяльності НБУ з рефінансування банків такий спосіб є недоцільним, адже сфера правового впливу характеризується особливою специфікою. Тобто досить важко знайти норми, що регулюють особливий процес координування банківської ліквідності в інших, не пов'язаних з адміністративною, галузях права. У свою чергу, «видання» нових джерел права є більш впливовим способом подолання прогалин у сфері рефінансування. Із положень чинного законодавства ми знаємо, що НБУ – це незалежний, специфічний держаний орган, який може в рамках своєї компетенції видавати необхідні нормативні акти. Іншими словами, Нацбанк має повноваження, що дають йому можливість самостійно виправляти юридичні помилки. Видання нових правових актів за таких умов має відповідати деяким вимогам, а саме: по-перше, усунення прогалин у сфері рефінансування здійснюється безпосередньо НБУ, шляхом створення підзаконних актів; по-друге, зміст таких НПА не може суперечити нормам законодавства; по-третє, підзаконні акти мають видаватися з урахуванням особливостей фінансово-економічного становищ в Україні і грошово-кредитної політики.

Отже, видання нових правових джерел, з огляду на специфіку рефінансування, як діяльності направленої на підтримку банківської ліквідності, є найбільш доцільним, ефективним і, що найбільш важливо, оперативним способом подолання прогалин у цій сфері. Це дає змогу забезпечити регулятивно-наглядову природу рефінансування, а також суттєво розширює його сутність.

Висновки

Таким чином, з огляду на усі вищевикладені аспекти, ми можемо дійти висновку про те, що прогалини в чинному законодавстві України чинять значний вплив на сферу рефінансування, яка є одним з основних важелів регулювання НБУ усієї банківської системи в Україні. Окрім цього, вказана проблематика характеризується цілою низкою інших специфічних моментів.

1. Прогалини в праві торкаються не тільки матеріальних правовідносин, а й процедурних, прикладом чого є діяльність НБУ у сфері рефінансування.

2. Підтримка ліквідності є внормованим процесом, але його здійснення при використанні будь-яких інструментів відбувається шляхом ігнорування інтересу комерційних банків.

3. Прогалини у законодавстві, що регулює рефінансування, являють собою фактичну відсутність норм, які координують окремі, особливі моменти застосування інструментарних способів підтримки банківської ліквідності.

Список використаних джерел:

1. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. Шемшученко (голова редкол.) та ін. – К. : Укр. енцикл., 1998. –Т. 5 : П–С. – 2003. – 736 с

2. Шевченко Т. Прогалини в законодавстві, способи усунення і подолання / Т. Шевченко // Право і суспільство. – 2013. – №1. – С.23–26.

3. Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання / С. Погребняк // Вісник. Загальні проблеми правової науки. – 2013. – № 1 (72). – С. 44–56.

4. Шершеневич Г. Общая теория права / Г. Шершеневич. – М. : Изд. Бр. Башмаковых, 1912. – 805 с.

5. Алексеев С. Теория государства и права / С. Алексеев // Учебник для вузов. – М., 2000. –406 с.

6. Хропанюк В. Теория государства и права / В. Хропанюк. – М., 1998. – С. 267–268.

7. Пиголкин А. Теория государства и права / А. Пиголкин // Учебник. – М., 2005. –613 с.

8. Колотова О. Відмежування прогалин у праві від суміжних правових явищ / О. Колотова // Часопис Київського університету права. – 2009. – № 3. – С. 55–59.

9. Цвік М. Загальна теорія держави і права / М. Цвік // Підручник. – Х., 2002. – 369 с.

10. Лазарев В. Пробелы в праве и их восполнение / В. Лазарев // Проблемы общей теории права и государства : учеб. для вузов / под ред. В. Нерсесянса. – М. : НОРМА, 2002. – С. 429–441.

11. Тарнопольська О. Види прогалин в праві / О. Тарнопольська // Вісник Акад. адвокатури. – 2008. – № 12. – С. 10–15.

12. Забигайло В. Проблема «пробелов в праве» (к критике буржуазных теорий) / В. Забигайло. – К. : Наук. думка, 1974. – 134 с.

13. Кармаза О. Способи подолання прогалин у житловому законодавстві України / О. Кармаза // Юридичні науки. – 2011. – № 86. – С. 67–70.

14. Римаренко Ю., Кондратьєв В., Шемшученко Ю. Міжнародна поліцейська енциклопедія. – К., 2003. – С. 36–37.

15. Інформаційний Лист Міністерства Юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09.

В статье, на основе анализа научных взглядов ученых, исследованы теоретические подходы к толкованию понятия «пробел в праве». Указано, что в контексте деятельности НБУ пробелы в праве представляют собой практические недостатки регулятивно-надзорной деятельности данного ведомства. Отмечено, что издание новых нормативно-правовых актов, с учетом специфики рефинансирования как деятельности, направленной на поддержку банковской ликвидности, является наиболее целесообразным, эффективным и, что наиболее важно, оперативным способом преодоления пробелов в указанной сфере.

Ключевые слова: пробел, пробел в праве, нормативно-правовой акт, Национальный банк Украины, рефинансирование, ликвидность.

The article, based on an analysis of scientific views of scientists, the theoretical approaches to the interpretation of the term "legal gap". It is indicated in the context of the NBU legal gaps are practical drawbacks the regulatory and supervisory activities of these agencies. Emphasized that the publication of new regulations, taking into account the specifics of refinancing activity as aimed at supporting bank liquidity, is the most appropriate, effective and, most importantly, expeditious way to overcome gaps in this area.

Key words: gap, gap in the law, legal act, National Bank of Ukraine, refinancing, liquidity.

УДК 347.73:346.62

Юлія Коваль,

студентка юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДИНАМІКИ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ ПОДАТКОВОГО АГЕНТА

У межах проведеного дослідження проаналізовано зміст поняття «динаміка податкового обов'язку податкового агента», визначено основні його складові елементи та моделі їхнього поєднання, в результаті чого було узагальнено можливі алгоритми виконання податковим агентом його податкового обов'язку (на прикладі податку на доходи фізичних осіб). Автор акцентує увагу на самостійності категорії «динаміка податкового обов'язку податкового агента», яка має бути відправною точкою для виокремлення правового статусу податкових агентів як самостійних учасників податкових правовідносин.

Ключові слова: податковий агент, податковий обов'язок податкового агента, динаміка податкового обов'язку, утримання податків.

Постановка проблеми. Традиційний розгляд окремих елементів податкового обов'язку податкового агента «у статиці» не відображає належним чином специфіку податкових відносин за участі податкових агентів, що зумовлює необхідність формулювання та введення самостійного поняття «динаміка податкового обов'язку податкового агента».

Окремі питання статусу податкових агентів неодноразово ставали предметом досліджень вітчизняних та зарубіжних науковців: Ю.В. Боднарука, А.В. Бризгаліна, М.В. Жернакова, І.Є. Криницького, М.П. Кучерявенка, І.І. Кучерова, С.Г. Пепеляєва, М.О. Перепелиці, Н.Ю. Пришви. Крім того, питання правового статусу податкових агентів знайшли своє відображення у дисертаційних дослідженнях російських вчених В.Ф. Євтушенка, О.С. Жутаєвої, Д.С. Коломієць, а також представниці української науки податкового права О.Ф. Мазурик. З іншого боку, різним аспектам правової категорії «податковий обов'язок» присвячені дослідження вчених-фінансистів О.В. Білоскурської, Д.В, Вінницького, О.М. Дуванського, О.М. Мінаєвої, І.Л. Самсіна, М.М. Чинчина та інших.

Однак динамічність податкового законодавства, а також неузгодженість судової практики змушують здійснювати постійний перегляд наявних наукових напрацювань під новим кутом зору. Саме тому оновлення тенденцій та підходів щодо правового регулювання статусу податкового агента потребує актуалізації останніх наукових висновків, перевірки їхньої доцільності у змінених умовах, а також вироблення подальших рекомендацій із метою вдосконалення податкового законодавства України. Крім того, розширюючи наявні теоретичні напрацювання представників вітчизняної науки податкового права вбачається за доцільне охопити не лише «статику» елементів податкового обов'язку податкового агента, але і розглянути як самостійний предмет дослідження ***динаміку податкового обов'язку податкового агента.*** При цьому, варто зазначити, що поняття «динаміка податкового обов'язку» до цього часу лише фрагментарно фігурує у науковій літературі. Так, чималу увагу динаміці податкового обов'язку платника податку було присвячено у дисертаційному дослідженні А.О. Храброва [6]. Також варто відзначити напрацювання Д.О. Гетманцева та Р.В. Макарчука, які розглянули динаміку податкового обов'язку платника податків і вперше схематично відобразили її у логічній послідовності окремих елементів [2].

Метою статті є дослідження категорії «динаміка податкового обов'язку податкового агента», її змісту та основних складових елементів, а також моделей їхнього поєднання, результати дослідження яких матимуть наслідком підтвердження самостійності податкового агента у системі суб'єктів податкових правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Визначення правового статусу податкових агентів традиційно вважається одним із тих питань, які розглядаються наукою податкового права з урахуванням наукових дискусій. Саме тому варто одразу зауважити, що позиція автора цієї статті ґрунтується на підтримці концепції самостійності правового статусу податкових агентів, яка була висловлена й обґрунтована у попередніх публікаціях [3]. Зокрема, визначаючи співвідношення податкового обов'язку платника податків і податкового обов'язку податкового агента, можна дійти висновків:

1) вони існують одночасно, адже відсутність податкового обов'язку платника податків означала б відсутність податкового агента як суб'єкта податкових правовідносин;

2) вони не є тотожними, однак при цьому є взаємозалежними, адже виникнення податкового обов'язку податкового агента неможливе без попереднього виникнення податкового обов'язку платника податків

© Ю. Коваль, 2017

Відповідно до пункту 18.1 ПК України, податковим агентом визнається особа, на яку цим Кодексом покладається обов'язок з обчислення, утримання з доходів, що нараховуються (виплачуються, надаються) платнику, та перерахування податків до відповідного бюджету від імені та коштом платника податків [4]. З урахуванням наведеного, податковий обов'язок податкового агента має розглядатися крізь призму його елементів – обов'язку ***обчислити, утримати*** з доходів, що виплачуються платнику, та ***перерахувати*** податки до відповідного бюджету, а також виконати обов'язок з ***подання податкової звітності***. Наведені елементи податкового обов'язку податкового агента неодноразово ставали предметом наукових досліджень із точки зору їхньої «статики», однак такий методологічний підхід значно звужує простір для наукових пошуків та досліджень.

Аналогічна проблема існувала під час дослідження податкового обов'язку платника податків, однак вона була вирішена шляхом запровадження категорії «динаміка податкового обов'язку платника податків». Так, досліджуючи правові аспекти динаміки податкового обов'язку платника податків, А.О. Храбров дійшов висновку, що динаміка категорії «податковий обов'язок» складається з трьох взаємозалежних і взаємодоповнюючих стадій – ***виникнення, зміна і припинення***. При цьому дослідник наголошує, що поза юридичним фактом і правовою нормою динаміка (тобто виникнення, зміни і припинення) категорії «податковий обов'язок» неможлива [6, с. 15].

Можемо констатувати, що, з огляду на можливість визначення самостійного податкового обов'язку податкового агента, про що йшлося у попередніх публікаціях автора цієї статті [3], видається доцільним поширити вказаний підхід А.О. Храброва і на відносини за участі податкового агента, запровадивши використання терміна «динаміка податкового обов'язку податкового агента».

Проте варто зауважити, що на сьогодні різноманітність податкових відносин, в яких бере участь податковий агент відповідно до визначених податковим законодавством України алгоритмів, не дає змоги встановити єдиної моделі реалізації податкового обов'язку податкового агента. Разом із тим спробуємо зобразити можливі моделі реалізації податкового обов'язку податкового агента щодо податку на доходи фізичних осіб.

Пояснення до Моделі 1:

1. Ця схема є типовою та дає найбільш загальне уявлення про механізм виконання податкового обов'язку податкового агента.

2. *Обов'язок податкового агента щодо обчислення* не має нормативно закріпленого юридичного вираження, у зв'язку з чим він може фактично виконуватись у будь-який момент включно до *моменту виплати доходу*.

3. Формулювання п. 54.2 ПК України *(«Грошове зобов'язання щодо суми податкових зобов'язань із податку, що підлягає утриманню та сплаті (перерахуванню) до бюджету в разі нарахування/виплати доходу на користь платника податку-фізичної особи, вважається узгодженим податковим агентом або платником податку, який отримує доходи не від податкового агента, в момент виникнення податкового зобов'язання, який визначається за календарною датою, встановленою розділом IV цього Кодексу для граничного строку сплати податку до відповідного бюджету»)* дає можливість дійти висновку, що виплата доходу за своєю сутністю є *складним юридичним фактом,* а саме зумовлює:

1) виникнення об'єкта оподаткування у платника податків, що спричиняє виникнення податкового обов'язку у платника податків;

2) виникнення податкового обов'язку у податкового агента (в частині утримання та перерахування) у зв'язку з виникненням податкового обов'язку у платника податків;

3) фактичне виконання податковим агентом обов'язку обчислення;

4) виникнення обов'язку утримання податку та його фактичне виконання;

5) виникнення податкового зобов'язання = настання граничного строку сплати податку;

6) момент узгодження податкового зобов'язання;

7) виникнення обов'язку з перерахування податку податковим агентом.

4. Податкове зобов'язання, яке виконується податковим агентом, не існує у стані неузгодженого податкового зобов'язання, адже *виникає вже узгодженим*.

5. Обов'язок із декларування характеризується найбільшим ступенем самостійності (автономності) серед усіх елементів податкового обов'язку податкового агента.

Досить важливим є спостереження щодо того, що *податковий обов'язок податкового агента у наведеному вище випадку виникає раніше, ніж податковий обов'язок платника податків*. Платник податків ще не отримав доходу, тобто не отримав ключової ознаки, яка характеризує його статус, однак податкове законодавство вже на даному етапі зобов'язує податкового агента виконати обов'язок з обчислення суми податку, яка підлягатиме сплаті (перерахуванню) безпосередньо під час виплати доходу.

Пояснення до Моделі 2:

1. Відповідно до п. 168.1.4 ПК України, *якщо оподатковуваний дохід надається у негрошовій формі чи виплачується готівкою з каси податкового агента, податок сплачується (перераховується) до бюджету протягом трьох банківських днів із дня, що настає за днем такого нарахування (виплати, надання)*.

2. Аналогічно до попереднього прикладу, обов'язок обчислити суму податку, що підлягає утриманню, податковий агент зобов'язаний до виплати доходу платнику податків. Водночас у разі виплати доходу у негрошовій формі, утримання грошової суми з негрошового доходу неможливе. За таких умов для податкового агента умовно виникає додатковий етап – *застосування натурального коефіцієнта*.

3. Характерно, що між виплатою доходу та сплатою утворюється часовий проміжок (три банківських дні), протягом якого податковий

агент зобов'язаний виконати обов'язок із перерахування утриманої суми податку.

Пояснення до Моделі 3:

1. *Здійснити утримання до виплати доходу фізично неможливо.*

2. Фактично законодавець утверджує презумпцію: нарахування доходу є юридичним фактом, з яким законодавець пов'язує виникнення об'єкта оподаткування, однак такий підхід не відповідає правовій природі оподаткування.

Згідно з п. 168.1.5 ПК України, *якщо оподатковуваний дохід нараховується податковим агентом, але не виплачується (не надається) платнику податку, то податок, який підлягає утриманню з такого нарахованого доходу, підлягає перерахуванню до бюджету податковим агентом у строки, встановлені цим Кодексом для місячного податкового періоду*. Звертаємо увагу на гру слів: *«податок, який підлягає утриманню з такого нарахованого доходу, підлягає перерахуванню»*. При цьому законодавець усвідомлює, що на той момент, коли він зобов'язуватиме податкового агента виконувати обов'язок із перерахування, він ***ще не матиме змоги фізично виконати обов'язок з утримання.*** Тобто ПК України дійсно розцінює податкового агента як повноцінного платника, що є юридично неправильним, адже ані у податкового агента, ані у самого платника так і не виникло об'єкта оподаткування (і не відомо, чи й виникне, а якщо і виникне, то коли саме). Утримати податок із невиплаченого податку неможливо, адже утримання – це бездіяльність, а за таких умов податкового агента зобов'язують вчиняти активні дії щодо перерахування податків. У такому разі податок можна було б лише ***нарахувати***, однак законодавство вимагає від податкового агента не нарахування, а саме перерахування. За неможливості здійснити утримання з фактично виплачених сум доходу, податковий агент умовно здійснює перерахування з власних коштів. Для порівняння, у податковому законодавстві зарубіжних країн існує можливість повідомлення податковим агентом податкових органів про неможливість виконання обов'язку з утримання у зв'язку з відсутністю доходу.

Наведена модель є особливо цікавою, з огляду на те, що в судовій практиці тривалий час був відсутній узгоджений підхід до вирішення питання, *яким чином кваліфікувати дії податкового агента, що полягають у порушенні строків перерахування податків із доходів, що були нараховані, але не виплачені (не надані) платнику податків:*

– *ряд суддів кваліфікували зазначені дії за ст. 126 ПК України* («Порушення правил сплати (перерахування) податків»);

– *деякі судді вважали, що такі дії мають склад податкового порушення, передбаченого ст. 127 ПК України* («Порушення правил нарахування, утримання та сплати (перерахування) податків у джерела виплати»).

Надаючи правову оцінку наведеним позиціям, варто зважати на такі міркування:

1. *У випадку, передбаченому ст. 126 ПК України, кінцева мета правопорушення спрямована саме на* ***порушення строків сплати (перерахування) податку;*** *водночас умисел на ненарахування, неутримання чи несплату (неперерахування) відсутній.*

Оскільки податковим агентом ще не було виплачено доходу платнику податків, порушити порядок нарахування, утримання та/або сплати (перерахування) він не має можливості. Це відбувається у зв'язку з тим, що дохід платника було належним чином нараховано та відображено у звіті за формою 1-ДФ, однак з огляду на певні обставини нарахований дохід (і, відповідно, нараховане та належне до сплати платником податкове зобов'язання) не було вчасно виплачено (перераховано). Тобто йдеться ***саме про порушення строків сплати узгодженого (нарахованого) податкового зобов'язання.*** Однак, простежуючи ланцюг взаємозалежності подій (нарахування доходу та податку, виплати доходу та перерахування податку), можна дійти логічного висновку, що таке порушення є наслідком спрямованості на інші дії. Адже основна мета податкового агента полягала у ***невиплаті доходу платнику.*** При цьому на момент притягнення до відповідальності податкового агента дохід платнику так і лишається невиплаченим (або виплачений із запізненням, але обов'язково з одночасним перерахуванням належних до сплати податків).

2. *У випадку, передбаченому ст. 127 ПК України, мета вчинюваного правопорушення полягає саме у ненарахуванні, неутриманні та/або несплаті податків. Це відбувається у зв'язку з тим, що* ***дохід фактично виплачено,*** *а податок так і не сплачено. Тобто безпосередня мета суб'єкта полягає саме у порушенні правил податкового законодавства.*

Саме залежно від спрямованості податкового агента – ***на невиплату доходу, несплату податку,*** – і варто кваліфікувати те чи інше податкове правопорушення. Також варто ще раз підкреслити, що в обох випадках не було сплачено податок, однак у першому податковий агент ***ще має можливість сплатити його*** (хоч і з порушенням строків), а в другому – уже порушено принцип оподаткування у джерела виплати та наявний факт виплати доходу без оподаткування.

Остаточну крапку у вирішенні наведеного питання було поставлено завдяки Постанові Верховного Суду України від 10 листопада 2015 р. у справі № 813/6793/13-а, d якій було відображено міркування Суду: *«Положення ст/127 ПК встановлюється як міра відповідальності, яка покладається на платника податків, в тому числі і на податкового агента, саме за несплату (неперерахування) податків, до або під час виплати доходу на користь іншого платника податків, при чому відповідність розміру штрафних санкцій за вчинення такого порушення визначається (обчислюється) не з часу затримки такої несплати, як передбачено ст/ 126 ПК, а з кількості разів допущених таких порушень протягом певного періоду часу. Тобто склад порушення передбачає, що нарахування, сплата чи утримання податку не відбулися до чи на момент виплати доходу»* [5].

Окремо слід звернути увагу, що проблемним є питання щодо координації моментів припинення податкового обов'язку платника податків і податкового агента, Так, наприклад, А.О. Храбров зазначає, що у випадку, якщо обов'язок з обчислення й утримання податку покладено відповідно до законодавства на податкового агента, то обов'язок платника податків зі сплати податку вважається виконаним ss моменту утримання податку таким податковим агентом [6, с. 13]. Ця позиція на сьогодні не може сприйматися як незаперечна. Так, з урахування приписів ст. 18 ПК України, яка прямо зазначає, що перерахування податків податковими агентами здійснюється саме від імені платника податків; а також ст. 36 ПК України, яка визначає, що податковий обов'язок платника податків здійснюється податковим агентом, – маємо констатувати, що утримання сум податку податковим агентом ***не є тотожним виконанню податкового обов'язку платником.*** Адже інакше нам довелося б говорити про сплату податків саме від імені податкового агента, водночас за чинним законодавством перерахування відбувається ***від імені платника.*** Безперечно, платник не відповідатиме за невиконання податковим агентом його обов'язку щодо перерахування, однак для того, щоб податковий обов'язок податкового агента щодо перерахування існував необхідне існування і податкового обов'язку платника податків щодо сплати, який і виконуватиметься податковим агентом. Саме тому варто підтримати позицію Ю.В. Боднарука, який зазначає, що за складного типу податкових зобов'язальних правовідносин, коли задіяні податкові агенти, податкове зобов'язання в нормальному порядку припиняється у зв'язку з перерахуванням податку до бюджету податковим агентом [1, с. 23].

Висновки

Постає гостра необхідність розгляду податкового обов'язку податкового агента крізь призму його динаміки, оскільки такий підхід дає змогу комплексно дослідити правову природу податкового агента як самостійного суб'єкта податкових правовідносин, а також виявити ***недоліки чинного законодавства, які потребують вдосконалення.*** За результатами дослідження наявних моделей виконання податкового обов'язку, податковими агентами (на прикладі податку на доходи фізичних осіб) було виявлено відсутність єдиного законодавчого підходу до його динаміки та окреслено напрями, які потребують перегляду та узгодження.

Список використаних джерел:

1. Боднарук Ю.В. Підстави припинення податкового зобов'язання / Ю.В. Боднарук // Фінансове право. – 2014. – № 4 (30). – С. 20–25.

2. Гетманцев Д.О., Макарчук Р.В., Толкачов Я.С. Юридична відповідальність за податкові правопорушення: науково-практичний посібник / Д.О. Гетманцев, Р.В. Макарчук, Я.С. Толкачов. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 752 с.

3. Коваль Ю.А. Правовий статус податкових агентів як самостійних учасників податкових правовідносин / Ю.А. Коваль // Науковий вісник Ужгородського національного університету/ Серія «Право». – 2015. – Вип. 33. – Т. 2. – С. 25–30.

4. Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 13–14, № 15–16, № 17. – Ст. 112 (зі змінами і доповненнями).

5. Постанова Верховного Суду України від 10 листопада 2015 р. у справі № 813/6793/13-а [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54005061.

6. Храбров А.О. Правове регулювання виникнення, зміни і припинення податкового обов'язку : автореф. дис. ... канд. юр. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; інформаційне право» / А.О. Храбров. – Харків, 2004. – 19 с.

В рамках проведенного исследования осуществлен анализ содержания понятия «динамика налоговой обязанности налогового агента», определены основные его составляющие элементы и модели их сочетания, в результате чего были обобщены возможные алгоритмы выполнения налоговым агентом его налоговой обязанности (на примере налога на доходы физических лиц). При этом автор акцентирует внимание на самостоятельности категории «динамика налоговой обязанности налогового агента», которая должна быть отправной точкой для определения правового статуса налоговых агентов как самостоятельных участников налоговых правоотношений.

Ключевые слова: налоговый агент, налоговая обязанность налогового агента, динамика налоговой обязанности, удержание налогов.

The article analyzes the concept of "dynamics of tax agent's tax obligation", the main components of its models and their combinations. The result of study is generalization of possible algorithms of performing by tax agent his tax obligation (income tax for individuals was used as an example). However, the author emphasizes the independence of the category "dynamics of tax agent's tax obligation", which should be the starting point for the selection of the legal status of tax agents as independent participants of tax relations.

Key words: tax agent, tax obligation of the tax agent, dynamics of the tax obligation, withholding.

УДК 342.9

Володимир Ліпкан,

докт. юрид. наук, доцент,
голова
Інституту стратегічних комунікацій
Глобальної організації союзницького лідерства

Ігор Діордіца,

канд. юрид. наук, доцент
голова
Інституту адміністративного правосуддя
Глобальної організації союзницького лідерства

НАЦІОНАЛЬНА СИСТЕМА КІБЕРБЕЗПЕКИ ЯК СКЛАДОВА ЧАСТИНА СИСТЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

Автором було проведено дослідження національної системи кібербезпеки як складової частини системи забезпечення національної безпеки України. У дещо спрощеному вигляді під національною системою кібербезпеки пропонується розуміти сукупність суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки, властивих конкретній нації чи державі, які взаємодіють із метою створення сприятливих умов для реалізації інтересів індивіда, суспільства і країни загалом. Аргументовано, що очевидною є необхідність створення Національної системи кібербезпеки, коли нею будуть займатися відповідні підрозділи СБУ, ДССЗЗІ та МВС. Координацію та ефективну взаємодію буде забезпечувати відповідний підрозділ РНБО. Зазначено, що кібербезпека стала пріоритетним питанням нормативно-правової бази органів інформаційно-комп'ютерного захисту, але на сьогодні не існує уніфікованої моделі побудови національної системи кібербезпеки. Акцентовано увагу на тому, що одним із ключових питань організації ефективної роботи національних систем кібербезпеки залишається налагодження взаємодії між компетентними державними органами, які є суб'єктами кібернетичної безпеки, та здійснення координації з такої діяльності.

Ключові слова: кібербезпека, система кібербезпеки, національна система кібербезпеки, національна безпека, забезпечення національної безпеки, система забезпечення національної безпеки.

Постановка проблеми. Останнім часом проблема забезпечення національної безпеки зміщується у бік не стільки декларованої, скільки реально розглядуваної. Передусім, це обумовлено активізацією зовнішніх загроз безпечного розвитку України: посиленням мілітаризації держав у регіоні, використанням положення енергетичної та торговельно-економічної залежності нашої країни, посиленням економічного та інформаційного тиску на неї тощо. Разом із тим, зовнішні загрози посилюються наявністю внутрішніх викликів національній безпеці, зокрема, йдеться про розбалансованість та незавершеність системних реформ, зниження обороноздатності держави, боєздатності Збройних Сил України, незадовільний стан фінансування, складне економічне становище.

Варто констатувати, що сучасний стан системи національної безпеки не забезпечує у повному обсязі нейтралізацію наявних загроз і викликів. Національна безпека забезпечується проведенням єдиної державної політики у всіх сферах життєдіяльності, системою заходів економічного, політичного та організаційного характеру, адекватним загрозам і небезпекам життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави. Враховуючи той факт, що система національної безпеки є багатокомпонентною, звичайно постає потреба в існуванні спеціальної підсистеми, мета функціонування якої полягала б у забезпеченні функціонування та розвитку цієї системи, тобто у забезпеченні життєздатності її системоутворюючих елементів, зокрема національних інтересів людини, суспільства, держави. Такою системою і є система забезпечення національної безпеки [1, с. 57], а також національна система кібербезпеки. Ці та інші фактори і підтверджують актуальність даної статті.

Метою статті є дослідження національної системи кібербезпеки як складової частини системи забезпечення національної безпеки України, для досягнення якої буж поставлені наступні завдання: дослідити зміст даного поняття, проаналізувати наявні дефініції, окреслити актуальні проблеми та можливі шляхи їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. У процесі розвитку високих технологій виникло принципово нове середовище – кіберпростір, що формується із соціальної, технічної, телекомунікаційної, інформаційної, мережевокомп'ютерної складової частини. Кіберпростір одночасно виступає як суб'єкт та об'єкт впливу. Сучасна успішна геополітика неможлива без стійкого домінування у кіберпросторі. Кібероборотьба набула стратегічного

© В. Ліпкан, І. Діордіца, 2017

управлінського спрямування. Вона проводиться без міжнародних правових обмежень у просторі та часі і характеризується високою ефективністю щодо досягнення воєнно-політичної мети. Вирішальним чинником досягнення успіху у світовому протиборстві стає інформаційно-технічна дезорганізація систем державного і воєнного управління та інформаційно-психологічна деморалізація населення країн, насамперед, складу їх збройних сил. Кіберпростір став невід'ємною частиною інформаційного простору та п'ятою сферою ведення збройної боротьби. Сама збройна боротьба, завдяки інформаційному чиннику, набула високого ступеня керованості. Деякі країни, з метою захисту свого кіберпростору, почали просування проектів регулювання (правил поведінки) у кіберпросторі (або за визначенням деяких відповідних документів – «сфері міжнародної інформаційної безпеки»). У 2013 р. свої стратегії кібербезпеки прийняли Нідерланди, Іспанія, Туреччина, Угорщина, Польща, Індія і в 2016 р. –Україна [2].

Розпочинаючи дослідження, перш за все, визначимось із категорією «система забезпечення національної безпеки України». Найбільш вдалим тлумаченням, на мою думку, є дефініція, запропонована В.А. Ліпканом. Під *системою забезпечення національної безпеки* варто розуміти систему теоретико-методологічних, нормативно-правових, інформаційно-аналітичних, організаційно-управлінських, розвідувальних, контррозвідувальних, оперативно-розшукових, кадрових, науково-технічних, ресурсних та інших заходів, спрямованих на забезпечення процесу управління загрозами за небезпеками, за якого державними і недержавними інституціями гарантується прогресивний розвиток українських національних інтересів, джерел духовного і внутрішнього добробуту народу України, ефективне функціонування самої системи забезпечення національної безпеки України [1, с. 60].

Також, розмірковуючи у резонанс із В.А. Ліпканом, фактично дублюючи змістовні описові ознаки поняття, автори підручника з політології твердять: *система забезпечення національної безпеки* визначена як організована державою сукупність суб'єктів: державних органів (законодавчої, виконавчої та судової гілок влади), громадських організацій, посадових осіб та окремих громадян, об'єднаних цілями та завданнями щодо захисту національних інтересів, що здійснюють узгоджену діяльність у межах законодавства України [3].

Діяльність із формування системи забезпечення національної безпеки України була невід'ємною складовою частиною і чинником державотворчих процесів незалежної України. Вже в Декларації про державний суверенітет України (16 липня 1990 р.) питання безпеки розглядалися в розділах «Зовнішня і внутрішня безпека», «Міжнародні відносини», «Екологічна безпека». Питання внутрішньої та зовнішньої безпеки аналізуються крізь призму права України на власні збройні сили, власні внутрішні війська та органи державної безпеки. З проблемами безпеки пов'язаний намір України стати у майбутньому нейтральною державою, яка не бере участі у військових блоках і дотримується трьох неядерних принципів: не приймати, не виробляти і не набувати ядерної зброї. Україна задекларувала прагнення активно сприяти зміцненню загального миру і міжнародної безпеки, брати активну участь у роботі міжнародних організацій в обсязі, необхідному для ефективного забезпечення національних інтересів [3].

Система національної безпеки будь-якої країни базується на концептуальних нормативно-правових документах, у яких викладаються офіційні погляди на роль і місце держави у світі, її національні цінності, інтереси й цілі, способи й засоби запобігання зовнішнім і внутрішнім небезпекам і загрозам [1, с. 58]. Аналогічна позиція через 12 років дублюється іншими авторами [4, с. 3].

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 посилену увагу створенню та удосконаленню ефективних систем захисту критичної інфраструктури від зовнішніх і внутрішніх загроз кібернетичного характеру. У багатьох провідних країнах світу вже сформовані загальнодержавні системи кібернетичної безпеки – як найбільш оптимальні організаційні структури, що здатні за короткий проміжок часу акумулювати сили та засоби різних державних органів і приватного сектору для протидії кіберзагрозам. В Україні також відбувається процес формування системи кібернетичної безпеки. Як складову частину такої системи варто розглядати єдину загальнодержавну систему протидії кіберзлочинності, пропозиції щодо створення якої ще у 2011 р. доручалося розробити Кабінету Міністрів України за участю Служби безпеки України [5].

Як *система кібернетичної безпеки (система кібербезпеки)* розглядається сукупність спеціальних суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки, засобів та методів, що ними використовуються, а також комплекс відповідних взаємопов'язаних правових, організаційних та технічних заходів, що ними здійснюються [6].

Система кібернетичної безпеки – сукупність узгоджених за завданнями елементів кібернетичної безпеки, які комплектуються та розгортаються за єдиним замислом і планом у кібернетичному просторі з метою забезпечення кібернетичної безпеки інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем. Розвиток національної системи кібербезпеки має супроводжуватись відповідними корективами у процесі реформування сфери національної безпеки, а функціонування вказаної системи є неможливим без тісної співпраці з приватним сектором [7].

Досліджуючи національну систему кібербезпеки як складової частини системи забезпечення національної безпеки України, наголошу на необхідності етимологічного тлумачення понятійно-категорійного ряду, який і є предметом дослідження.

Перш за все, це *«національний»* – стосується нації, національності, пов'язаний з їхньою суспільно-політичною діяльністю; властивий певній нації, національності; державний, який належить даній країні або стосується її народу [8].

Наступною категорією є *«система»* – порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь; сукупність яких-небудь елементів, одиниць, частин, об'єднуваних за спільною ознакою, призначенням [8].

Щодо «кібербезпеки», зауважу відсутність уніфікованої законодавчої чи доктринальної дефініції. Використовуючи наявні напрацювання в даній сфері, зазначу таке визначення «кібербезпеки»: це стан захищеності життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства та держави в кібернетичному просторі, в якому є можливим безперешкодне створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації, а у вузькому сенсі – стан індивіда, суспільства та держави, де відсутня будь-яка небезпека [7].

Як *система кібернетичної безпеки (система кібербезпеки)* розглядається сукупність спеціальних суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки, засобів та методів, що ними використовуються, а також комплекс відповідних взаємопов'язаних правових, організаційних та технічних заходів, що ними здійснюються.

Система кібернетичної безпеки – сукупність узгоджених за завданнями елементів кібернетичної безпеки, які комплектуються та розгортаються за єдиним замислом і планом у кібернетичному просторі для забезпечення кібернетичної безпеки інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем. Розвиток національної системи кібербезпеки має супроводжуватись відповідними коригивами у процесі реформування сфери національної безпеки, а функціонування вказаної системи є неможливим без тісної співпраці з приватним сектором [7].

Також окремо пропонується використовувати термін *«система кібернетичної безпеки Міністерства оборони України та Збройних сил України»* – сукупність узгоджених за завданнями елементів кібернетичної безпеки, які комплектуються та розгортаються за єдиним замислом і планом в кібернетичному просторі для забезпечення кібернетичної безпеки інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем [9].

Тобто у дещо спрощеному вигляді під *національною системою кібербезпеки* пропонується розуміти сукупність суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки, властивих конкретній нації чи державі, які взаємодіють з метою забезпечення відсутності безпеки для індивіда, суспільства і країни загалом.

Стрімкий розвиток інформаційних технологій поступово трансформує світ. Відкритий та вільний кіберпростір розширює свободу і можливості людей, збагачує суспільство, створює новий глобальний інтерактивний ринок ідей, досліджень та інновацій, стимулює відповідальну та ефективну роботу влади й активне залучення громадян до управління державою та вирішення питань місцевого значення, забезпечує публічність та прозорість влади, сприяє запобіганню корупції.

Водночас переваги сучасного цифрового світу та розвиток інформаційних технологій зумовили виникнення нових загроз національній та міжнародній безпеці. Крім інцидентів природного (ненавмисного) походження, зростає кількість та потужність кібератак, вмотивованих інтересами окремих держав, груп та осіб.

Поширюються випадки незаконного збирання, зберігання, використання, знищення, поширення, персональних даних, незаконних фінансових операцій, крадіжок та шахрайства у мережі Інтернет. Кіберзлочинність стає транснаціональною та здатна завдати значної шкоди інтересам особи, суспільства і держави.

Агресія Російської Федерації, що триває й досі, інші докорінні зміни у зовнішньому та внутрішньому безпековому середовищі України, зокрема отримання безвізу, що є знаковою подією для стратегічного розвитку України, вимагають невідкладного створення національної системи кібербезпеки як складової частини системи забезпечення національної безпеки України [10].

Кіберпростір характеризується відсутністю кордонів, динамікою і відносною анонімністю. Забезпечення безпеки в кіберпросторі має бути організовано на конституційному рівні.

Очевидною є необхідність створення Національної системи кібербезпеки, коли нею будуть займатися відповідні підрозділи СБУ, кіберзахистом – відповідні підрозділи ДССЗЗІ (Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації), а боротьбою з кіберзлочинністю – відповідні підрозділи МВС. Координацію та ефективну взаємодію буде забезпечувати відповідний підрозділ РНБО [11].

Національна система кібербезпеки створюється і розвивається відповідно до Конституції України та інших нормативно-правових актів, що регулюють суспільні відносини у сфері національної безпеки, зокрема: Закон України «Про основи національної безпеки України» [12], Концепція розвитку сектору безпеки і оборони України [13], Положення про Національний координаційний центр кібербезпеки [14], Стратегія національної безпеки України [15], Стратегія кібербезпеки України [10], Воєнна доктрина України, Доктрина інформаційної безпеки України [16] тощо.

Українська держава прагне до забезпечення кібербезпеки на національному рівні, відповідно до стандартів країн-членів ЄС (із метою пришвидшення подальшого вступу). Кібербезпека стала пріоритетним питанням нормативно-правової бази органів інформаційно-комп'ютерного захисту.

Останнім часом воєнно-політичне керівництво України здійснює комплекс заходів щодо підвищення ефективності та поліпшення координації діяльності своїх силових структур у сфері кібернетичної безпеки.

Війна в кіберпросторі спричиняє нові кіберзагрози. Кіберзагрози – це наявні та потенційно

можливі явища і чинники, що створюють небезпеку життєво важливим інтересам людини та громадянина, суспільства і держави, реалізація яких залежить від належного функціонування інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних систем [17].

Конкретні загрози в кібербезпековому просторі характеризуються асиметрією і мають розширений, динамічний і глобальний характер, що ускладнює їх виявлення та реалізацію заходів протидії. Глобальність кіберпростору збільшує його потенційні ризики.

Загрози інформаційній безпеці становлять ведення інформаційної війни проти України, відсутність цілісної комунікативної політики держави, недостатній рівень медіа-культури суспільства, загрози кібербезпеці і безпеці інформаційних ресурсів – уразливість об'єктів критичної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів до кібератак; фізична і моральна застарілість системи охорони державної таємниці та інших видів інформації з обмеженим доступом [15].

Кіберзагрози матеріалізуються за рахунок використання людського фактору та вразливостей технічних засобів у сферах приватного та державного секторів, а також фінансового, транспортного, енергетичного та інших, які зумовлюють загальну сферу національних інтересів. І з метою протидії цим загрозам необхідним є створення та ефективне функціонування національної системи кібербезпеки як складової частини системи забезпечення національної безпеки України. Також акцентую на тому, що кібербезпека існує в системі національної безпеки.

Створення національної системи кібербезпеки передбачено Стратегією кібербезпеки для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства і держави.

Погоджуюся з тим, що побудова дієвої системи забезпечення кібернетичної безпеки вимагає від державних органів України чіткого визначення державної політики у цій сфері та випереджального реагування на динамічні зміни, що відбуваються у світі в сфері забезпечення кібернетичної безпеки. При цьому, вибір конкретних засобів і шляхів забезпечення кібернетичної безпеки України зумовлюється необхідністю своєчасного вжиття заходів, адекватних характеру і масштабам реальних та потенційних кібернетичних загроз життєво важливим інтересам людини і громадянина, суспільства і держави. Організаційне забезпечення системи кібербезпеки також можна розглядати як цілеспрямовану діяльність суб'єкта забезпечення кібербезпеки, пов'язану зі:

– створенням і впорядкуванням (розвитком) організаційних структур, найбільш доцільних для забезпечення безпеки у кіберпросторі;

– впорядкуванням (налагодженням) процесу управління у сфері забезпечення безпеки у кіберпросторі, забезпеченням найліпших умов для прийняття та реалізації відповідних управлінських рішень.

Організаційне забезпечення системи кібербезпеки характеризується місцем і роллю спеціальних суб'єктів (відповідних державних органів та їх спеціалізованих підрозділів), їх функціями, повноваженнями, а також підставами, умовами і напрямами їх взаємодії при здійсненні заходів із забезпечення безпеки у кіберпросторі [7].

Національна система кібербезпеки має, насамперед, забезпечити взаємодію з питань кібербезпеки державних органів, органів місцевого самоврядування, військових формувань, правоохоронних органів, наукових установ, навчальних закладів, громадських об'єднань, а також підприємств, установ та організацій незалежно від форми власності, які провадять діяльність у сфері електронних комунікацій, захисту інформації та/або є власниками (розпорядниками) об'єктів критичної інформаційної інфраструктури. *Основу національної системи кібербезпеки* становитимуть Міністерство оборони України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Служба безпеки України, Національна поліція України, Національний банк України, розвідувальні органи [10].

На різних рівнях було проведено багато форумів, семінарів та конференцій міжнародного і національного масштабу. Публікуються наукові праці, присвячені різноманітним аспектам кібербезпеки. Провідні держави світу активно займаються не тільки стратегіями кібербезпеки, а й інституційними системами. Прикладом є Канада, США, Франція та Німеччина [18].

Аналізуючи системи кібербезпеки провідних країн світу, доходимо висновку, що на сьогодні не існує уніфікованої моделі побудови національної системи кібербезпеки. Наприклад, відповідно до прийнятого 25 листопада 2002 р. комплексного нормативно-правового акта у сфері безпеки – закону ***США*** «Про внутрішню безпеку» (Homeland Security Act of 2002) – урядові структури, які займались забезпеченням комп'ютерної безпеки, перейшли під контроль цього новоствореного відомства. Вказаний закон також посилив відповідальність за комп'ютерні злочини (включаючи довічне ув'язнення), зобов'язав інтернет-провайдерів надавати інформацію про клієнтів за вимогою правоохоронних органів, розширив їх права щодо можливості перехоплення інформації (прослуховування телефонних переговорів і перлюстрацію електронних повідомлень) без дозволу суду, визначив основні напрями діяльності федеральних органів із підвищення ефективності захисту критичної інфраструктури США від кібератак, зокрема об'єктів стратегічного значення, що перебувають у приватній власності [19].

Стратегія кібербезпеки ***Канади*** визначає кібертероризм та ворожі дії в кіберпросторі з боку інших країн (кібершпигунство і кібервійну) основними загрозами кібернетичній безпеці держави, а ключовим органом, на який покладена координація та контроль за імплементацією вказаної Стратегії, реалізація державної політики та координація заходів у сфері кібербезпеки та протидії

кіберзагрозам, визначене Міністерство громадської безпеки Канади (Public Safety Canada).

Законом ***ФРН*** «Про посилення безпеки інформаційних систем» завдання попередження, реагування на інциденти, викликані кібернетичними загрозами, управління й координація сил та засобів із захисту критичної інформаційної інфраструктури, зокрема у взаємодії з приватним сектором, покладене на Федеральне відомство безпеки інформаційних систем (BSI) ФРН.

Головним державним органом ***Великої Британії,*** на який покладено завдання захисту критичної інфраструктури, мінімізації загроз сталому її функціонуванню, насамперед, від загроз тероризму, є Центр захисту національної інфраструктури (Centre for the Protection of National Infrastructure, CPNI). Крім того, у Великобританії наприкінці березня 2013 р. було створено Центр із протидії кібернетичним загрозам із метою попередження та нейтралізації кібернетичних атак на об'єкти критичної інфраструктури, а також швидкого реагування на скоєні правопорушення у цій сфері.

Стратегією кібернетичної безпеки ***Австрії*** національним координатором і центральним органом у сфері кібербезпеки визначено Центр боротьби з кіберзлочинністю Федерального міністерства внутрішніх справ Австрії (Cyber Crime Competence Center (C4) of the Federal Ministry of the Interior). Крім того, на нього покладено головні функції щодо здійснення правоохоронної діяльності у сфері кібербезпеки та боротьби з кіберзлочинністю.

Ключову роль у забезпеченні кібернетичної безпеки ***Польщі*** відіграє Агентство внутрішньої безпеки (АВБ) – польський контррозвідувальний орган. Так, у 2013 р. АВБ розробило Стратегію кібербезпеки Польщі та ініціювало створення Центру криптології при Міністерстві національної оборони Польщі, на який покладено завдання із захисту інформації, кібероборони та проведення наступальних кібероперацій (активний кіберзахист).

Ключова роль у забезпеченні кібербезпеки ***Румунії*** відводиться її спеціальному контррозвідувальному органу – Румунській службі інформації (РСІ) [19].

Аналіз нормативно-правових та організаційних основ системи кібербезпеки провідних країн світу свідчить про домінантну роль спецслужб у забезпеченні кібернетичної безпеки держави, що пов'язано із характером кібернетичних загроз сьогодення, протидія яким потребує інструментарію (повноважень, форм і методів), притаманного виключно спеціальним, а саме, контррозвідувальним органам держави. Враховуючи міжнародний досвід та з метою ефективного вирішення завдань із забезпечення кібернетичної безпеки держави, відомством, що здійснює координацію діяльності всіх суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки (Національної системи кібербезпеки), доцільно визначити Службу безпеки України, яка є спеціально уповноваженим органом державної влади у сфері контррозвідувальної діяльності, а також протидіє внутрішнім та зовнішнім загрозам, у тому числі в інформаційній (кібернетичній) сфері. Також, зважаючи на світову практику, було запропоновано створити Національний центр кібербезпеки, який повинен був підпорядковуватися СБ України [19].

Нині такою державною структурою є Національний координаційний центр кібербезпеки, який є робочим органом Ради національної безпеки і оборони України. Центр має забезпечити координацію діяльності суб'єктів національної безпеки і оборони України під час реалізації Стратегії кібербезпеки України, підвищити ефективність системи державного управління у формування та реалізації державної політики у сфері кібербезпеки.

Серед основних завдань Центру: аналіз стану кібербезпеки; результатів проведення огляду національної системи кібербезпеки; стану готовності суб'єктів забезпечення кібербезпеки до виконання завдань з питань протидії кіберзагрозам; стану виконання вимог законодавства щодо кіберзахисту державних електронних інформаційних ресурсів, інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, а також критичної інформаційної інфраструктури; даних про кіберінциденти стосовно державних інформаційних ресурсів в інформаційно-телекомунікаційних системах тощо. Національний координаційний центр кібербезпеки має стати системоутворюючим елементом всієї системи кібербезпеки та кіберзахисту України [20].

Окремо в національній системі кібербезпеки України акцентую увагу на Команді реагування на комп'ютерні надзвичайні події України (англ. Computer Emergency Response Team of Ukraine, CERT-UA) – спеціалізованому структурному підрозділі Державного центру захисту інформаційно-телекомунікаційних систем Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, який заснований у 2007 р. Метою діяльності CERT-UA є забезпечення захисту державних інформаційних ресурсів та інформаційних і телекомунікаційних систем від несанкціонованого доступу, неправомірного використання, а також порушень їх конфіденційності, цілісності та доступності. Діяльність CERT-UA передбачена Законом України «Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації» [21], Законом України «Про телекомунікації» [22] та підзаконними актами.

Підтримую думку про те, що одним із ключових питань організації ефективної роботи національних систем кібербезпеки залишається налагодження взаємодії між компетентними державними органами, які є суб'єктами кібернетичної безпеки, та здійснення координації з такої діяльності [19].

Україні необхідно створити ключові механізми державного управління інформаційною безпекою в умовах кіберзагроз у вигляді спеціалізованих центрів, інститутів та експериментувати з операціями щодо ведення інформаційної війни, фінансувати експертні дослідження у сфері інформаційних операцій і створювати структури для наукових досліджень і та дослідно-конструкторських розробок. На порядку денному стоїть завдання поетапно сформувати індустрію програмного забезпечення; пришвидшити роботи щодо створення української національної мережі

суперкомп'ютерних комплексів, об'єднаних високошвидкісними оптико-волоконними каналами передачі даних; сформувати чітку інформаційну політику з просування вітчизняних ІТ-компаній за кордоном; об'єднати інтереси освіти, науки та ІТ-бізнесу; визначити базові вищі навчальні заклади, на основі яких сформувати кластери, що дадуть змогу вирішувати питання кадрової підготовки фахівців ІТ-технологій. Узагальнюючи досвід передових країн світу, кіберзахисту України необхідно йти шляхом створення національної операційної системи та необхідних пакетів прикладних програм, зокрема й вітчизняного антивірусу, створення (відновлення) вітчизняних потужностей з виробництва матеріально-технічної телекомунікаційної бази. Матеріально-технічну базу інформаційно-аналітичних систем, автоматизованих робочих місць доречно формувати виключно через вітчизняних постачальників. Забезпечення кібернетичної безпеки та ефективне державне управління нею у провідних країнах світу реалізовується з позицій системного підходу шляхом упровадження комплексу нормативно-правових, організаційних, функціональних, фінансових, технічних, навчально-тренувальних заходів та дій і цю практику Україні доречно перейняти. Також необхідно підняти рівень особистої кібербезпеки, тобто відповідальності кожного громадянина перед своєю країною [17].

Одними з першочергових заходів на шляху побудови системи кібербезпеки є вдосконалення державного управління у цій сфері та створення нормативно-правової бази для забезпечення такої діяльності.

З метою забезпечення кібербезпеки має бути створено національну систему кібербезпеки як формат співробітництва державних органів, установ, організацій, приватного сектору економіки, наукових установ і організацій, професійних асоціацій та неурядових організацій у сфері кібербезпеки.

Основою національної системи кібербезпеки є державні органи, які, відповідно до покладених завдань, безпосередньо виконують функції із забезпечення безпеки кіберпростору України.

До участі у здійсненні заходів, пов'язаних з виявленням, запобіганням і нейтралізацією кіберзагроз, залучаються інші суб'єкти забезпечення кібербезпеки.

Координація діяльності всіх суб'єктів забезпечення кібербезпеки здійснюється Радою національної безпеки і оборони України через її координаційно-дорадчий (робочий) орган з питань кібербезпеки [23].

Висновки

Позитивним моментом є те, що деякі країни розпочали просування проектів стратегій кібербезпеки і Україна не є винятком. Система національної безпеки є багатокомпонентною, національна система кібербезпеки є її спеціальною підсистемою, мета функціонування якої полягає у забезпеченні функціонування та розвитку цієї системи. Забезпечення належного рівня кібернетичної безпеки є необхідною умовою розвитку інформаційного суспільства. У дещо спрощеному вигляді під національною системою кібербезпеки пропонується розуміти сукупність суб'єктів забезпечення кібернетичної безпеки, властивих конкретній нації чи державі, які взаємодіють з метою забезпечення відсутності безпеки для індивіда, суспільства і країни загалом.

Очевидною є необхідність створення Національної системи кібербезпеки, коли нею будуть займатися відповідні підрозділи СБУ, відповідні підрозділи ДСТСЗІ та МВС. Координацію та ефективну взаємодію буде забезпечувати відповідний підрозділ РНБО.

Кібербезпека стала пріоритетним питанням нормативно-правової бази органів інформаційно-комп'ютерного захисту, але на сьогодні не існує уніфікованої моделі побудови національної системи кібербезеки.

Окремо в національній системі кібербезпеки України акцентую на Команді реагування на комп'ютерні надзвичайні події України.

Одним із ключових питань організації ефективної роботи національних систем кібербезпеки залишається налагодження взаємодії між компетентними державними органами, які є суб'єктами кібернетичної безпеки, та здійснення координації з такої діяльності.

Список використаних джерел:

1. Ліпкан В.А. Поняття системи забезпечення національної безпеки України / В.А. Ліпкан // Право і Безпека. – 2003. – Т. 2. – № 4. – С. 57–60.

2. Коваль З.В. Динаміка світової управлінської реакції на кіберзагрози: уроки для України / З.В. Коваль // Демократичне врядування. – 2014. – Вип. 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr_2014_14_5.

3. Політологія: Навчальний посібник / [М.П. Гетьманчук, В.К. Грищук, Я.Б. Турчин та ін.]; За заг. ред. М.П. Гетьманчука. – К.: Знання, 2010. – 415 с.

4. Ткаченко В.І. Шляхи формування системи забезпечення національної безпеки / В.І. Ткаченко, Є.Б. Смірнов, О.О. Астахов // Збірник наукових праць Харківського національного університету Повітряних Сил. – 2015. – № 2. – С. 3–8.

5. Шеломенцев В.П. Правове забезпечення системи кібернетичної безпеки України та основні напрями її удосконалення / В.П. Шеломенцев // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2012. – Вип. 1. – С. 312–320.

6. Шеломенцев В.П. Сутність організаційного забезпечення системи кібернетичної безпеки України та напрями його удосконалення / В.П. Шеломенцев // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). Київ: Міжвідом. наук.-дослід. центр з проблеми боротьби з організ. Злочинністю. – 2012. – № 2 (28). – С. 299–309.

7. Діордіца І.В. Поняття та зміст національної системи кібербезпеки / І.В. Діордіца [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://goal-int.org/ponyattya-ta-zmist-nacionalnoi-sistemi-kiberbezpeki/.

8. Великий тлумачний словник сучасної української мови / Гол. ред. В.Т. Бусел, редактори-лексикографи: В.Т. Бусел, М.Д. Василега-Дерибас, О.В. Дмитрієв та ін. – К.: Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. – 1728 с.

9. Куцаєв В.В., Живило Є.О., Срібний С.П., Черниш Ю.О. Розширення термінології сучасного кіберп-

ростору / Куцаєв В.В., Живило Є.О., Срібний С.П., Черниш Ю.О. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: mino.esrae.ru/pdf/2014/3Sm/1387.doc.

10. Стратегія кібербезпеки України від 15.03.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/96/2016.

11. В Україні буде створена Національна система кібербезпеки, 27 січня 2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zaxid.net/news/showNews.do?v_ukrayini_bude_stvorena_natsionalna_sistema_kiberbezpeki&objectId=1380648.

12. Про основи національної безпеки України : Закон України від 19.06.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/964-15.

13. Концепція розвитку сектору безпеки і оборони України від 14.03.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/92/2016.

14. Положення про Національний координаційний центр кібербезпеки від 07.06.2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/242/2016.

15. Стратегія національної безпеки України від 26.05.2015 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/555/2015.

16. Доктрина інформаційної безпеки України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.president.gov.ua/documents/472017-21374.

17. Коваль З.В. Динаміка світової управлінської реакції на кіберзагрози: уроки для України / З.В. Коваль // Демократичне врядування. – 2014. – Вип. 14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/DeVr_2014_14_5.

18. Мінін Д.С. Підходи до визначення поняття «кібербезпека» / Д.С. Мінін [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://istfak.org.ua/tendentsii-rozvytku-suchasnoi-systemy-mizhnarodnykh-vidnosyn-ta-svitovoho-politychnoho-protsesu/185-heopolitychna-dumka-ta-heostratehichni-protsesy-v-khkhi-st/971-pidkhody-do-vyznachennya-ponyattya-kiberbezpeka.

19. Климчук О.О. Роль і місце спецслужб та правоохоронних органів провідних країн світу в національних системах кібербезпеки / О.О. Климчук, Н.А. Ткачук // Інформаційна безпека людини, суспільства, держави. — 2015. – № 3. – С. 75–83.

20. Турчинов заявив про нові кіберзагрози з боку Росії, 11 липня 2016 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.ukrinform.ua/rubric-politycs/2048633-turcinov-zaaviv-pro-novi-kiberzagrozi-z-boku-rosii.html.

21. Про Державну службу спеціального зв'язку та захисту інформації : Закон України від 23.02.2006 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3475-15.

22. Про телекомунікації : Закон України від 18.11.2003 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1280-15/.

23. Проект Стратегії забезпечення кібернетичної безпеки України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : www.niss.gov.ua/public/File/2013_nauk_an_rozrobku/kiberstrateg.pdf

Автором было проведено исследование национальной системы кибербезопасности как составляющей системы обеспечения национальной безопасности Украины. В несколько упрощенном виде под национальной системой кибербезопасности предлагается понимать совокупность субъектов обеспечения кибернетической безопасности, свойственных конкретной нации или государству, которые взаимодействуют с целью обеспечения отсутствия безопасности для индивида, общества и страны в целом. Аргументировано положение о том, что очевидна необходимость создания Национальной системы кибербезопасности, когда ей будут заниматься соответствующие подразделения СБУ, ГССЗИУ и МВД. Координацию и эффективное взаимодействие будет обеспечивать соответствующее подразделение СНБО. Отмечено, что кибербезопасность стала приоритетным вопросом нормативно-правовой базы органов информационно-компьютерной защиты, но на сегодняшний день не существует унифицированной модели построения национальной системы кибербезопасности. Акцентировано внимание на том, что одним из ключевых вопросов организации эффективной работы национальных систем кибербезопасности остается налаживание взаимодействия между компетентными государственными органами, субъектами кибернетической безопасности и осуществления координации с такой деятельностью.

Ключевые слова: кибербезопасность, система кибербезопасности, национальная система кибербезопасности, национальная безопасность, обеспечение национальной безопасности, система обеспечения национальной безопасности.

It was noted as the positive aspect that some countries have started promoting of the drafts on the cybersecurity strategies and Ukraine is no exception. The system of the national security is a multicomponent and national system of the cyber security is its special subsystem the operation objective of which is to ensure the functioning and development of the system. It was marked that ensuring of the proper level of the cyber security is a prerequisite for the development of the information society. It was offered to understand under the national system of the cyber security – a set of subjects which provide the cyber security which are inherent to a particular nation or state which interact with the aim to ensure the absence of security for the individual and society and a state as a whole. It was noted that the need of creation of the National Cybersecurity system is obvious. And relevant departments of the Security service of Ukraine, the relevant departments of the State Service for Special Communication and Information Protection of Ukraine and MIA should be involved in the activity. And coordination and effective interaction will provide the relevant unit of the CNSP. The attention was paid to the position that establishment of cooperation between the competent state authorities which are the subjects of the cyber security and coordination of such activities is one of the key issues of effective operation of national cyber security.

Key words: cybersecurity, cybersecurity system, national cybersecurity system, national security, ensuring of the national security, system of ensuring of the national security.

УДК 34.028

Anhelina Pohoriletska,

senior lecturer of the Department of criminal law disciplines of Krivyi Rih faculty of the National University «Odessa law Academy»

Maryna Bohatyrova,

senior lecturer in socio-political and economic disciplines of Krivyi Rih faculty f the National University «Odessa law Academy»

OFFICIAL INFORMATION AS OBJECT OF LEGAL REGULATION

The article is devoted to clarifying the concept of «official information» in the information law. Current legislation regulating the concept of official information is analyzed. The proposals about definition of kinds of public information, namely, official information and administrative information are given. Conclusions and proposals for the legal recognition of official information are formulated.

Key words: public information, official information, administrative information, authority, right of citizens to official information.

Statement of the problem. Development of information legislation in Ukraine is exercised through the improvement of legal norms and the development of effective mechanisms for their implementation. The right to information is one of the key conditions for the existence of a democratic society, which ensures transparency of activity of bodies of state power and local self-government. The degree of openness of the state bodies, the willingness to provide information to citizens on issues of public interest characterizes the level of democracy in the country.

Nowadays, the legislation in the field of information law has many shortcomings and gaps. Among the large number of unsolved problems a special place is occupied by the issues of implementation the right of citizens to official information in Ukraine. Thus, the Law of Ukraine «On access to public information» establishes the concept of public information, pointing to a fairly large number of managers of this type of information. Among them considerable attention is paid to authorities, which control the official information.

In the world of integration processes, public authorities are trying to implement the rights of citizens to information, however there are no clear mechanisms for implementation of rights of citizens to information which is in the possession of public authorities. However, despite the great practical significance, the problem of legal regulation the rights of citizens to official information is one of the least studied in the science of information law. Modern information legislation also does not contain a categorical apparatus according to official information, there are no effective mechanisms that would allow to solve this problem.

Analysis of recent researches and publications on the topic. Despite the fact that the problem of realization of the rights of citizens to official information is one of the most complex but least studied in theory of information law, certain aspects of it caused a particular interest among scholars at different times. Study of the problems of information relations in the Ukrainian society was carried out by such scholars as I. Aristova, V. Havlovskyi, V. Hritsenko, R. Kaliuzhnyi, P. Melnyk, M. Shvets etc. The concept of «official documented information» was analyzed by T. Kostetska; research of official state and official legal information was carried out by O. Yaremenko. A. Maruschak suggested the concept of «state information»; problems of determining the legal nature of the proprietary information were highlighted in the works of T. Tkachuk, V. Marchuk. Considerable attention is paid to legal information in studies of O. Tykhomyrov.The research of M. Denkova, V. Zydetska, O. Korniievskyi and others is dedicated to public information. Attempt of classification of information was made by O. Seleznova. However, in the works of these researchers, the theoretical legal bases of the concept of «official information» are not definited, that, obviously, requires to study the legal content and nature of this concept, because authorities, in the process of activity which the official information is formed, based on social, normative, regulatory, security functions.

Purpose of the article. The purpose of this article is to clarify the concept of «official information» and the development of proposals for the consolidation of this concept at the legislative level. Tasks have been allocated to achieve this goal: to analyze the concept of official information, to identify the entities that determine the scope of this type of information, to identify the main features of the data subjects, to provide suggestions to distinguish concepts of official information into separate type the public information.

Presentation of the basic material. With the adoption of the law of Ukraine «On access to public information» in the legislation a new type of information – public is introduced, however, the list of persons, who dispose public information, includes not only authorities and other bodies specified by the Law of Ukraine «On access to public information» of 13.01.2011 № 2939-VI. Controversial is the fact that informational legislation of Ukraine

© A. Pohoriletska, M. Bohatyrova, 2017

does not distinguish a special type of information which is at the disposal of the authorities; however, modern problems of citizens' distrust of the bodies of state power and local self-government, officials of these bodies, require the differentiation of the concept of «public information» into certain type official information.

The participation of citizens in implementation of public administration, ensuring transparent functioning of public authorities, decentralization of power, distribution of powers between the branches of government, strengthening the control authorities need, in our opinion, the use of harmonized concepts and definitions.

Despite the ambiguity of different points of view regarding the definition of «official information» considered by us in previous studies [1], we believe that revealing the contents of official information, significant attention should be paid to the legislation in force, examining the basic design of this concept, it is necessary to examine terms such as «information» and «official».

In general, the concept of «information» has a very complex meaning and multidimensional interpretation of it in Social Sciences. P. Orlov notes that information is a fundamental object of the information society, while reflecting the reality that affects all areas of state activities [2, p. 8]. Significant research in the scientific literature was conducted regarding the etymological origin of the contents of this concept, key features, peculiarities, etc.

However, the general concept of «information» is enshrined in regulatory legal acts of Ukraine, namely the Law of Ukraine «On information», the Civil code of Ukraine. According to article 1 of the Law of Ukraine «On information» information is any information and/or data that may be stored on tangible media or is available in electronic form [3]. A similar notion of «information» is provided in article 200 of the Civil code of Ukraine, however, our interests extend to information which is in disposal of public authorities, so the research contains the analysis of the legal regulation of public relationships, not private.

Investigating the term «information», scholars came to the conclusion that a comprehensive and unambiguous definition does not exist [4, p.18], the content of the term is constantly changing, being transformed to the conditions and patterns of existing society. This, in turn, requires from a state of constant movement to create new forms of cooperation between the state and the citizen. However, modern scholars pay little attention to the classification and structure of scientific knowledge «on information» in jurisprudence, although it has of great importance for the development of legal science [5, p. 4 – 5].

O. Kokhanovska believes that information can be divided into two kinds: theoretical (scientific) and legal, which is also called legal [6, p. 78].

Information law defines the types of information according to content (p.10 of the Law of Ukraine «On information») [3]:

- information about an individual;
- information of reference and encyclopedic nature;
- information on the state of the environment (ecological information);
- information about the goods (work, service);
- scientific and technical information;
- tax information;
- legal information;
- statistical information;
- sociological information;
- other types of information.

The previous version of the Law of Ukraine «On information» contained information about activities of government bodies and local self-government, which today is regulated by the Law of Ukraine «About the order of coverage of work of state power bodies and local self-government in Ukraine by mass media», which means official information of public authorities and local self-government as official documented information, that is created during activities of state bodies and local self-government, that is promulgated in the manner prescribed by the Constitution of Ukraine, Laws of Ukraine «On information», «On access to public information» and this Law [7].

The Law of Ukraine «On access to public information» introduced the concept of public information that is defined as information that is reflected and/or documented by any means and in any media and which was received or created in the process of executing by authorities of their obligations under applicable law, or which is in the disposal of authorities, other managers of public information determined by the Law of Ukraine «On access to public information» [8].

The term «official» is found in public life, economic, legal sciences, namely, in constitutional, administrative, civil, economic, information and other fields of law. The etymology of the word comes from the Latin «officialis» [9, p. 306], which means official.

The term «official» is interpreted in different meanings.The big dictionary of Ukrainian languagegives such meanigs to the word «official»: 1. Introduced, regulated by the government, a government agency or an official. 2. Sustained according to established rules [10, p. 450]. Thus, it can be concluded that, in legal science, the term «official» should be used concerning the activities of authorities. Thus there is a need to disclose the defintive concept of «the authority».

The code of administrative procedure of Ukraine article 3 introduces the concept of the subjects of power as an authority, local government body, their titular persons or officials, the other subject; power managerial functions of which are exercised on the basis of legislation, including the execution of delegated powers [11]. The legislation has a general notion of autority, expanding the concept of titular persons or officials of state power bodies and local self-government and entities that have been granted delegated powers.

V. Spivak emphasizes «necessary and the only sign of an authority is the implementation by this subject power management functions» [12]. In the modern legal literature such signs of the authority are allocated [13, p. 2]:

- formed by the state or the people according to the law;

• performs on behalf of the state tasks and functions, stipulated by the Constitution of Ukraine and normative-legal acts;

• endowed with public authorities, which are implemented by publication of normative legal acts, regulating the execution of those acts;

• created from the officials who hold positions;

• has certain material base;

• operates within a clearly defined territory.

Proceeding from above stated, we can say that the authority is represented in specific organizational components:

• the public authority;

• local authority;

• officials of state authorities and local self-government;

• civil servants who are subjected to the Law of Ukraine «On state service» dated 10.12.2015 № 889-VIII [14];

• other subjects that the public authorities granted delegated power managerial functions, which are exercised by them on the basis of legislation.

So, the official information can only be create by an authority in a result of executing its powers and duties stipulated by the current legislation.

The Law of Ukraine «On access to public information» in article 3 defines the list of entities that may be managers of information according to this law. Among them are: the authorities, legal entities financed from the state and local budgets, budget of the Autonomous Republic of Crimea – with respect to use of budget funds; persons, if they perform delegated powers of the authorities according to law or contract, including the provision of educational, health, social or other public services – for information related to the performance of their duties; the entities that occupy a dominant market position or they are endowed with special or exclusive rights or which are natural monopolies. The state also requires entities to publish and provide information as requested, if they have: information about state of the environment; information about the quality of food and household items; information about accidents, catastrophes, dangerous natural phenomena and other extraordinary events that have happened or may happen and that threaten the health and safety of citizens; other information of public interest [8].

More appropriate, in our view, it is the distinction of entities with public information into two groups: 1) authorities; 2) other bodies or persons who dispose of public information envisaged by article 13 of the Law of Ukraine «On access to public information».

Delineate the list of subjects, we will solve the problem of normative regulation and a clear division between the state bodies and bodies of local self-government authority, regarding the implementation of management functions relating to the regulation of the right of citizens to information, which is formed in the process of implementation of the respective public authorities of their duties and management functions. I.Skvirskyi believes that addressing the authorities with an information request where there is a requirement to provide public information, individuals can control all aspects of the functioning of the latter [15, p. 225 – 226], which is very important for the realization of the right of citizens to information.

The increased interest of the public to information that is available or created by those with authority due to the new societal standards for the construction of the Ukrainian society. However, for the definition of official information in the context of the law is useful to distinguish the legal characteristics of information as object of legal regulation [16, p. 34], namely:

• intangible nature;

• subjective nature;

• the need of objectification for inclusion in legal turnover;

• quantitative certainty;

• resposible, the possibility of multiple usage;

• storing information by a subject, that it conveys;

• the ability to reproduce, copy, preservation and accumulation.

After analyzing the areas of distinction between official and public information, we consider it is appropriate to pay attention to the following: public information is a broader concept that includes a larger list of those who despose information and creators of it, therefore it is necessary to introduce the concept of types of public information, namely: official and administrative. This eliminates misunderstandings concerning the legal status of official information and its legal binding and it will form the appropriate legal institution of official information, the study of the legal regulation which should be continued in subsequent scientific works.

Conclusion

The results of the review of the concept and essence of official information, analyzing issues of legal regulation the concept of official information, allow us to make a number of conclusions and proposals, namely:

1. The official information is akind of public information, which requires differentiation with the concept of public information.

2. Definition of official information requires legal enforcement and the establishment of clear borders of its legal regulation.

3. The following amendments to the Law of Ukraine «On access to public information» of 13.01.2011 № 2939-VI must be adopted, in particular, to complement the Law with articles 11 – 13 of the following content:

«Article 11 the Types of public information

The major types of public information include:

– official information;

– administrative information.

Article 12 official information

Official information is documented information on any tangible medium, created and/or provided by the authority when performing the tasks and functions at the expense of the state budget.

Article 13 administrative information

Administrative information is documented information on any tangible media containing the quantitative characteristics of phenomena and

processes, that cause public interest, and it is the result of activity of those who, specified by article 13 of this Law, except p.1, despose of information».

References:

1. Погорілецька А. В. Офіційна інформація: теоретико-правовий аспект / А. В. Погорілецька // Вісник Вищої ради юстиції. – 2012. – № 1 (9). – С. 130 – 139.

2. Орлов П. І. Інформація та інформатизація: Нормативно-правове забезпечення : науково-практичний посібник / П. І. Орлов. – Харків : Вид-во Унту внутр. справ, 2000. – 576 с.

3. Про внесення змін до Закону України «Про інформацію» : Закон України від 13.01.2011 № 2938-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 32. – Ст. 313.

4. Брижко В. М. До гносеології категорії «інформація» / В. М. Брижко // Інформаційне право. – 2011. – № 2 (2). – С. 13–20.

5. Бєляков К. І. Інформаційно-правові дослідження: походження, становлення, стан та перспективи розвитку / К. І. Беляков // Інформаційне право. – 2011. – № 2(2). – С. 4–12.

6. Кохановська О. Класифікація та види інформації у доктрині права і законодавства України / О. Кохановська // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 3. – С. 78–81.

7. Про порядок висвітлення роботи органів державної влади та місцевого самоврядування в Україні засобами масової інформації : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1997. – № 49. – Ст. 299.

8. Про доступ до публічної інформації : Закон України // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2011. – № 32. – Ст. 314.

9. Івченко А.О. Тлумачний словник української мови / А.О. Івченко ; худож.-оформлювач І.В. Осипов. – Харків: Фоліо, 2006. – 540 с.

10. Великий тлумачний словник української мови / упоряд. Т.В. Ковальова; худож.-оформлювач Б. П. Бублик. – Харків; Фоліо, 2005. – 767с.

11. Кодекс адміністративного судочинства України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2005. – № 35–36, № 37. – Ст. 446.

12. Співак В. І. Суб'єкти владних повноважень та особливості розгляду справ щодо оскарження їх рішень, дій чи бездіяльності [Електронний ресурс] / І. В. Співак // Науковий вісник Академії муніципального управління. Збірник наукових праць. Серія «Право». – 2010. – № 1. – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvamu_pr/2010_1/14.pdf

13. Шевченко В.С. Поняття суб'єкта владних повноважень [Електронний ресурс] / В. С. Шевченко // Часопис Академії адвокатури України. – 2011. – № 4(13). – Режим доступу: http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-4/11skvanp.pdf.

14. Про державну службу : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 4– 6. – Ст. 43

15. Сквірський І.О. Організаційні форми громадського контролю: сутність та зміст / І.О. Сквірський // Науковий вісник Ужгородського національного університету. – 2013. – Випуск 22. – Частина І. – Том 2. – С. 223–227. – Серія «Право»

16. Международное информационное право : методические материалы к междисциплинарному спецкурсу / Сост. Т. М. Смыслова. – М.: СТЭНСИ, 2002. – 192 с.

Стаття присвячена уточненню поняття «офіційна інформація» в інформаційному праві. Проаналізовано чинне законодавство, що регулює поняття офіційної інформації. Надано пропозиції щодо визначення видів публічної інформації, а саме: офіційна інформація й адміністративна інформація. Сформульовано висновки та пропозиції, спрямовані на юридичне закріплення офіційної інформації.

Ключові слова: публічна інформація, офіційна інформація, адміністративна інформація, суб'єкт владних повноважень, право громадян на офіційну інформацію.

Статья посвящена уточнению понятия «официальная информация» в информационном праве. Проанализировано действующее законодательство, регулирующее понятие официальной информации. Даны предложения по определению видов публичной информации, а именно: официальная информация и административная информация. Сформулированы выводы и предложения, направленные на юридическое закрепление официальной информации.

Ключевые слова: публичная информация, официальная информация, административная информация, субъект властных полномочий, право граждан на официальную информацию.

УДК [314.745.23:342.7](477)

Олена Нестеренко,

викладач кафедри суспільно-гуманітарних наук
Таврійського державного агротехнологічного університету

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ СОЦІАЛІЗАЦІЇ ВНУТРІШНЬО ПЕРЕМІЩЕНИХ ОСІБ

Стаття присвячена дослідженню явища правової соціалізації як фактору адаптації особи до правового життя, інтеграції людини в правове середовище, правові відносини; аналізу особливостей правової соціалізації внутрішньо переміщених осіб, а також формулюванню висновків і пропозицій щодо максимально ефективної правової адаптації зазначених осіб.

Ключові слова: правова соціалізація, правова адаптація, правосвідомість, правова культура, правове виховання, внутрішньо переміщені особи, правові норми, право.

Постановка проблеми. У сучасному світі, коли змінюються правові норми, зразки поведінки, реалізація прав людини залежить багато в чому від самої людини, її здібностей адаптуватися до змін, перетворювати відносини між особистістю і державою на основі розвитку права та вимог законності. Для цього людині необхідно оволодіти соціально-правовими знаннями, навичками реалізації прав, досвідом взаємин із соціальними інститутами. Враховуючи реалії сьогодення, питання адаптації людини, яка опинилась у новому соціальному оточенні, є досить актуальним як для України, так і для багатьох країн світу.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання процесу соціалізації особи та його механізму знайшли відображення у працях як зарубіжних, так і вітчизняних філософів, соціологів та психологів, зокрема: С. В. Боботова, Н. П. Гедікової, В. А. Глазиріна, С. М. Жевакіна, О. М. Здравомислової, І. С. Кона, Ж. Карбонье, Ш. Курильські-Ожвена, В. В. Лапаєвої, Н. П. Лукашевича, В. В. Москаленко, Н. П. Осипової, І. Сабо, В. Т. Циби, В. А. Щегорцева, В. А. Ядова та ін. Значний внесок у дослідження проблем правової соціалізації особи зробили праці відомих дореволюційних учених І. О. Ільїна, П. І. Новгродцева, Б. О. Кістяківського, що присвячені вивченню загальних питань правосвідомості, висвітленню правових, соціально-психологічних аспектів правомірної поведінки, соціально-правової активності особи, правового нігілізму тощо.

Про науковий інтерес, викликаний таким соціально-правовим явищем, як соціалізація, свідчать праці науковців, які в тому чи іншому аспектахзверталисьдойогодослідження:С.С.Алексєєва, С. В. Боботова, О. В. Зайчука, В. С. Журавського, В. П. Казимирчука, М. І. Козюбри, В.В.Копєйчикова,О.Л.Копиленка,Л.В.Кравченка, В. М. Кудрявцева, В. В. Лазарєва, Р. Е. Лівшица, Л. О. Макаренко, О. В. Малько, В. С. Нерсесянца, Н. М. Оніщенко, І. В. Осики, Н. М. Пархоменко, П. М. Рабіновича, О. В. Сатановської, В. М. Сирих, О. Ф. Скакун, Е. Ю. Соловйова, Л. І. Спиридонова, О. Д. Тихомирова, М. О. Томашевської, Г. В. Тригубенко, В. О. Туманова, Ю. С. Шемшученка, В. А. Щегорцова та ін.

Метою статті є дослідження явища правової соціалізації як фактору адаптації особи до правового життя в цілому, а також аналіз особливостей правової соціалізації внутрішньо переміщених осіб.

Виклад основного матеріалу. Правова соціалізація (соціалізація від лат. Socialis – суспільний) як цілеспрямований процес адаптації особистості до правового життя в суспільстві з точки зору цілей забезпечує інтеграцію людини в правове середовище, правові відносини; адаптацію до існуючих правових станів, актуальних для людини; регуляцію поведінки людини; розвиток правової активності людини [1, с. 80].

Людина, як істота соціальна, протягом життя засвоює соціальні цінності і норми, зміст яких орієнтується на підтримку соціального порядку в суспільстві. Інтерналізація, засвоєння індивідом вироблених суспільством цінностей і норм відбувається в процесі соціалізації, результатом якої є поява внутрішнього імперативного саморегулятора – совісті, яка без зовнішнього соціального контролю здатна утримувати індивіда від небажаних для суспільства, потенційно дезінтегруючих суспільство дій [1, с. 80].

Одним із перших звернув увагу на проблему соціалізації французький соціолог і філософ Е. Дюркгейм, який розуміє соціалізацію як поєднання пристосування і відособлення людини до умов конкретного суспільства. Зміст процесу соціалізації визначається зацікавленістю суспільства в тому, щоб його члени успішно опановували соціальні ролі (професійна, сімейна, політична та ін.). Е. Дюркгейм підкреслював, що будь-яке суспільство прагне сформувати людину відповідно до наявних у ньому ідеалів (моральних, правових та ін.) [2, с. 67].

Ще в Європейській соціальній хартії звернуто увагу на необхідність вжиття всіх заходів для забезпечення права кожної людини виховуватися в обстановці, що сприяє всебічному розвитку її особистості: діти повинні отримувати турботу, допомогу, освіту, професійну підготовку, а суспільство покликане оберігати дітей від бездоглядності, насильства й експлуатації. Хартія закріплює право на соціалізацію як невід'ємне право кожної людини [3].

© О. Нестеренко, 2017

Питання правової соціалізації лежать у сфері дослідницьких проблем антропології права, оскільки говорити про становлення повноправної особистості без урахування процесів правової соціалізації не видається можливим.

Людина приходить у цей світ і вже застає сформовані, усталені соціальні відносини та інститути. Щоб стати особистістю, вона повинна їх інтеріоризувати: не просто дізнатися про їх існування з підручників, але навчитися на особистому досвіді їх застосовувати [4, с. 340]. Існує безліч різних трактувань процесу соціалізації. Французький соціолог Г. Тард вважав, що в основі соціалізації лежить принцип наслідування. Американський соціолог Т. Парсонс вбачав у ньому процес інтерналізації суспільних норм, вбирання інформації про значущість інших. Американський соціолог Дж. Смелзер зазначав, що соціалізація – це досвід, якого набули люди, і цінності, що усвідомлені ними і які потрібні для їх соціальних ролей [5, с. 202]. Нині соціалізація розглядається як «процес засвоєння і подальшого розвитку індивідом соціально-культурного досвіду – трудових навичок, знань, норм, цінностей, традицій, що накопичуються і передаються від покоління до покоління, процес включення індивіда до системи суспільних відносин і формування у нього соціальних якостей» [6, с. 441]. Соціалізація дає людині можливість взаємодіяти з іншими людьми, а також сприяє передачі досвіду від покоління до покоління.

Правова соціалізація як цілеспрямований процес адаптації особистості до правового життя в суспільстві з точки зору цілей забезпечує інтеграцію людини в правове середовище, правові відносини; адаптацію до існуючих правових станів, актуальних для людини; регуляцію поведінки людини; розвиток правової активності людини.

Правова соціалізація особистості – це єдність процесу освоєння правових норм поведінки і механізму формування правових якостей особистості. Результатом успішної правової соціалізації є адекватне функціонування людини в правовому полі. Слід зазначити, що правова реальність постійно змінюється і, як наслідок, тягне за собою той факт, що правова соціалізація особистості відбувається практично протягом усього життя людини [1, с. 81].

Слід пам'ятати, що правова соціалізація – це процес, а не одномоментне явище. На ранній стадії розвитку людини правова соціалізація здійснюється в процесі виховання, формування особистості. Потім правова соціалізація здійснюється під впливом соціальних інститутів, пов'язана з формуванням нових знань, навичок, відносин. Поряд із правовою соціалізацією під впливом несприятливих факторів може відбуватися і правова десоціалізація, викликана втратою цінностей, повним або частковим запереченням правових норм.

Якщо сутність процесу соціалізації загалом підходить для засвоєння особистістю соціальних норм, цінностей, ролей, що схвалюються суспільством, спрямовані на його стабілізацію і нормальне функціонування, то категорія «асоціалізація» означає процес засвоєння індивідом певних антигромадських, асоціальних норм, принципів, негативних ролей, установок, стереотипів поведінки, які об'єктивно призводять до деформації громадських зв'язків, до дестабілізації суспільства [7, с. 55].

Процес правової соціалізації може бути стихійним і цілеспрямованим [8, с. 90]. При цьому цілеспрямована правова соціалізація є не що інше, як правове виховання. Розрізняють три форми правової соціалізації: 1) за допомогою навчання – полягає в здобутті елементарних правових знань і засвоєнні відповідних норм. Під час навчання прищеплюється певний образ поведінки. Тут найактивніше себе проявляє держава, починаючи із закріплення в законодавстві відповідних норм, утворення державних інститутів і закінчуючи створенням розгалуженої системи загальної і юридичної освіти; 2) шляхом передачі досвіду – відбувається в результаті осмислення власних помилок і подій свого досвіду, а також життєвого досвіду навколишніх людей; 3) «символічна» соціалізація – ґрунтується на власних абстрактних уявленнях людини про право, державу, країну, націю [4, с. 341].

Зміст правової соціалізації особистості охоплює засвоєння нею юридичної мови соціальної спільноти; відповідних способів, методів мислення, притаманних правовій культурі; форм раціональності і почуттів, сприйнятих особистістю правових норм, цінностей, традицій, звичаїв, зразків і методів діяльності тощо. Індивід соціалізується, включаючись у різноманітні форми правового життя, засвоюючи характерні для них соціальні ролі. Людина засвоює світ правової культури вибірково, через свої інтереси, свій світогляд, конкретний рівень сформованості правосвідомості. Засвоюючи за допомогою правового виховання правову культуру, людина формує свої здібності, потреби, цінності. Тому соціалізація не існує без індивідуалізації в праві. Процес поєднання чинників, що характеризують умови соціального середовища (правового поля), з чинниками особистими становить механізм правової соціалізації, до складу якого органічно входить система правового виховання.

Успішна адаптація повинна формувати правову культуру осіб, які опинилися в іншому суспільстві, що буде характеризувати рівень правової соціалізації нового члена суспільства, ступінь засвоєння і використання ним правових засад державного і соціального життя, Конституції та інших законів. При цьому правова культура особистості означає не тільки знання і розуміння права, а й правові судження про нього як про соціальну цінність і головне – активну роботу з його здійснення, зі зміцнення законності і правопорядку. Іншими словами, правова культура особистості – це її позитивна правова свідомість у дії. Вона включає перетворення особистістю своїх здібностей і соціальних якостей на основі правового досвіду.

Правова адаптація є одним зі складників адаптації в цілому. Правова адаптація проходить не завжди успішно, що в подеколи зумов-

лює протиправну поведінку осіб, що опинилася в іншому суспільстві, котра, як наслідок, веде до виникнення конфліктних ситуацій у сфері міжнаціональних відносин.

Під правовою адаптацією мається на увазі процес пристосування людини або груп людей до нової правової системи, отримання нових правових знань, правової інформації, які згодом повинні бути перетворені в правові переконання, звички правомірної поведінки, а також готовність діяти, керуючись цими правовими знаннями й переконаннями, тобто діяти правомірно – відповідно до закону: використовувати свої права, виконувати обов'язки, дотримуватися заборони, а також уміти відстоювати свої права у разі їх порушення.

Дуже часто особи у результаті різних життєвих ситуацій опиняються в іншому культурному, політичному, правовому середовищі. Здебільшого йдеться про міграцію осіб в інше культурне середовище, а інколи особи переміщуються в межах своєї держави. У будь-якому разі ці особи будуть проходити процес адаптації до нових соціальних умов.

Нині для України питання внутрішніх переселенців, а також їх адаптації до нових умов є досить актуальним. Унаслідок анексії Росією АР Крим та втрати Україною контролю над частиною території Донецької та Луганської областей в Україні з'явилися великі потоки людей, які були змушені залишити місця свого постійного проживання і переселитись до інших регіонів України. У вітчизняній науковій літературі, засобах масової інформації їх визначають як «внутрішні мігранти», «вимушені переселенці», в офіційних документах – як «внутрішньо переміщені особи» (ВПО), що найточніше відповідає англомовному терміну «internally displaced persons». Саме таке визначення закріплене також у «Керівних принципах з питань про переміщених осіб всередині країни» Організації Об'єднаних Націй: «Внутрішньо переміщені особи – це окремі особи, чи групи осіб, які були змушені залишити свої помешкання, або місця постійного проживання в результаті або щоб уникнути наслідків збройного конфлікту, проявів насильства, порушень прав людини, стихійних або спричинених діяльністю людини лих чи техногенних катастроф, і які не перетнули міжнародно-визнаних державних кордонів» [9].

Відповідно до першої частини першої статті ЗУ «Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб», «внутрішньо переміщеною особою є громадянин України, іноземець або особа без громадянства, яка перебуває на території України на законних підставах та має право на постійне проживання в Україні, яку змусили залишити або покинути своє місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту, тимчасової окупації, повсюдних проявів насильства, порушень прав людини та надзвичайних ситуацій природного чи техногенного характеру» [10].

Незважаючи на те, що у недавній українській історії були прецеденти масових вимушених переміщень населення через аварію на Чорнобильській АЕС у 1986 р., у країні відсутній досвід, пов'язаний із реєстрацією ВПО, належною міжвідомчою координацією, ефективною взаємодією між державними органами влади, громадськими організаціями, волонтерами, міжнародними організаціями, із розробкою та впровадженням комплексних державних програм.

За даними Міністерства соціальної політики, станом на кінець лютого 2016 року в Україні нараховувалося 1 735 000 внутрішньо переміщених осіб. Із них, за приблизними оцінками, 22 000 – з Криму та понад 1 700 000 – зі Сходу України. Близько 60 % ВПО – це пенсіонер(к)и, 23,1 % – працездатні особи, 12,8 % – діти та 4,1 % – неповносправні особи.

Частка зареєстрованих ВПО становить 4 % від загальної кількості населення країни [11, с. 9].

Для максимально ефективної адаптації переселенців необхідно шукати довгострокові рішення, спрямовані на забезпечення житлом, працевлаштування, соціальну інтеграцію ВПО, реалізацію позитивного потенціалу вимушеної внутрішньої міграції населення з урахуванням особливостей окремих регіонів та уроків міжнародного досвіду.

Правова адаптація внутрішньо переміщених осіб має спиратися на диференційний підхід до різних категорій переселенців. Реалізація диференційного підходу до різних категорій переселенців потребує, перш за все, чіткої єдиної реєстрації ВПО з обліком усіх різновидів допомоги, включно з допомогою, наданою міжнародними проектами, фондами, програмами. Для успішної правової адаптації необхідно враховувати вік, рід занять, професію кожної конкретної особи, яка опинилась у новому оточенні, для того щоб забезпечити максимально ефективне входження її у правовий простір цього суспільства через відповідні соціальні та правові інститути (школи, вищі навчальні заклади, трудові колективи тощо). Тому стратегія держави повинна бути спрямована на те, щоб сприяти швидкій інтеграції цих осіб до вищезазначених соціальних інститутів. У разі потреби – створювати можливості професійної перепідготовки та підвищення кваліфікації, тимчасової зайнятості ВПО. Необхідний також постійний моніторинг настроїв ВПО та їхніх намірів щодо подальших планів щодо переміщення. Для цього треба запровадити систематичні опитування ВПО із цих питань.

Разом із тим варто уникати ізольованого розселення ВПО, оскільки це стоїть на заваді інтеграції переселенців у зонах нового місця проживання. Міжособистісне спілкування переселенців та місцевих жителів громад, що їх приймають, долучення до місцевих звичаїв та традицій, правової культури – важливий складник соціальної-правової інтеграції ВПО.

Висновок

Право на соціалізацію передбачає включення індивіда в реальне життя, оволодіння ним усіма необхідними соціальними (у тому числі правовими) знаннями, навичками, що забезпе-

чується наявними в державі інститутами соціалізації. Інститути соціалізації – це узгоджена система природно сформованих або спеціально створених установ, організацій, функціонування яких спрямоване на розвиток індивідів через освіту і виховання. До них належать: інститути первісного розвитку природних властивостей людини (сім'я,), інститути навчання і виховання (школа, спортивні клуби та ін.), інститути суспільно-виробничої соціалізації (трудові колективи, громадські організації і партії), армія, ЗМІ, конфесії та ін.

Інтеграція людини у будь-яке нове оточення як усередині держави, так і за її межами має на увазі також входження її в правовий простір цього суспільства, яке забезпечується всіма вищеназваними інститутами соціалізації, а також різними інститутами права, які, реалізуючи право людини на правову соціалізацію, беруть участь у процесі його адаптації до нових умов шляхом правового виховання, формування правосвідомості та правової культури.

Список використаних джерел:

1. Дьячкова М. А. Правовая социализация как фактор адаптации личности к правовой жизни [Електронний ресурс] / М. А. Дьячкова. – Режим доступу: http://elar.urfu.ru/bitstream/10995/31340/1/spo_2014_34.pdf;

2. Соціально-психологічні засади професійного спілкування офіцерів : навчальний посібник для курсантів / [А.М. Богуш, О.В. Мазурік, В.І. Паламарчук, С.К. Хаджира-дєва]. – О. : ОІСВ, 1998. – 88 с.;

3. Европейская социальная хартия [Электронный ресурс]. – Режим доступу: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_120807/;

4. Крестовская Н.Н. Теория государства и права: Элементарный курс / Н.Н. Крестовская, Л.Г. Матвеева – Х. : Одиссей, 2007. – 384 с.;

5. Культурология : учебное пособие / [Г.В. Драч, В.Е. Давидович, А.Н. Ерыгин и др.]; под ред. проф. Г.В. Драча. – М. : Альфа-М, 2003. – 432 с.;

6. Философский словарь / [А.В. Адо, И.И. Андреев, Н.П. Аникеев и др.]; под ред. И.Т. Фролова – М. : Политиздат, 1987. – 590 с.;

7. Баранов П.П. Правовая психология курсантов вузов МВД России : монография / П.П. Баранов, Л.В. Мещерякова. – Ростов-на/Д. : РЮИ МВД России, 2001. – 168 с.;

8. Оборотов Ю.Н. Современное государство: основы теории : учебный курс / Ю.Н. Оборотов. – О. : Астропринт, 1998. – 132 с.;

9. Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны / Экономический и социальный Совет ООН (ЭКОСОС), 22 июля 1998. – E/CN.4/1998/53/Add.2. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.refworld.org.ru/docid/50b345932.html)

10. Про забезпечення прав і свобод внутрішньо переміщених осіб : Закон України від 20.10.2014 № 1706-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2015. – № 1. – С. 2. – Ст. 1.

11. Позняк О., Смаль В. Дослідження «Внутрішньо переміщені особи: соціальна та економічна інтеграція в приймаючих громадах» : підготовлено в рамках діяльності проекту міжнародної технічної допомоги «Партнерство для розвитку міст» (Проект ПРОМІС), який впроваджує Федерація канадських муніципалітетів (ФКМ) за фінансової підтримки Міністерства міжнародних справ Канади / В. Кокоть. – Київ, 2016. – 93 с. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://pleddg.org.ua/wp content/uploads/2016/05/IDP_REPORT_PLEDDG_edited_09.06.2016.pdf;

Статья посвящена исследованию явления правовой социализации как фактора адаптации личности к правовой жизни, интеграции человека в правовую среду, правовые отношения; анализу особенностей правовой социализации внутренне перемещенных лиц, а также формулированию выводов и предложений относительно максимально эффективной правовой адаптации указанных лиц.

Ключевые слова: правовая социализация, правовая адаптация, правосознание, правовая культура, правовое воспитание, внутренне перемещенные лица, правовые нормы, право.

The article investigates the phenomenon of legal socialization factor as people adapt to legal life, integration rights in the legal environment, legal relations; analysis of legal socialization features internally displaced persons, as well as formulating opinions and suggestions on the most effective legal adaptation of these persons.

Key words: legal socialization, legal adaptation of justice, legal culture, legal education, internally displaced persons, law.

УДК 34.01

Олеся Нетреб'як,

студентка магістратури кафедри теорії права та держави
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

СУТНІСТЬ ТА ЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ГЕРМЕНЕВТИКИ

Стаття присвячена визначенню особливостей правової герменевтики як некласичного методу в праві, а також окресленню її значення в сучасному осягненні правових явищ.

Ключові слова: герменевтика, правова герменевтика, тлумачення права.

Постановка проблеми. Правова герменевтика, тобто мистецтво інтерпретації юридичних текстів, набуває в суспільстві універсального, прагматичного значення. Процес дослідження генезису, еволюції правової герменевтики як науки та її теоретичних складників актуалізує широке коло філософських, гносеологічних і методологічних проблем. Потужний внесок у розроблення даної теоретичної проблематики було здійснено в рамках сучасної філософії права.

Аналіз досліджень та публікацій. Основні філософські праці із зазначеного вчення досліджували Е. Бетті, В. Дільтей, Г. Гадамер, М. Гайдеггер, М. Каган, П. Рікер, Ф. Шлейєрмахер та інші.

Історичний аналіз розвитку герменевтичних ідей із позиції відповідних підходів досліджували О. А. Потебня (філологічний), Л. А. Маркова (теологічний), П. Рікер (психоаналітичний), Г. Альберт (історичний), В. М. Мейзерський (середньовічна інтерпретація), Т. М. Дудаш (правовий).

В Україні нині відсутня системна увага до цієї науки. Проте вагомий внесок зробили І. Василенко, Т. Дудаш, П. Іванишин, А. Мережко, О. Юркевич. Проте раніше проблемам сутності та значення не тільки терміна, але й змісту присвячувалася невелика кількість доробків. Саме тому дана тема є актуальною.

Мета статті полягає в дослідженні поняття та практичного змісту правової герменевтики.

Виклад основного матеріалу. Явище правової герменевтики бере свій початок із формування філософської герменевтики. Остання постає як один із сучасних напрямів філософії та являє собою філософське вчення про розуміння. Одночасно герменевтика сприймається як метод осягнення явищ дійсності, зокрема текстів. Її мета – інтерпретація та розуміння текстів.

Варто зазначити, що герменевтика зазнала суттєвих змін у процесі свого розвитку, вектор яких коротко можна сформулювати як рух від вчення про метод (Ф. Шлейєрмахер, В. Дільтей та ін.) до вчення про буття (М. Хайдеггер, Х.-Г. Гадамер, П. Рікьор та ін.) [1, с. 68].

Поява герменевтики як науки про правила тлумачення зумовлена необхідністю тлумачення (екзегетики) біблійних текстів, творів поетів, філософів, письменників, учених. При цьому процес інтерпретації здійснювався на стику життєвого досвіду і мови. Особливий імпульс герменевтика отримала у зв'язку з діяльністю Аврелія Августина в контексті його тлумачення Святого Письма. Цікаво, що на герменевтику часів Середньовіччя звернули увагу юристи як на особливий напрям догматичної юриспруденції, основи якої були закладені ще глосаторами, які інтерпретували норми римського права з метою встановлення їх первинного змісту і пристосування до економічного життя середньовічної Європи [2, с. 110].

В епоху Відродження герменевтика стала сприйматися як мистецтво перекладу античних текстів на живу національну мову, все більше набуваючи світського характеру. Починають розрізнятися «сакральна герменевтика» і «профанна герменевтика». Із «сакральної герменевтики» згодом утворилася «теологічна герменевтика», а з «профанної» – «філологічна». Герменевтика залишається частиною більш широкої дисципліни – риторики, метою останньої є не мистецтво переконання, а мистецтво читання і розуміння. У період Реформації і Просвітництва герменевтика стала ключем до переосмислення теології, розумілася як одна з гілок людського знання. Вона була жорстко пов'язаною із соціальною практикою, що вимагала нових принципів тлумачення біблійних текстів відповідно до нових соціальних потреб [3, с. 9].

Класичний етап розвитку філософської герменевтики пов'язують із Ф. Шлейермахером. На думку цього філософа, герменевтика – мистецтво «вживання» в текст і розуміння його значення «краще, ніж його автор», безвідносно до того, про які тексти йде мова – «сакральні», «класичні» або просто «авторитетні». Герменевтика, за визначенням Ф. Шлейєрмахера, – це вчення про «взаємозв'язок правил розуміння». Мета цього навчання полягає в проясненні умов можливості розуміння письмових документів. Будь-який письмовий документ є мовним виразом, що має подвійну природу: з одного боку, він є частиною загальної системи мови, з іншого – продуктом творчості деякого індивіда. Тому перед герменевтикою стоїть подвійне завдання – дослідження виразу як елемента

© О. Нетреб'як, 2017

певної мовної системи і разом із тим виявлення унікальної суб'єктивності, що стоїть за ним [4, с. 20].

У юридичній сфері герменевтика дістала розвиток завдяки роботам Х.– Г. Гадамера, що вказав на спільність історичного, теологічного, філологічного і юридичного аспектів у герменевтиці. З його точки зору, для юридичної герменевтики конституючою є напруга, існуюча між відомостями тексту (закону), з одного боку, і тим текстом, який є результатом його застосування в конкретній ситуації тлумачення (судовий вирок) – з іншого. Іншими словами, для правильного розуміння тексту необхідно в кожен даний момент у кожній конкретній ситуації розуміти його по-новому й по-іншому. Тобто розуміння тут вже є застосуванням: проникнення у значення того або іншого нормативного тексту і його застосування до конкретного випадку є не двома окремими актами, а у єдиному процесі [4, с. 20].

Представником герменевтичного підходу варто назвати французького філософа П. Рікьора, який намагався подолати суб'єктивність тлумачення шляхом надання цьому процесу об'єктивності. Саме на підставі цього він сформулював свою знану тезу про те, що розуміння неможливе без наявності об'єктивуючого роз'яснення і навпаки. Основу розуміння, на його думку, становлять інтуїція й пояснення. Пояснення – це виявлення зв'язків між знаками в їх сукупності. Письмова фіксація тексту робить його незалежним від осіб, які його тлумачать чи сприймають. Отже, текст перебуває на межі розуміння й пояснення. Останнє виступає передумовою правильного розуміння, тому що воно пов'язане зі структурою дискурсу, яка дозволяє транслювати тексти [5, с. 15].

Ідеї філософської герменевтики та юридичного тлумачення є «спорідненими» у тому сенсі, що спільною для них є певна конструкція змісту, вираженого у знаковій системі (тексті), який можна охарактеризувати як багатозначний [6, с. 69].

Як видається, застосування філософської герменевтики в праві стало можливим завдяки тому, що юридичний текст виступає «центральним» елементом права (зокрема, позитивного). Йдеться, перш за все, про необхідність тлумачення нормативно-правових актів («волі» законодавця). Саме у цьому зв'язку герменевтика постає як метод у праві.

У літературі вказується на такі значення поняття «юридична герменевтика»:

– мистецтво тлумачення юридичних текстів (законів);

– теорія розуміння й осягнення сенсу джерел права, які піддаються тлумаченню;

– мистецтво розуміння чужої індивідуальності (суб'єктивне ставлення до об'єкта, який підлягає розумінню);

– вчення про принципи гуманітарних наук [7, с. 39].

Герменевтика постає як методологічний інструментарій, за допомогою якого ми можемо не лише інтерпретувати та розуміти текст, але й пізнати автора тексту – законодавця, суспільство, його історію. Герменевтичний спосіб розуміння заснований на проникненні не лише в зовні виражений (об'єктивний), але й в суб'єктивний світ, коли тлумачення здійснюється з урахуванням позицій інтерпретатора та індивідуальних особливостей мови автора [6, с. 69].

На думку О. М. Гермашева, юридична герменевтика являє собою самостійну науку, предметом якої є знання про способи з'ясування та роз'яснення змісту правової норми (тлумачення), а також знання про способи викладу правової норми, волі в юридичному тексті (юридична техніка) [8, с. 84].

Специфічність юридичної герменевтики полягає в тому, що вона виступає як складне наукове явище, засноване на підходах і методах, запропонованих філософами як минулого, так і сьогодення, і знаходить своє вираження головним чином у способах тлумачення тексту юридичного змісту. Мета юридичної герменевтики не тільки в тому, щоб усвідомити сенс норми, але й у тому, щоб перевести цей сенс на мову більш конкретних висловлювань, наближених до практичних ситуацій настільки, щоб не виникало сумнівів у їх належності нормі, яка тлумачиться, і тим самим полегшувати її застосування [7, с. 40].

З точки зору Т. В. Дружиніної-Сендецької, юридична герменевтика спрямована на усвідомлення особою при тлумаченні правової дійсності в цілому, а не тільки на розуміння сутності позитивних правових приписів. Зрозумівши правову норму, індивід засвоює її; для дотримання цієї норми необхідна вольова спрямованість, із цієї точки зору правове мислення виражається у герменевтичному колі тлумачення і правозастосування. У західноєвропейських університетах таке попереднє розуміння закону називають «передправо». Воно передує суто юридичному пізнанню, становить той онтологічний базис (засіб, буття), поверх якого надбудовується вторинне розуміння. З одного боку, суддя повинен добре усвідомити передумову розуміння закону (природу особистості і пов'язаний із нею економічний, політичний, етичний тощо бік справи), а з іншого – виносити те чи інше рішення (вторинне розуміння права), зважаючи на передумови розуміння закону [3, с. 9].

Для юридичної герменевтики характерним є принцип «достатності розуміння», згідно з яким абсолютно правильне розуміння не тільки недосяжне, але і навряд чи необхідне. Замість цього інтерпретатор юридичного тексту цілком задоволений таким рівнем розуміння цього тексту, який є достатнім для вирішення конкретного спору або проблеми і який не є явно несправедливим [9, с. 161].

Юридична герменевтика як розділ науки про розуміння покликана об'єднати в собі:

1) знання про способи викладу волі в юридичному тексті (юридична техніка, юридична лінгвістика, легістика як наука про виклад і оформлення нормативних актів);

2) знання про прийоми (способи) з'ясування та роз'яснення волі, викладеної в юридичних документах (тлумачення);

3) правову експертизу юридичних текстів як спеціальну сферу знань про виправлення вад юридичних текстів [7, с. 40].

Варто погодитись з О. І. Овчинниковим у тому, що юридична герменевтика заслуговує бути самостійною парадигмою правового мислення в силу таких аспектів:

– по-перше, в стрижні цієї парадигми розташований глибокий протест проти сцієнтизму і технократичних тенденцій сучасного політичного та правового мислення;

– по-друге, юридична герменевтика виходить із соціокультурних чинників у ґенезі права, що особливо актуально сьогодні, коли загроза культурному плюралізму стала очевидною у зв'язку з процесами глобалізації;

– по-третє, ця парадигма дозволяє несуперечливо «примирити» юридичний позитивізм і різні за своїми підставами природно-правові вчення;

– по-четверте, це праворозуміння має значно більше «прав» на те, щоб бути таким, через те, що лише в рамках герменевтичної парадигми адекватно може бути розглянуто питання про те, що являє собою процес розуміння права «взагалі»;

– по-п'яте, юридична герменевтика – це саме той підхід до права, який відповідає ідеологічним потребам теперішнього часу: зупинити «корозію» суспільної структури, яка роз'їдає радикальним індивідуалізмом (егоїзмом) і духовно-моральним нігілізмом «суспільства споживання», що не дозволяють подолати численні проблеми планетарного характеру [10, с. 168].

На думку Я. Л. Москаленко, застосовуючи герменевтичний метод, ми можемо надати відповідну інтерпретацію права: а) право є масштабом свободи особистості в суспільстві, визначає межі цієї свободи та встановлює відповідальність за порушення доступних меж; б) право – це форма свободи в реальних суспільних відносинах; в) право виражає ідеї справедливості, є критерієм правильного розподілу матеріальних і інших благ між різними прошарками населення – пенсіонерами, які не працюють, неповнолітніми, інвалідами, багатодітними сім'ями тощо; г) право передбачає можливість вирішення спорів та конфліктів на основі справедливості та законності в судовому порядку; д) право є важливим фактором прогресу, джерелом відновлення суспільства відповідно до перебігу історичного розвитку [11, с. 48].

Використання юридичної герменевтики як методології дозволяє адекватно тлумачити зміст правових норм, забезпечує їх ефективну реалізацію. Проблема тлумачення норм права, що здійснюється різними суб'єктами інтерпретаційної діяльності, багатогранна, стосується різних аспектів життєдіяльності держави і суспільства, має теоретичну і практичну значимість.

Мета тлумачення – правильне і точне розуміння та застосування закону, виявлення його сутності, яку законодавець вклав у словесне формулювання. Воно покликано протидіяти будь-яким способам відійти від змісту правових норм, протиставити «букву» і «дух» закону, а також виявити зміст того, що сформулював законодавець. Основною ідеєю, що має втілювати вчення про тлумачення, є ідея охорони і всебічного зміцнення законності. Тлумачення не вносить і не повинно вносити зміни і доповнення в чинні норми. Воно покликане лише пояснювати те, що сформульовано в законі [12, с. 76].

О. В. Семенов називає три завдання – інтерпретацію узагальнених правових понять; урахування загальновизнаних принципів гуманізму, повагу до прав людини, справедливості; компенсацію технічних недоліків та заповнення прогалин у праві. Проте, на думку М. М. Садовського, перелік завдань тлумачення права можна значно розширити та віднести до них, зокрема:

– встановлення змісту та форми вираження правових приписів;

– визначення їх мети та соціальної спрямованості;

– встановлення місця в правовому акті, галузі, системі права, меж дії правових приписів;

– встановлення суспільно-політичних обставин їх прийняття, умов, у яких відбувається тлумачення;

– виявлення та усунення прогалин, колізій, помилок та інших недоліків у правових приписах та юридичній практиці;

– оцінка правових приписів; їх роз'яснення іншим адресатам;

– уточнення, конкретизація та деталізація правових приписів тощо [13, с. 28].

Н. Сатохіна вказує, що герменевтичні смисли у правовій реальності проявляються на трьох рівнях, які відповідають трьом аспектам фундаментального людського досвіду, що отримав назву розуміння.

По-перше, в аспекті техне у герменевтичному розумінні відтворюється правова реальність. Цей перманентно відтворюваний світ права ґрунтується на ідеї належного, яка й вимагає дискурсу, на противагу світу природи, який тотожний самому собі і в якому людина не залучена до постійного обміну думками. Позбавлення ж людини можливості вільної комунікації редукує її досвід до задоволення біологічних потреб.

По-друге, як власне фронетичний досвід герменевтика опосередковує не тільки відтворення прав людини, але й їх реалізацію «на практиці». У цьому сенсі саме реальна багатоманітність ситуацій і точок зору на них призводить до конфлікту між універсалістською претензією і контекстуалістськими обмеженнями прав людини, між повагою до закону та повагою до осіб, коли інаковість осіб або груп протиставляє себе унітарному поняттю людства.

По-третє, в аспекті епістеме герменевтика покликана заповнювати лакуни розуміння, постаючи як одна з нонкогнітивістських версій некласичної епістемології, в якій осмислення прав людини виявляється можливим як досвід не епістемологічний (аналогічний пізнанню у природничих науках), а фронетичний (спрямований на контекстуальне дискурсивне обговорення цінностей), тобто досвід у власному сенсі слова, який є чимось більшим, ніж пізнан-

ня. Він завжди охоплює повернення до чогось, у чому раніше ми помилялись, момент самопізнання, усвідомлення меж людського буття. Такий досвід діє як критика будь-якого суто когнітивного мислення, будучи досвідом людської скінченності, досвідом власної історичності [14, с. 173-174].

Отже, отримавши своє підґрунтя як некласичний напрям у юридичній науці, що сформувався на базі філософії, правова (юридична) герменевтика отримала на сьогодні «автономне» значення в юриспруденції. Правова герменевтика постає не тільки як мистецтво тлумачення та інтерпретації, але й, із погляду традиції римських юристів, як метод і на базі філософії, як некласичний напрям зі специфікою, традицією, ознаками. Саме другий аспект становить актуальність у сьогоденні. Останнє можливо пов'язати з тим, що герменевтика дозволяє якісно тлумачити зміст правових текстів (зокрема, нормативних актів), завдяки чому можливим стає належним чином розуміти волю законодавця, а також у подальшому розв'язувати юридичні казуси. З'ясовано, що у практичному змісті правова герменевтика втілюється в тлумаченні права.

Список використаних джерел:

1. Варыгин Д.В. Проблема понимания в современной герменевтике / Д.В. Варыгин // Российский гуманитарный журнал. – 2012. – Т. 1. – № 1. – С. 67–72.

2. Шелестов К.О. Праворозуміння та герменевтика / К.О. Шелестов // Актуальні проблеми держави і права. – 2009. – Вип. 50. – С. 108–114.

3. Дружиніна-Сендецька Т.В. Тлумачення у праві: особливості герменевтичного підходу : автореф. дис. канд. юрид. наук : спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень» / Т.В. Дружиніна-Сендецька. – Х., 2015. – 16 с.

4. Брижко В.М. Філософія права: герменевтика в сфері інформаційного права / В.М. Брижко // Правова інформатика. – 2014. – № 1. – С. 18–22.

5. Гетьман І.В. Герменевтичний підхід до праворозуміння: витоки, зміст, практичне значення / І.В. Гетьман // Проблеми законності. – 2008. – Вип. 97. – С. 12–19.

6. Карвацька С.Б. Формування герменевтичної інтерпретації: історико-правові та лінгвістичні питання / С.Б. Карвацька // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. – 2009. – Вип. 50. – С. 66–72.

7. Ловпаче З.Х. Юридическая герменевтика как раздел науки о понимании / З.Х. Ловпаче // Вестник Адыгейского государственного университета. Серия: Регионоведение: философия, история, социология, юриспруденция, политология, культурология. – 2011. – Вып. 3. – С. 36м42.

8. Гермашев А.Н. Юридическая герменевтика как наука о способах изложения воли в юридическом тексте и способах ее толкования / А.Н. Гермашев // Законы России. – 2010. – № 1. – С. 82–86.

9. Мережко А.А. Юридическая герменевтика и методология права / А.А. Мережко // Проблеми філософії права. – 2003. – Т. 1. – С. 159–162.

10. Овчинников А.И. Юридическая герменевтика как правопонимание / А.И. Овчинников // Правоведение. – 2004. – № 4. – С. 160–169.

11. Москаленко Я.Л. Герменевтика та праворозуміння (до питання про підходи до вивчення проблеми) / Я.Л. Москаленко // Держава і право. Юридичні і політичні науки. – 2014. – Вип. 65. – С. 45–51.

12. Юхимюк О.М. Правова природа офіційного тлумачення норм права / О.М. Юхимюк // Актуальні питання реформування правової системи України : зб. наук. ст. за матеріалами VIII Міжнар. наук.-практ. конф., Луцьк, 17-19 червня 2011 р.; Волин. нац. ун-т ім. Лесі Українки, юрид. ф-т. – Луцьк: Волинська обласна друкарня, 2011. – С. 74–77.

13. Садовський М.М. Поняття та класифікація функцій доктринального тлумачення права / М.М. Садовський // Право і суспільство. – 2015. – № 6. – Ч. 2. – С. 26–30.

14. Сатохіна Н. Правова герменевтика між універсалізмом і контекстуалізмом / Н. Сатохіна // Філософія права і загальна теорія права. – 2013. – № 1. – С. 169–179.

Статья посвящена определению особенностей правовой герменевтики как метода в праве, а также ее значения в современном постижении правовых явлений.

Ключевые слова: герменевтика, правовая герменевтика, толкование права.

The article is devoted to defining features of legal hermeneutics as the method in law and outlining its value in modern apprehension of legal phenomena.

Key words: hermeneutics, legal hermeneutics, interpretation of law.

УДК 340.1+343.35

Людмила Шестопалова,

канд. юрид. наук, старший науковий співробітник,
професор кафедри загальноправових дисциплін
Київського національного торговельно-економічного університету

ВІДМЕЖУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ ПРАВОПОРУШЕНЬ ВІД ПРАВОПОРУШЕНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ КОРУПЦІЄЮ

У статті розглянуто базові операційні поняття, якими послуговується нове антикорупційне законодавство, досліджено підходи до розмежування корупційних правопорушень і правопорушень, пов'язаних із корупцією. Обгрунтовано необхідність внесення подальших змін та уточнень до Закону України «Про запобігання корупції» та інших нормативно-правових актів, які регулюють правові відносини, пов'язані з корупцією.

Ключові слова: корупція, корупційні правопорушення, пов'язані з корупцією правопорушення, запобігання корупції, протидія корупції, поняття корупції.

Постановка проблеми та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. Протидія та запобігання корупції в нашій державі стають першочерговим завданням, оскільки корупція загрожує не лише виконанню взятих на себе Президентом, урядом, парламентом України та іншими органами влади завдань народу як єдиного джерела влади, але й виконанню Україною зобов'язань перед міжнародним співтовариством [1] і взагалі існуванню демократичної правової соціальної держави як такої.

Незважаючи на певні позитивні тенденції та зрушення в організації антикорупційної системи починаючи з 2014 року (створення значного числа антикорупційних органів, ухвалення нових антикорупційних нормативно-правових актів, розширення параметрів свободи слова та преси тощо), стан корупціогенності в державі фактично перевищує поріг, що має назву «ганьба нації». Так, провідна міжнародна аудиторська компанія, що сягає коріням у 19 ст., – Ernst & Young – за результатами своїх досліджень у 2017 році поставила Україну на перше місце в рейтингу корупції в бізнесі серед досліджених 41 країни Європи, Близького Сходу, Індії та Африки (EMEIA) [2]. Хоча, за даними іншої неурядової міжнародної організації, наші показники дещо поліпшилися: у всесвітньому антикорупційному рейтингу Україна посіла 131 місце зі 176 обстежених країн світу, але утримує «корупційну» першість у Європі. Як і ми, показник у 29 балів набрали цьогоріч Казахстан, Росія, Непал та Іран [3]. Навіть рівень щастя, що також вимірюється, в нашій країні відповідає рівню корупції [4]. А в рейтингу політичних прав і громадянських свобод найстарішої правозахисної організації Freedom House за 2016 рік Україна набрала 61 бал зі 100, отримавши статус «частково вільної» держави [5], незважаючи на те, що підвищення рівня свободи в нашій державі сприяло просуванню в антикорупційному рейтингу вгору.

Отож, проблема запобігання та протидії вітчизняній корупції не втрачає, а навпаки посилює свою актуальність не тільки для практиків, але й для теоретиків права, оскільки саме наукові підходи до її правильного розуміння, подрібнення соціального явища на окремі види антисоціальної поведінки, правові вчинки, до їх криміналізації, відмежування суміжних складів протиправних корупційних діянь від інших заборонених законом діянь створюють базис для ефективної протидії цьому ганебному явищу в цілому.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дійсно, дослідженню феномена корупції, з'ясуванню та роз'ясненню змісту поняття корупції та суміжних понять у зарубіжній та вітчизняній науковій юридичній літературі приділено багато уваги. Наприклад, не можна не назвати монографічні праці останніх років таких українських учених, як: О. Г. Боднарчук, В. Д. Гвоздецький, Є. В. Невмержицький, а також не згадати новітні, 2017 року, дисертаційні роботи О. П. Мусієнко, С. А. Задорожного та ін.

Визначення окремих питань, що не вирішені в обраній для дослідження проблемі. Проте, з огляду на стан корупціогенності в Україні, слід, на жаль, визнати, що наявні наукові рекомендації не тільки не повною мірою сприймаються практиками, не завжди враховуються законодавцем, але й, як показують час і сучасні реалії, потребують доопрацювання та уточнення змісту, поглиблення досліджень, актуалізації нарешті. Це стосується і центральних операційних юридичних термінів і понять, без яких результативного впливу на корупцію досягти неможливо.

Мета статті. Тож нині перед нами постало завдання поточнення та розмежування змісту титульних понять, якими послуговується нове антикорупційне законодавство України. Йдеться, зокрема, про правові поняття, позначувані юридичними термінами «корупційні правопорушення» та «правопорушення, пов'язані з корупцією».

© Л. Шестопалова, 2017

Виклад основних обґрунтованих результатів дослідження. Законом України «Про запобігання корупції» 2014 року, який став «флагманом» у чинному антикорупційному законодавчому пакеті, визначено низку важливих для протидії корупції юридичних термінів і правових понять, серед яких, наприклад, такі, як: «антикорупційна експертиза», «корупція», «корупційне правопорушення», «неправомірна вигода» та ін. Цим нормативно-правовим актом до соціально-правого обігу введено і нове поняття «правопорушення, пов'язані з корупцією» (ст. 1) [6].

Корупція. Так, «корупція – використання особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей з метою одержання неправомірної вигоди або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб або відповідно обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди особі, зазначеній у частині першій статті 3 цього Закону, або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних з ними можливостей» [6]. Таким чином, законодавець наполягає на тому, що корупція – це протиправний вид правової поведінки, протиправне діяння («використання», що містить діяльнісний, поведінський, біхевіоральний аспект) фізичної особи («використання особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону»). При цьому в ст. 3 Закону подається чіткий перелік осіб (займаних посад), які можуть входити до кола суб'єктів корупції та на яких поширюється дія цього Закону. Не вдаючись до чергового, популярного в наукових колах аналізу поняття корупції, спроби якого робилися й нами в попередніх публікаціях, і навіть не співвідносячи його дефініцію, закріплену в цьому Законі, з розумінням корупції в міжнародному праві, що стало частиною вітчизняного, маємо зауважити, що підходи законодавця до протиправних корупційних діянь потребують роз'яснення та дальшого уточнення з метою правильного застосування нового антикорупційного законодавства та досягнення його мети. Корупція є негативним соціальним явищем, апріорі притаманним будь-якому державному (не додержавному) суспільству. Корупція є складником правопорушності та злочинності як певної кримінологічної сукупності. Саме тому криміналізація корупції як соціального явища та правового феномену не є можливою, так само як і закріплення інших видів ретроспективної юридичної відповідальності за корупцію. Але законодавча заборона корупційних правопорушень як окремих виявів правової поведінки, окремих правових вчинків – юридично логічний і перевірений шлях регулювання відповідних суспільних відносин.

Корупційне правопорушення. Частина 1 статті 1 чинного Закону України «Про запобігання корупції» визначає *корупційне правопорушення* як «діяння, що містить ознаки корупції, вчинене особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за яке законом встановлено кримінальну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність» [6]. *Корупційне правопорушення* визначається через відсилання до норми-дефініції «корупція» тієї самої статті 1. Наводиться і класифікація корупційних правопорушень: кримінально-правові, цивільно-правові та дисциплінарні (бланкетна норма права). Кримінально-правові порушенння – те саме, що злочини, або корупційні злочини, – криміналізовано в Особливій частині Кримінального кодексу (далі – КК) України. А їх вичерпний перелік (20 складів) «заховано» парламентарями в Примітці до ст. 45 «Звільнення від кримінальної відповідальності у зв'язку з дійовим каяттям» Загальної частини цього кодексу. Проте власне корупційні злочини передбачено статтями 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368–369-2 цього Кодексу. Можуть кваліфікуватися як корупційні відповідно до цього Кодексу також злочини, передбачені статтями 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410, якщо їх вчинено особливим способом – лише «у випадку їх вчинення шляхом зловживання службовим становищем» [7]. Хоча в Законі України «Про запобігання корупції» законодавець зовсім не врахував новелу Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України – ще один вид (підвид) правопорушень – кримінальні проступки (ст. 3, 38, 215 та ін.) [7].

Цивільно-правові корупційні порушення здебільшого випливають із цивільних договірних правовідносин, порушень зобов'язального права, що завдають матеріальну шкоду, мають негативні матеріальні наслідки та регулюються цивільним законодавством, у т. ч. нормами Цивільного кодексу (далі – ЦК) України. Дисциплінарна юридична відповідальність передбачається за порушення трудової та службової дисципліни, а відповідні корупційні правопорушення заборонено Кодексом законів про працю (далі – КЗпП) України [8], статутами (зведеннями законів) державних органів і формувань та ін. Закон України «Про запобігання корупції» має «субсидіарне» значення щодо негативної юридичної відповідальності, що передбачається названими кодексами та статутами.

У наведеній типології корупційних правопорушень відсутні, як бачимо, корупційні адміністративні (управлінські) правопорушення (проступки). Натомість Законом України «Про запобігання корупції» їх включено до іншої групи правопорушень, а саме «правопорушень, пов'язаних із корупцією», під якими законодавець розуміє «діяння, що не містять ознак корупції, але порушують встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження, вчинені особою, зазначеною у частині першій статті 3 цього Закону, за які законом встановлено кримінальну, адміністративну, дисциплінарну та/або цивільно-правову відповідальність» [6]. Отже, з тексту цієї норми-дефініції випливає, що певне число злочинів, адміністративних правопорушень, цивільних, трудових і службових деліктів можуть порушувати «встановлені цим Законом вимоги, заборони та обмеження» для відповідних суб'єктів, але не мати ознак

корупції, тобто не бути корупційними. Кримінальні правопорушення (злочини) тягнуть за собою кримінально-правові санкції, адміністративні правопорушення передбачають застосування адміністративних санкцій відповідних статей Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) і т. д. Тобто відповідальність за злочини вичерпно передбачається виключно КК України, а за адміністративні правопорушення – КУпАП. Стаття 9 цього кодексу визначає: «Адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність. Адміністративна відповідальність за правопорушення, передбачені цим Кодексом, настає, якщо ці порушення за своїм характером не тягнуть за собою відповідно до закону кримінальної відповідальності» [9]. Однак цей кодекс містить цілу нову главу 13-А, що мала назву «Адміністративні корупційні правопорушення» до відповідних змін 2014 року. Проте в переліку корупційних правопорушень у ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» такого виду корупційних діянь не передбачено. Можна було вважати, що то – недогляд законодавця (прогалина), якби запроваджене ним нове правове поняття – «правопорушення, пов'язані з корупцією» – офіційно тлумачилося б вичерпно та зрозуміло, якби наводився перелік відповідних статей (правових норм, які регулюють правовідносини, що виникають у зв'язку з вчиненням правопорушень, пов'язаних із корупцією). Саме чітке визначення цього поняття, а також вичерпний перелік у законодавстві складів злочинів, які пов'язані з корупцією, але не є корупційними, розставили б відповідні елементи (норми, приписи) правового поля «по своїх місцях». Виникає й питання про відсутність корупційних адміністративних правопорушень.

Практика свідчить, що ситуація, яка склалася з кваліфікацією корупційних правопорушень і правопорушень, пов'язаних із корупцією (та наступною реакцією антикорупційних органів), не додає оптимізму щодо перспектив протидії корупції в державі. Якщо притягнення до юридичної відповідальності корупціонерів на вищих щаблях влади схоже на риболовлю захисників природи (упіймали рибу – сфотографували/задокументували й відпустили неушкоджену в природне середовище), то на нижчих кластерах усе навпаки. Керівники середньої ланки – самі можливі суб'єкти корупційних правовідносин, не маючи юридичної освіти, щоб убезпечити себе, зберегти імідж підпорядкованих підрозділів, вдаються до упередженого тлумачення правової поведінки своїх підлеглих і подекуди свідомо приписують їй корупційні ознаки. А, наприклад, державні службовці переважно категорії «В», у свою чергу, воліють уникнути будь-яких необгрунтованих підозр із боку керівництва в їх причетності до корупції та через такі вимушено змінюють місце роботи чи взагалі йдуть із державної служби. Компетентні правоохоронці та судді до держслужбовців цієї категорії мають також упереджене ставлення частіше, ніж до більш високих категорій, допускаючи поширювальне тлумачення антикорупційних правових норм.

Отож, щоб розставити крапки над «і», посилаючись на сталі підходи до класифікації правопорушень за об'єктом посягання в теорії права, слід визнати, що за корупційні правопорушення передбачено кримінальну (Примітка до ст. 45 КК України та норми, статей, названі в ній), а також цивільну та дисциплінарну ретроспективну правову відповідальність. І має бути передбачено й адміністративну юридичну відповідальність. Це положення має знайти відображення в антикорупційному законодавстві.

Правопорушення, пов'язане з корупцією. Більш складно визначити, які правопорушення слід кваліфікувати як пов'язані з корупцією. Йдучи тим самим шляхом, матимемо їх таку саму видову класифікацію: злочини (та кримінальні проступки), адміністративні правопорушення (провини, делікти), цивільні та дисциплінарні правові порушення. Спираючись на положення Закону України «Про запобігання корупції», зазначимо, що суб'єктом правопорушень, пов'язаних із корупцією, можуть бути тільки ті самі особи, які є суб'єктами корупційних правопорушень. За своїм юридичним складом вчинене такою особою протиправне діянне хоч і не належить до корупційних правопорушень, але вчиняється з використанням службового становища, у зв'язку зі службою. У статті 1 зазначеного Закону України закріплено, що таке некорупційне правопорушення («правопорушення, пов'язане з корупцією») не містить ознак корупції, але порушує встановлені цим Законом вимоги, заборони й обмеження, що тягне за собою юридичну відповідальність [6]. І ці обмеження та заборони закріплено в розділах IV-VII, X і XI. А відповідні, відсильні, норми розпорошено в Кримінальному та Цивільному кодексах України, КУпАП та КЗпП України, статутах державних формувань.

Протиправні діяння цього виду вчиняються умисно, можуть полегшувати (спрощувати, прикривати) скоєння корупційних правопорушень, а також мати суміжні склади з корупційними правопорушеннями. А провадження по них, як і ухвалення рішень (до слова, ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає створення Вищого антикорупційного суду [10]), має входити до компетенції антикорупційних державних органів, спеціальних структурних підрозділів і уповноважених керівників. Так, Національне антикорупційне бюро України (далі – НАБУ) відповідно до Закону України «Про Національне антикорупційне бюро України» [11] та ч. 4 ст. 216 «Підслідність» КПК України здійснює – за наявності закріплених у цій нормі умов – досудове розслідування злочинів, передбачених ст. 191, 206-2, 209, 210, 211, 354, 364, 366-1, 368, 368-2, 369, 369-2, 410 КК України [7]. «Детективи Національного антикорупційного бюро України з ме-

тою попередження, виявлення, припинення та розкриття злочинів, які віднесені цією статтею до його підслідності, за рішенням Директора Національного антикорупційного бюро України та за погодженням із прокурором Спеціалізованої антикорупційної прокуратури можуть також розслідувати злочини, які віднесені до підслідності слідчих інших органів», – йдеться в п. 3 ч. 5 ст. 216 [7]. Отож, перелік корупційних злочинів Примітки до ст. 45 КК України та перелік злочинів, підслідних НАБУ, об'єктивно не збігаються, оскільки корупційні злочини підслідні не тільки НАБУ. До того ж його компетенція поширюється і на злочини, пов'язані з корупцією, наприклад передбачені: ст. 209 (Легалізація (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом), 211 (Видання нормативно-правових актів, що зменшують надходження до бюджету або збільшують витрати бюджету всупереч закону), 366-1 (Декларування недостовірної інформації).

Подібним чином має розв'язуватися питання і щодо адміністративних правопорушень, пов'язаних із корупцією. Проте КУпАП так само окреслює коло адміністративних правопорушень, пов'язаних із корупцією, у Главі 13-А. Кодекс містить ще цілу низку статей, в яких передбачаються санкції за правопорушення, пов'язані з корупцією. Так, можна навести норми ст. 164-12 «Порушення бюджетного законодавства», ст. 164-14 «Порушення законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти», ст. 184-1 «Неправомірне використання державного майна», ст. 212-2 «Порушення законодавства про державну таємницю» та багато інших. Водночас частина 3 статті 2 КУпАП встановлює, що «положення цього Кодексу поширюються і на адміністративні правопорушення, відповідальність за вчинення яких передбачена законами, ще не включеними до Кодексу» [9].

У своєму складі КУпАП також має Розділ ІІІ «Органи, уповноважені розглядати справи про адміністративні правопорушення» та ст. 255 «Особи, які мають право складати протоколи про адміністративні правопорушення», де зазначено, що їх представляють: НАБУ; Національне агентство з питань запобігання корупції (НАЗК); Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів; органи внутрішніх справ (Національну поліцію) та ін. Законодавець зробив спробу чітко окреслити повноваження згаданих органів і уповноважених осіб щодо корупційних та інших правопорушень, однак і в цьому кодексі структурованого підходу до поняття «адміністративні правопорушення, пов'язані з корупцією» немає. Віднесення чи невіднесення окремих складів провин до цього виду адміністративних правопорушень зорієнтовано на розуміння законодавцем корупції, нормативну дефініцію якої закріплено в Законі України «Про запобігання корупції». Те саме стосується і дисциплінарних правопорушень та правопорушень цивільно-правових відносин, пов'язаних із корупцією.

Ще одне важливе ***зауваження.*** У нормах, що закріплюють вид відповідальності як за корупційні правопорушення, так і за правопорушення, пов'язані з корупцією, щодо дисциплінарної та цивільної відповідальності в тексті ст. 1 Закону України «Про запобігання корупції» не зовсім виправдано вжито альтернативну пару прийменників «та/або», оскільки за вчинення таких правопорушень, за загальним правилом, обов'язково настає (має наставати) дисциплінарна відповідальність, а настання, крім того, чи ненастання кримінальної, адміністративної або цивільної правової відповідальності залежить від складу конкретного протиправного діяння. І ніби на підтвердження такої позиції далі, в тексті ст. 65 цього ж Закону, альтернативні прийменники «та/або» вже зникають: «1. За вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень особи, зазначені в частині першій статті 3 цього Закону, притягаються до кримінальної, адміністративної, цивільно-правової та дисциплінарної відповідальності у встановленому законом порядку» [6].

Висновки

Таким чином, у сенсі антикорупційного законодавства та за результатами дослідження, можна стверджувати, що за вчинення корупційних правопорушень передбачається дисциплінарна, а також кримінальна та цивільна ретроспективна відповідальність, але не адміністративна. Вичерний перелік корупційних злочинів встановлено в ст. 45 КК України, адміністративних правопорушень, пов'язаних з корупцією – у Главі 13-А КУпАП. Крім того, відповідні склади, наприклад «політична корупція», містяться в інших його главах. ЦК України, КзпП України та статути державних формувань таких чітких переліків не мають. Тому у кваліфікації корупційних протиправних діянь, визначенні завданої ними шкоди правозастосувачі мусять відштовхуватися від розуміння законодавцем соціального явища корупції, як і у разі кваліфікації некорупційних правопорушень, але таких, що пов'язані з корупцією. Ось цю прогалину в антикорупційному законодавстві й слід усунути.

Список використаних джерел:

1. Статут групи держав у боротьбі з корупцією (GRECO) Ради Європи від 05.05.1998. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_144

2. Ernst&Young должна объяснить, почему включила Украину в рейтинг коррупции, – Гройсман. // РБК Україна. Новини. Економіка. – 14.04.2017. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.rbc.ua/rus/news/ernst-young-dolzhna-obyasnit-pochemu-vklyuchila-1492159379.html

3. Безкарність та недієве правосуддя тримають Україну на корупційному дні: Transparency International Україна // Офіційний сайт [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://ti-ukraine.org/news/bezkarnist-ta-nediieve-pravosuddia-trymaiut-ukrainu-na-koruptsiinomu-dni/

4. World Happiness Report: Україна за рівнем щастя, як Судан та Уганда // Українська правда. – 20.03.2017. [Електронний ресурс]. –

Режим доступу : https://life.pravda.com.ua/society/2017/03/20/223218/

5. Україна є частково вільною в рейтингу свободи Freedom House // Укрінформ. – 15.04.2017. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.ukrinform.ua/rubric-society/2166640-ukraina-e-castkovo-vilnou-v-rejtingu-svobodi-freedom-house.html

6. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 49. – Ст. 2056. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1700-18

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2013. – № 9-10, № 11-12, № 13. – Ст. 88. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17

8. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 № 322-VIII. // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 1971. – Дод. до № 50. – Ст. 375. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/322-08

9. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 // Відомості Верховної Ради Української РСР (ВВР). – 1984. – Дод. до № 51. – Ст. 1122. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80731-10/page

10. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 № 1402-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2016. – № 31. – Ст. 545 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1402-19

11. Про Національне антикорупційне бюро України : Закон України від 14.10.2014 № 1698-VII // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 2014. – № 47. – Ст. 2051 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1698-18/page

Рассмотрены базовые операционные понятия, которыми пользуется новое антикоррупционное законодательство, исследованы подходы к разграничению коррупционных правонарушений и правонарушений, связанных с коррупцией. Обоснована необходимость внесения дальнейших изменений и уточнений в Закон Украины «О предотвращении коррупции» и другие нормативно-правовые акты, регулирующие правовые отношения, связанные с коррупцией.

Ключевые слова: коррупция, коррупционные правонарушения, связанные с коррупцией правонарушения, предотвращение коррупции, противодействие коррупции, понятие коррупции.

The article consider the basic operational concepts used by the new anti-corruption law, explores the approaches to the delineation of corruption offenses and offenses, that related to corruption. The author substantiated the need to introduce further amendments to the Law of Ukraine «On the Prevention of Corruption» and to other legal acts, which regulate the legal corruption relations.

Key words: corruption, corruption summary offenses, corruption misdemeanor, delicts related corruption, offenses prevention, combating corruption, concept of corruption.

УДК 343.1

Вячеслав Кірієнко,

голова
Донецького окружного адміністративного суду

ІСТОРИЧНИЙ АНАЛІЗ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ДОВЕДЕННЯ ДО САМОГУБСТВА АБО ДО ЗАМАХУ НА САМОГУБСТВО

У статті здійснено ретроспективний аналіз нормативного регулювання кримінальної відповідальності за доведення до самогубства або замах на самогубство в різні історичні періоди розвитку суспільства. Наведені деякі визначення поняття «суїцид» в різні часи. Сформульовано висновки щодо актуальності узагальнення історичного досвіду і доцільності використання у сучасному правотворенні його позитивних результатів.

Ключові слова: історичний аналіз, доведення до самогубства, суїцид, старослов'янський етап, християнський та імперський етап, радянський етап, релігійні і світські покарання.

Постановка проблеми. Згідно зі ст. 3 Конституції України [1], людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в нашій державі найвищою соціальною цінністю. Зазначені права і свободи людини є невідчужуваними та непорушними. Останнім часом в Україні почастішали випадки суїцидів [2]. Їх поширення викликане кризовими факторами в економіці країни (зубожіння населення, зупинка виробництв, інфляція та ін.). За даними Всесвітньої організації охорони здоров'я, за 2017 р. в Україні було вчинено близько 15 тисяч актів суїциду. Середній показник для нашої країни – 22 суїциди на 100 тисяч осіб. Україна входить у десятку країн із найвищим рівнем самогубств.

Зважаючи на те, що розглядуваний суспільний феномен своїм корінням сягає сивої давнини, розкриття генезису ключових етапів його становлення та розвитку сприятиме удосконаленню практики запобігання доведення до самогубства або замаху на самогубство на сучасному етапі розвитку нашого суспільства, що зумовлює актуальність і своєчасність даної статті.

Метою статті є здійснення ретроспективного аналізу заходів запобігання доведення до самогубства або до замаху на самогубство з наукових позицій, виокремлення етапів розвитку кримінального законодавства, зумовлених як характером суспільно-політичних процесів у різні історичні періоди, культурними та релігійними особливостями окремих держав, так й об'єктивними закономірностями.

Усвідомленню розуміння поняття «самогубство» в історичному аспекті сприяли праці Ф. Аквінського, Аристотеля, Епікура, Піфагора, Платона, Сенеки, Сократа, Тацита і Цицерона. Висвітлювали феномен самогубства в своїх працях Ч. Бекаріа, Е. Дюркгейм, Ж. Ескіроль, А. Камю, Е. Морселлі, Р. Моуді, Ф. Ніцше, З. Фрейд, Е. Шнейдман, Д. Юм та ін. Без сумніву, цікавими є сучасні кримінологічні дослідження В. Лихолоба, В. Філонова [3] та Л. Шестопалової, які доводять, що самогубство тісно пов'язано з віктимологією в її широкому розумінні і латентністю злочинів [4].

Виклад основного матеріалу. Відколи існує людство, відтоді йому відомі і факти самогубства: історія людства та самогубств налічує понад 25 століть. Масові і поодинокі випадки самогубства траплялися в усі часи, у різних народах. Проте ставлення до самогубства в часі та просторі змінювалося постійно: від однієї культури, релігії – до іншої, від століття – до століття. Самогубство вважали чи не за найбільший гріх, замахом на найсвятіше – життя, дар Божий; самогубство було єдиним виходом вельмож зі скрутного становища, способом для воїнів славетно померти за відсутності воєнних дій, а також різновидом героїзму [4, с. 8].

Визначення поняття самогубства розпочалося з усвідомлення індивідуумом (лат. individuum – «неподільний») себе людиною розумною (лат. Homo Sapiens) [5].

Науково-правова категорія «самогубство» не одразу здобула своє закріплення в законодавстві, незважаючи на те, що вона була знайома на заході ще за епохи античності в стародавній Греції, а на сході – в Індії. Існує безліч визначень поняття «самогубство». Класичним вважається визначення, дане Е. Дюркгеймом в його роботі «Самогубство», що видана в 1897 р. в Парижі, в якій *самогубством* називається всякий випадок смерті, що безпосередньо або опосередковано є результатом позитивного або негативного вчинку, вчиненого самим потерпілим, якщо останній знав про наслідки цього вчинку: «Замах на самогубство – це цілком однорідна дія, але тільки не доведена до кінця» [6].

Згідно з визначенням ВООЗ (1982), суїцид – «акт самогубства з фатальним результатом; замах на самогубство – аналогічний акт, який не має фатального результату» [7, с. 54].

© В. Кірієнко, 2017

Самогубства у стародавньому світі чинилися переважно під впливом чинників соціальної спрямованості, як того вимагали мораль, релігія або суспільство.

Старослов'янський дохристиянський етап характеризується тим, що реалізацію та охорону основних прав було засновано на родоплемінному язичницькому укладі життя, і вони виконували позитивну соціальну функцію. Навіть наведені в історичній літературі випадки доведення до самогубства мали ритуальний характер та мали на меті забезпечення інтересів роду, родини.

Київоруський християнський етап характеризується тим, що церковні та світські кримінальні закони греко-римського права, які привносилися на Русь одночасно з процесом хрещення, було реалізовано у Статутах великих і удільних князів, де вперше згадується доведення до самогубства. У видатному пам'ятникові давньоруського права X ст. – Руській Правді –містилися норми про «душогубство», де поряд із вбивством встановлювалася відповідальність і за самогубство. Церква, у свою чергу, послідовно та систематично формувала власну, особливу систему обмежень та покарань, пов'язаних із самогубством [8, с. 7].

Але правові підходи до вчинення самогубства протягом століть неодноразово змінювалися. Нормами церковних і світських законів, об'єднаних у збірнику, який називався «Кормча книга», заборонялось чинити самогубства, а за порушення цієї заборони передбачалось покарання. У Требнику Петра Могили (1646 р.) та «Інструкціях старостам поповським» московського патріарха Адріана містились положення, які не дозволяли ховати померлих самогубців на церковному цвинтарі.

До Петра I законодавство Росії жодних покарань за самогубство або за замах на нього не містило. Відповідальність за самогубство наставала лише за церковними законами. Церква не ховала самогубців [9].

Морський Устав від 13 січня 1720 р. карав смертною карою за спробу самогубства і вимагав повішення трупа самогубця.

Імперський період характеризується посиленням абсолютизму, зменшенням авторитету духовної влади, яке мало вираження у скасуванні патріаршества та заміні цього інституту Святійшим Синодом. Однак законодавець повністю ухвалює християнські традиції щодо самогубства. Починаючи з реформ Петра Першого і до середини XIX ст., самогубство та замах на самогубство вважалися злочином. Наступність законодавства прослідковувалася у новому нормативно-правовому акті, який регулював питання кримінальної відповідальності – Звід кримінальних законів 1832 р., що вступив у дію з 1 січня 1835 р., також передбачав караність самогубства і замаху на самогубство [10, с. 358].

Відповідальність за доведення до самогубства вперше була встановлена в Уложенні про покарання кримінальні та виправні 1845 р.

Таким чином, для згаданого періоду розвитку російського кримінального права та законодавства в аспекті аналізу регламентації питання, що розглядається, характерними є такі ознаки: встановлювалась самостійна відповідальність як за самогубство, так і за доведення до самогубства; існував диференційований погляд на самогубство, скоєне в стані осудності і вчинене в стані неосудності; не визнавали самогубцями осіб, які з патріотичних почуттів, жертв задля збереження державної таємниці та в інших випадках позбавляли себе життя; за вказані злочини передбачалось дві групи покарань: релігійні та світські. Сутність релігійного покарання виражалась в позбавленні права на християнське поховання.

Професор М. Таганцев писав: «<...> с 1845 года наше право смотрит на самоубивство преимущественно с религиозной точки зрения, хотя и проводит свой взгляд далеко не последовательно» [11, с. 323]. Ця непослідовність, на нашу думку, виявляється і в заходах впливу на самогубців, що мали виключно світський характер. Караним визнавався замах на самогубство та співучасть у цьому діянні.

Засуджуючи самогубство, більшість представників передової правової думки в Російській імперії вважали неправильною і несправедливою кримінальну відповідальність за самогубство. У посяганні на власне життя, суїциді, немає суттєвої ознаки злочину, тобто протиправності. Людина не може вступати сама з собою у суспільні чи правові відносини.

Кримінальне Уложення 1903 р. вже не вважало самогубство чи замах на нього злочинами. Не передбачало Уложення відповідальності і за доведення до самогубства. Проте пособництво, вмовляння та підбурювання до самогубства воно розглядало як самостійні склади злочинів [12, с. 261].

Аналізуючи законодавство радянського етапу, необхідно сказати, що в перші роки становлення Радянської влади, громадянської війни та іноземної інтервенції на теренах України широко застосовувалися норми кримінального законодавства Російської імперії. Першим українським кримінальним законом став Кримінальний кодекс Української Радянської Соціалістичної Республіки 1922 р., у главі п'ятій Особливої частині якого було розміщено ст. 148, яка встановлювала відповідальність за підмову до самогубства неповнолітнього або особи, завідомо не здатної розуміти вчинене або керувати своїми вчинками. Кримінальний кодекс УСРР 1922 р. не вважав самогубство і замах на нього кримінально караними діяннями і не містив окремої норми щодо відповідальності за доведення до самогубства [13, с. 51].

Кримінальний кодекс УСРР 1927 р. передбачав кримінальну відповідальність за доведення до самогубства особи чи замаху на нього, яка перебуває у матеріальній чи іншій залежності від іншої особи, жорстоким поводженням останнього чи в інший спосіб.

Але після закінчення громадянської війни, разом з остаточною перемогою диктатури пролетаріату, тоталітарного режиму та політичного курсу на побудову комуністичного суспільства проблема вчинення самогубств у СРСР стала замовчуватися. Офіційна ідеологія не передбачала місця цьому явищу в оптимістичному, рівноправному та психічно здоровому суспільстві.

Майже 50 років, до 1970-х, у СРСР не проводилося наукових досліджень із цього питання. Тема залишалася забороненою. Тільки іноді

в спеціальних журналах з'являлися окремі статті на тему вчинення самогубств психічно хворими людьми.

Кримінальний кодекс 1960 р. вдосконалив норму про відповідальність за доведення до самогубства. Ст. 99 Кримінального кодексу фактично передбачала відповідальність за два склади злочину.

Відповідно до ч. 1 ст. 99 доведення до самогубства чи замаху на самогубство особи, що перебуває в матеріальній чи іншій залежності від другої особи, шляхом жорстокого поводження чи систематичного приниження її людської гідності каралось позбавленням волі на строк до п'яти років. За ч. 2 даної статті каралося позбавленням волі на строк до трьох років доведення до самогубства чи замаху на самогубство внаслідок систематичного цькування чи наклепу з боку особи, від якої потерпілий не був у матеріальній чи іншій залежності [14, с. 44–45]. Варто зауважити, що ця позиція була визначальною досить тривалий проміжок часу.

Аналогічним є підхід, що знайшов своє відображення в Кримінальному кодексі України 2001 р.

Висновки

Таким чином, розгляд наукових поглядів на особливості доведення до самогубства особи як кримінологічного явища в різні історичні періоди, а також ретроспективний аналіз основних підходів до нормативного врегулювання запобігання цьому виду злочинів дав можливість виокремити етапи розвитку кримінального законодавства зумовлених як характером суспільно-політичних процесів у різні історичні періоди, культурними та релігійними особливостями окремих держав, так й об'єктивними закономірностями, зокрема: 1) старослов'янський етап (до XI ст.); 2) християнський етап (з XI ст. до 1835 р.); 3) імперський етап (з 1835 до 1917 рр.); 4) радянський етап (з 1917 до 2001 рр.); 5) сучасний етап (з 2001 р.).

Вивчаючи та узагальнюючи досвід історичного минулого, варто критично ставитись до помилок, вивчати організаційні та нормотворчі процеси, що відбувались в суспільстві на різних етапах його розвитку, перейматися все краще і використовувати ці надбання століть у сучасному правотворенні.

Список використаних джерел:

1. Конституція України від 28 черв. 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр.

2. Злочинність в Україні. Основні показники стану та структури злочинності за 2006–2016 рр : стат. зб. – К. : ВПЦ МВС України, 2017. – 179 с.

3. Криминология : учебник для учебных заведений МВД Украины [Лихолоб В, Филонов В., Коваленко О., Михайлов А.] ; под ред. В. Лихолоба и В. Филонова. – К. : Донецк, 1997. – 398 с.

4. Шестопалова Л. Самогубство як явище: науковий нарис /Л. Шестопалова. – К. : Нац. акад. внутр. справ України, 2000. – 60 с.

5. Словник іншомовних слів / [за ред. О. Мельничука]. – К. : Вид. АНУ РСР, 1974. – 826 с.

6. Дюркгейм Э. Самоубийство (социологический этюд) / Э. Дюркгейм; [пер. с фр., с сокр. по изд. : СПб., 1912]; под. ред. В. Лукова. – СПб. : Союз, 1998. – 496 с.

7. Ефремов В. Основы суицидологии / В.С. Ефремов. – СПб. : Диалект, 2004. – 479 с.

8. Гусак О. Кримінально-правова характеристика доведення до самогубства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / О. Гусак. – Одеса, 2014. –20 с.

9. Булацель П. Самоубийство с древнейших времен до наших дней : Исторический очерк философских воззрений и законодательств о самоубийстве / П. Булацель. – 2-е изд. – СПб. : Паровая типо-лит. (бар. Криденер), 1900. – 217 с.

10. Российское законодательство X – XX веков. В 9 т. – Т. 4. Законодательство периода становления абсолютизма / под общ. ред. О. Чистякова ; отв. ред. А. Маньков. – М. : Юрид. лит., 1986. – 511 с.

11. Таганцев Н. О преступлениях против жизни по русскому праву. Исследование. В 2 т. – Т. 2 / Н. Таганцев. – СПб. : Тип. А. М. Котомина, 1871. – 424 с.

12. Уголовное уложение, высочайше утвержд. 22 марта 1903 г. – СПб. : Изд. Гос. канцелярии, 1903. – 284 с.

13. Уголовный кодекс УССР, утвержденный ВУЦИК 23 августа 1922 г. (с измен. и дополнениями по 1-ое июня 1924 года и с алфав. указателем). – [6-е офиц. изд.]. – Х. : Юрид. изд-во Наркомюста УССР, 1924. – 104 с.

14. Кримінальний кодекс Української РСР / [ред.-упоряд.: В. Меленевський, С. Яценко]. – К. : Держ. вид-во політ. л-ри УРСР, 1961. – 210 с.

В статье осуществлен ретроспективный анализ нормативного регулирования уголовной ответственности за доведение до самоубийства или покушения на самоубийство в разные исторические периоды развития общества. Приведены некоторые определения понятия суицида в разные времена. Сделаны выводы относительно актуальности обобщения исторического опыта рассматриваемой проблематики и целесообразности использования в современном правотворчестве его позитивных результатов.

Ключевые слова: исторический анализ, доведение до самоубийства, суицид, старославянский, христианский, имперский этапы, советский этап, религиозные и светские наказания.

In the article, a retrospective analysis of the regulatory regulation of criminal responsibility for bringing to suicide or attempted suicide in different historical periods of the development of society was carried out. Some definitions of the concept of suicide in different times are given. Conclusions are drawn regarding the relevance of the generalization of the historical experience of the problem under consideration and the appropriateness of using its positive results in contemporary lawmaking.

Key words: historical analysis, bringing to suicide, suicide, Old Slavonic, Christian, Imperial stages, Soviet stage, religious and secular punishment.

УДК 343.915

Юрій Кричун,

канд. юрид. наук, доцент, професор
кафедри адміністративного, кримінального права та процесу
ПВНЗ «Кропивницький інститут державного та муніципального управління»

ПРОБЛЕМА ВІДМЕЖУВАННЯ КАТУВАННЯ ВІД ДЕЯКИХ СУМІЖНИХ СКЛАДІВ ЗЛОЧИНІВ

Стаття присвячена дослідженню проблеми відмежування катування (стаття 127 Кримінального кодексу України) від деяких суміжних складів злочинів. Стисло проаналізовано склади злочинів, передбачені статтями 127 , 126, 121, 122, 125, 206, 355 і частиною 3 статті 189 Кримінального кодексу України, здійснено їх порівняльний аналіз і виділено основні ознаки, за якими їх варто розмежовувати.

Ключові слова: катування, побої, мордування, тілесні ушкодження, відмежування злочинів.

Постановка проблеми. З прийняттям Конституції Україна вступила в новий етап свого розвитку на шляху створення демократичної, соціальної, правової держави. Права і свободи людини, їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності такої держави.

Основний Закон України закріпив положення про те, що людина, її життя і здоров'я, честь і особиста гідність, недоторканність і безпека є найвищою соціальною цінністю для держави [1, ст. 3]. Це надає підвищену значимість проблемам захисту особи від катування й інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження та покарання.

Натепер проблемі запобігання катуванню та боротьби з катуванням приділяється значна увага на міжнародному рівні, оскільки понад 150 держав світу застосовують катування. Неприпустимість застосування катування регламентується такими міжнародними нормативно-правовими актами, як Загальна декларація прав людини та Міжнародний пакт про громадянські й політичні права, які визначають, що ніхто не повинен зазнавати тортур або жорстокого, нелюдського чи такого, що принижує його гідність, поводження та покарання [2, с. 3]. Кожен факт катування – це брутальне порушення невід'ємних прав людини та громадянина на життя, здоров'я, недоторканність і повагу до гідності, пряма загроза демократії в суспільстві, приниження авторитету державних органів, недовіра до держави загалом. Забезпечення притягнення до відповідальності за кожний акт катування є обов'язком будь-якої держави, яка дотримується міжнародно-правових норм.

Конституція України врахувала міжнародні стандарти прав людини й закріпила норму про те, що ніхто не може бути підданий катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню [1, ст. 28]. Крім того, Україна ратифікувала Конвенцію Організації Об'єднаних Націй проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження й покарання 1984 року, положення якої розвивають і уточнюють міжнародні стандарти в цій галузі [4].

Кримінальне законодавство України до 2001 року не містило визначення катування та жорстокого або такого, що принижує гідність, поводження. Катування як самостійний склад злочину визнано з прийняттям чинного Кримінального кодексу (далі – КК) України, однак варто відзначити, що у своїй початковій редакції відповідна кримінально-правова норма (стаття 127 КК України) неповною мірою відповідала вимогам Конвенції проти катувань. Натепер ця норма зазнала низку змін (2005, 2007 та 2009 років), з урахуванням міжнародних вимог і національних особливостей викладена в новій редакції, проте, на нашу думку, потребує подальшого дослідження та вдосконалення.

Дослідження проблем кримінальної відповідальності за катування, а також відмежування катування від суміжних складів злочинів є недостатнім на науковому рівні. Окремі аспекти відповідальності за злочин, передбачений статтею 127 КК України «Катування», висвітлювались у роботах таких науковців: І. Богатирьова, Г. Гладких, Л. Дорош, І. Дворянськова, О. Ігнатова, В. Ільницького, К. Катеринчука, Л. Левицької, О. Мартиненко, Л. Попової, А. Савченка, Г. Телесніцького, С. Яценка, М. Хавронюка, М. Мельника та інших. Однак комплексне дослідження цього злочину з позиції його відмежування від суміжних складів, які містить чинне кримінальне законодавство України, не проводилось.

Метою статті є дослідження кримінально-правової норми, яка передбачає відповідальність за катування (стаття 127 КК України), а також подальше її відмежування від деяких суміжних складів злочинів, які містить чинне кримінальне законодавство (передбачених статтями 126, 121, 122, 125, 206, 355, частиною 3 статті 189 КК України).

Виклад основного матеріалу. Стаття 127 КК України міститься в розділі другому Особливої частини КК України «Злочини проти життя та здоров'я особи», передбачає відповідальність за умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального

© Ю. Кричун, 2017

страждання шляхом заподіяння побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілого чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, у тому числі отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи в скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб [5].

Основним безпосереднім об'єктом катування є здоров'я людини, як обов'язковий додатковий об'єкт виступають честь, гідність і воля особи. Об'єктивна сторона злочину характеризується наявністю трьох обов'язкових ознак: діяння, наслідку та причинного зв'язку між ними. Суспільно небезпечне діяння полягає в активних діях, які виражаються в заподіянні побоїв, мученні, інших насильницьких діях. Однак варто відзначити, що цей злочин може вчинятися й у формі бездіяльності. Суспільно небезпечний наслідок представлений у вигляді заподіяння потерпілому сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання. Причинний зв'язок між указаними діями та наслідками – необхідний: сильний фізичний біль, фізичне чи моральне страждання під час катування виникають у результаті заподіяння особі побоїв, мучення або інших насильницьких дій. Суб'єкт злочину, передбаченого статтею 127 КК України, є загальним (фізична осудна особа, яка досягла 16 років). Із суб'єктивної сторони катування характеризується умисною формою вини. Умисел може бути як прямим, так і непрямим. Обов'язковою ознакою катування є наявність у винної особи спеціальної мети – спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, в тому числі отримати від нього або іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється, або залякування його або інших осіб.

Варто відзначити, що диспозиція статті 127 КК України як спеціальну мету не передбачає спонукання особи утриматись від виконання дій. Судам під час розгляду справ про катування необхідно враховувати вказану обставину як таку, що охоплюється складом злочину. На нашу думку, для усунення суперечностей, що можуть виникнути із цього приводу, законодавцю доцільно було б передбачити цю спеціальну мету в тексті диспозиції статті 127 КК України.

Розділ другий «Злочини проти життя та здоров'я» Особливої частини КК України містить також статтю 126, яка встановлює відповідальність за побої й мордування. На практиці часто виникають труднощі під час розмежування катування від побоїв і мордування.

Частина 1 статті 126 і частина 1 стаття 127 КК України мають деякі спільні елементи складу злочину, а саме: дії, які полягають у заподіянні побоїв або вчиненні інших насильницьких дій; наслідок у вигляді заподіяння сильного фізичного болю (причому диспозиція статті 126 не вказує, фізичний біль має бути сильним чи ні); загальний суб'єкт злочину; умисна форма вини. Для відмежування вказаних складів злочину необхідно встановити наявність або відсутність у винного спеціальної мети, яка передбачена в диспозиції частини 1 статті 127 КК України, – спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, в тому числі отримати від нього або іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється, або залякування його чи інших осіб.

Частина 2 статті 126 КК України передбачає додаткові спільні елементи складів злочину: мордування, яке охоплюється поняттям «мучення»; спеціальну мету – залякування потерпілого або його близьких (стаття 127 передбачає залякування потерпілого або інших осіб). Отже, склади катування й побоїв і мордування будуть тотожними в тому випадку, якщо винна особа з метою залякування потерпілого (або його близьких) спричинить останньому сильний фізичний біль шляхом заподіяння побоїв, мордування або інших насильницьких дій. Указана обставина неприпустима, особливо якщо врахувати, що санкції частини 1 статті 127 і частини 2 статті 126 КК України відрізняються за видами й обсягом покарання. Вирішення цієї проблеми можливе лише на законодавчому рівні шляхом виключення спеціальної мети «залякування» з диспозиції частини 2 статті 126 КК України (виключення цієї спеціальної мети з диспозиції статті 127 спричинило б невідповідність вимогам Конвенції ООН проти катувань).

Натепер у судовій практиці відсутні роз'яснення з приводу відмежування катування від інших злочинів проти здоров'я. Стаття 127 КК України не передбачає як кваліфікуючі ознаки спричинення тілесних ушкоджень, що викликає питання щодо необхідності додаткової кваліфікації в разі настання зазначених наслідків. Якщо умисел особи був спрямований лише на заподіяння сильного фізичного болю, фізичного або морального страждання, а не на спричинення тілесних ушкоджень, її дії потрібно кваліфікувати лише за відповідною частиною статті 127 КК України. У такому випадку має необережна форма вини щодо спричинення тілесних ушкоджень, і додаткова кваліфікація за статтею 128 КК України («Необережне тяжке або середньої тяжкості тілесне ушкодження») не потрібна, оскільки санкція цієї статті передбачає більш м'яке покарання.

Проблемним залишається питання щодо кваліфікації умисного спричинення тілесних ушкоджень (різних ступенів тяжкості), за якого катування виступало способом учинення злочину. Якщо при зазначених обставинах винний, переслідуючи мету спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, в тому числі отримати від нього або іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється, або залякування його або інших осіб, спричинив тяжкі тілесні ушкодження, його дії мають додатково кваліфікуватись за статтею 121 КК України [6, с. 306]. У разі спричинення легких або середньої тяжкості тілесних ушкоджень додаткова кваліфікація за статтями 125 або 122 не потрібна. При цьому діяння ви-

нного має охоплювати всі елементи об'єктивної сторони складу катування. Якщо потерпілому не було заподіяно сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання або дії винної особи не полягали в заподіянні побоїв, мученні або інших насильницьких діях (наприклад, мало місце одноразове заподіяння удару тупим предметом, від якого потерпілий одразу втратив свідомість), таке діяння не повинно охоплюватись складом катування й має кваліфікуватись залежно від наслідків та обставин злочину, за відповідною частиною статей 121, 122 або 125 КК України. За цими самими статтями необхідно кваліфікувати дії особи, яка не переслідувала мету спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, в тому числі отримати від нього або іншої особи інформацію, свідчення або визнання, покарати за його дії, які він скоїв або у скоєнні яких підозрюється, або залякування його чи інших осіб.

КК України також містить низку норм, які встановлюють відповідальність за насильницькі дії або жорстоке поводження з метою примушування потерпілого або іншої особи вчинити дії, що суперечать їхній волі. Для відмежування вказаних злочинів від катування варто звертати особливу увагу на суб'єктивну сторону й, зокрема, на мету та мотив.

Частина 3 статті 189 КК України передбачає кримінальну відповідальність за вимагання, поєднане з насильством, небезпечним для життя і здоров'я особи. У контексті цієї статті насильство, небезпечне для життя і здоров'я особи, охоплює заподіяння побоїв, що мали характер мордування, мучення, заподіяння особі легкого тілесного ушкодження, що спричинило короткочасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості тілесного ушкодження або інших насильницьких дій (тобто діяння, передбачене об'єктивною стороною складу катування). Цілком логічно, що наслідком таких дій є сильний фізичний біль або фізичне чи моральне страждання. Мета вимагання, яка полягає в тому, щоб незаконно одержати чуже майно, право на майно або домогтися вчинення потерпілим дій майнового характеру, за своєю сутністю є спонуканням учинити дії, що суперечать волі особи. Водночас мета злочину, передбаченого статтею 189 КК України, є важливим критерієм розмежування вимагання від катування. У разі вчинення вимагання особа керується виключно корисливим мотивом, на відміну від катування, де такий мотив відсутній.

Стаття 206 КК України передбачає кримінальну відповідальність за протидію законній господарській діяльності, кваліфікуючою та особливо кваліфікуючою ознакою цього злочину є, відповідно, насильство, що не є небезпечним для життя і здоров'я (частина 2 статті 206), і насильство, небезпечне для життя і здоров'я (частина 3 статті 206) [5]. У цьому випадку насильство охоплює собою заподіяння побоїв, мучення або інші насильницькі дії, наслідком яких можуть бути сильний фізичний біль або фізичне чи моральне страждання. Для відмежування вказаного злочину від катування потрібно враховувати наявність у винного спеціальної мети – примусити особу перестати займатись господарською діяльністю, чи обмежити її, або укласти угоду, або не виконувати укладену угоду, виконання (невиконання) якої може обмежити законні права чи інтереси потерпілого, що не охоплюється характерним для катування спонуканням учинити дії, які суперечать волі потерпілого або іншої особи [6, с. 626]. У разі наявності вказаної спеціальної мети злочин необхідно кваліфікувати за статтею 206 КК України.

Суміжні з катуванням ознаки має злочин, передбачений статтею 355 КК України «Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань». Це суспільно небезпечне діяння передбачає відповідальність за примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань, тобто вимогу виконати чи не виконати договір, угоду чи інше цивільно-правове зобов'язання з погрозою насильства над потерпілим або його близькими родичами (частина 1 статті 355), або поєднане з насильством, що не є небезпечним для життя і здоров'я (частина 2 статті 355), або поєднане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я (частина 3 статті 355). Варто враховувати, що за статтею 355 КК України дії винного повинні кваліфікуватися лише в тому випадку, коли предмет зобов'язання, яке примушують виконати, точно визначений укладеною угодою, рішенням суду тощо. Тобто відповідальність за статтею 355 КК України може наставати за примушування потерпілого до виконання (невиконання) наявного зобов'язання, яке виникло з підстав, передбачених чинним законодавством [6, с. 1138]. У тому випадку, коли предмет зобов'язання чітко не визначений або взагалі не існує, діяння винного в разі відсутності примушування до виконання дій матеріального характеру має кваліфікуватися як катування. Для відмежування примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань від катування доцільно також ураховувати, що суб'єктом злочину, передбаченого статтею 355 КК України, може виступати лише кредитор, законний представник кредитора, цесіонарій або будь-яка особа, яка діє незалежно від мотиву в інтересах кредитора, а також службова особа [6, с. 1140].

Висновки

Аналіз проблеми кримінальної відповідальності за катування дає змогу сформувати такі висновки та пропозиції, які мають значення для розвитку теорії кримінального права й удосконалення правозастосовної практики.

Диспозиція статті 127 КК України як спеціальну мету не передбачає спонукання особи утриматись від виконання дій. Судам під час розгляду справ про катування необхідно враховувати вказану обставину як таку, що охоплюється складом злочину. Для усунення суперечностей, що можуть виникнути із цього приводу, законодавцю доцільно передбачити цю спеціальну мету в диспозиції статті 127 КК України.

У КК України існує певна кількість статей, які передбачають склади злочину, суміжні, а в деяких випадках аналогічні катуванню (статті 126, 121, 122, 125, 206, 355, частина 3 статті 189 тощо), що зумовлює певні труднощі для правильної кваліфікації.

З метою відмежування зазначених складів злочинів від катування та усунення помилок під час кваліфікації, необхідно внести зміни до вищевказаних статей КК України. Так, із диспозиції частини 2 статті 126 КК України пропонуємо виключити спеціальну мету «залякування».

Під час кваліфікації суспільно небезпечних діянь у цій сфері потрібно звертати увагу на характер умислу та суспільно небезпечних дій у випадку заподіяння в результаті застосування катування різного ступеня тяжкості тілесних ушкоджень. Якщо під час катування умисел особи не був спрямований на спричинення тілесних ушкоджень, її дії потрібно кваліфікувати лише за відповідною частиною статті 127 КК України. Якщо в ході застосування катування винний умисно спричинив тяжкі тілесні ушкодження, його дії мають додатково кваліфікуватись ще й за частиною 2 статті 121 КК України.

Якщо потерпілому не було заподіяно сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання або винна особа не вчиняла дії, які полягали в заподіянні побоїв, мученні або інших насильницьких діях, не мала на меті спонукати потерпілого або іншу особу вчинити дії, що суперечать їхній волі, діяння має кваліфікуватись залежно від наслідків та обставин злочину за відповідною частиною статей 121, 122 або 125 КК України.

Для відмежування катування від злочинів, передбачених частиною 3 статті 189 «Вимагання», частин 2, 3 статті 206 «Протидія законній господарській діяльності», частин 2, 3 статті 355 «Примушування до виконання чи невиконання цивільно-правових зобов'язань» КК України, потрібно враховувати наявність спеціальної мети, характерної для вказаних складів злочину.

Список використаних джерел:

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

2. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року // Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Ст. 3103.

3. Міжнародний пакт про громадянські та політичні права від 16.12.1966 // Права людини: міжнар. договори України, декларації, документи / упоряд. Ю.К. Качуренко. – К. : Наук. думка, 1996. – С. 36–58.

4. Конвенція ООН проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання : Резолюція 39/46 Генеральної Асамблеї, прийнята 10 грудня 1984 року // Проти катувань. Міжнародні механізми запобігання катуванням та жорстокому поводженню / Харківська правозахисна група. – Х. : Фоліо, 2004. – С. 3–17.

5. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 № 2341-III // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25–26. – Ст. 131.

6. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / за заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. – 2-е вид., перероб. та доп. – К. : Дакор, 2008. – 1428 с.

7. Кримінальний кодекс України: Науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х. : Право, 2013. – Т. 2 : Особлива частина / [Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.]. – 2013. – 1040 с.

Статья посвящена исследованию проблемы разграничения пыток (статья 127 Уголовного кодекса Украины) от некоторых смежных составов преступлений. Осуществлен краткий анализ составов преступлений, предусмотренных статьями 127 , 126, 121, 122, 125, 206, 355 и частью 3 статьи 189 Уголовного кодекса Украины, произведен их сравнительный анализ и выделены основные признаки, по которым их следует разграничивать.

Ключевые слова: пытки, побои, истязания, телесные повреждения, разграничение преступлений.

The article is devoted to the investigation of the problem of delimitation of torture (Article 127 of the Criminal Code of Ukraine) from some related crimes. The author carried out a brief analysis of the composition of crimes under Art. 127, art. 126, art. 121, art. 122, art. 125, art. 206, art. 355 and part 3 of Art. 189 of the Criminal Code of Ukraine, their comparative analysis was carried out and the main features on which they should be delimited are outlined.

Key words: torture, beating, torture, injuries, distinguishing crimes.

УДК 343.3

Дмитро Михайленко,

канд. юрид. наук, доцент,
докторант кафедри кримінального права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ФУНКЦІОНУВАННЯ КОРУПЦІЙНИХ МЕРЕЖ ЯК ПЕРЕШКОДА ФОРМУВАННЮ ПОЛІТИЧНОЇ ВОЛІ ПРОТИДІЯТИ КОРУПЦІЇ

У статті на розкриваються властивості корупційних мереж як характеристики інституціоналізованої корупції. Обґрунтовується висновок, що у результаті функціонування корупційних мереж вище політичне керівництво країн зі значним поширенням корупції об'єктивно не спроможне лише на підставі наявної особистої рішучості формувати та приводити у дію моделі реальної протидії корупції. Резюмується, що окремі корупційні злочини в Україні, будучи перетвореними у інституціоналізовану масову практику та розповсюджувані і відтворювані через утворені корупційні мережі, синергетично набувають нових небезпечних характеристик.

Ключові слова: корупція, інституціоналізована корупція, корупційна мережа, політична воля, незаконне збагачення.

Механізм кримінально-правової протидії корупції в Україні за довгий час свого існування підтвердив свою неадекватність тим правовідносинам, охороняти які є його призначенням, а також показав, що не здатен відображати об'єктивні потреби суспільного життя, оскільки жодним чином не пристосований для боротьби проти інституціоналізованої корупції, особливо у вищих ешелонах влади. При цьому Кримінальний закон може бути ефективним для об'єктивної боротьби тільки з низовою, епізодичною, децентралізованою та побутовою корупцією. Проти найбільш небезпечних типів корупції за допомогою наявних норм КК України та системи приведення їх у дію можна вести лише вибіркове чи точкове кримінальне переслідування. Зазначені тези обґрунтовані у попередніх наукових дослідженнях [8; 9]. У такій ситуації знаходить підтвердження і конкретизується спостереження проф. В. О. Тулякова [17, с. 163-164], що, зокрема, глобальні і регіональні політичні, соціальні та культурні дисбаланси і конфлікти впливають на правову матерію, дезорганізують її. При цьому стабільна, по суті, кримінально-правова форма (у цьому разі – діючий механізм кримінально-правової протидії корупції) дисонує із суспільними відносинами і процесами, що розвиваються, і, як наслідок, виникають навколоправові форми кримінально-правового реагування та контролю (по відношенню до корупції, наприклад, – «люстрація» сміттєвим баком тощо), а також створюється транзитивне кримінальне право. До цього слід додати, що у рамках зазначеного явища найбільш небезпечні соціальні конфлікти виводяться з поля арбітрування кримінального права, а це робить їх непрогнозованими як за розвитком, так і за наслідками.

Зокрема, зазначене вище зумовило необхідність шукати основу фактичної недієвості чинного механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні. При цьому було встановлено, що неефективність діючої формації механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні пов'язана із тим, що приведення його в дію щодо кожного окремого корупційного злочину залежить від наявності, відсутності чи нейтральності фактору політичної волі вищого керівництва держави, перешкодами у формуванні і реалізації якого є властивості інституціоналізованої корупції в Україні. У зв'язку із цим актуальним є вивчення окремих властивостей зазначеного типу корупції, що відкриє шлях для трансформації норм Кримінального закону з метою підвищення ефективності інструментів боротьби із цією корупцією.

Метою цієї роботи є встановлення того, яким чином така властивість інституціалізованої корупції, як утворення корупційних мереж, впливає на формування та реалізацію політичної волі протистояти корупції в Україні.

Для розуміння тих перепон, які стоять на шляху реалізації часто декларованої високопосадовцями політичної волі боротися з корупцією та власне організації ефективної їй протидії, також слід враховувати, що розглядуваний тип злочинності характеризується як інституційна корупція, коли діючі соціальні інститути і соціальне середовище визначають скоєння індивідами корупційних дій багато в чому незалежно від їх пріоритетів і бажань. У результаті до вчинення корупційних дій призводить вплив соціальних інститутів і зумовлених ними соціальних норм, а не корисливі чи інші інтереси окремих індивідів. У такій ситуації вкрай рідко стає можливим пред'явити звинувачення у вчиненні корупційних дій конкретним особам, фізичним або юридичним. Інституційна корупція дуже небезпечна і є масовою, бо не завжди оцінюється самими громадянами і посадовими особами як корупція: такі дії стають буденними,

© Д. Михайленко, 2017

виконуваними за звичкою, а самі соціальні інститути не завжди помічаються [15].

Інституційний підхід до вивчення та вироблення інструментів протидії корупції натепер є найбільш перспективним та ефективним, оскільки саме за його допомогою досягається найбільш точне відображення суті сучасної корупції. При цьому слід зважати, що у межах зазначеного підходу виділяються два варіанти: 1) екзогенний, за яким корупція утворюється під впливом зовнішніх сил на існуючі позитивні соціальні інститути, які є її середовищем, із подальшим перебиранням на себе функцій цих інститутів (за такого розуміння корупцію часто порівнюють зі злоякісним утворенням, інституційною патологією) та 2) ендогенний, за яким корупція сама є соціальним інститутом, тобто як мінімум «правилами гри у суспільстві». Детально такі підходи описані у ґрунтовній роботі І. А. Шмерліної, де вона доходить висновку, що корупція є дифузним інститутом [19]. Такий висновок уточнює розуміння корупції через призму інституційного підходу та правильно показує неоднорідність цього явища.

Інституціоналізація корупції в Україні у сумі з важливістю її ролі у неформальних інститутах державного управління і політичного панування дозволяє вести мову про перебування України в інституційній пастці. Зазначене явище визначається у науці як неефективний, проте стійкий інститут чи норма поведінки [13, с. 1] і виникає у ситуації, коли корумпована система виявляється економічно більш ефективною у короткостроковій перспективі, чим безкорупційна. Так, В. М. Полтерович доходить висновку, що внаслідок ефекту сполучення витрати виходу з інституційної пастки можуть стати настільки великими, що перемикання виявиться невигідним, а система, яка одного разу обрала неефективну траєкторію, буде змушена продовжувати рухатися нею поки не розвинеться криза [13, с. 23-24]. Корупція при цьому оцінюється як гігантська інституційна пастка, оскільки здебільшого як у владі, так і в суспільстві витрати, пов'язані з подоланням корупції, вважаються істотно більшими, ніж самі втрати від цієї корупції [5, с. 131].

Зазначена ситуація повною мірою відповідає розвитку системної кризи на Україні, яка мала розв'язку спочатку у вигляді Помаранчевої революції (2004 рік) і у подальшому – у вигляді Революції гідності (листопад 2013 року – лютий 2014 року), що підтверджує перебування України в інституційній пастці корупції.

Вагомий внесок в адаптацію інституційної теорії розвитку суспільства до кримінологічних проблем зробив проф. В. М. Дрьомін, що дозволило розширити понятійний апарат кримінології, показало напрями вдосконалення практики протидії окремим проявам злочинності й, що важливо для кримінально-правових досліджень, викрило недоліки чинного у межах КК України нормативного масиву протидії корупційним злочинам. Так, у результаті проведення ґрунтовного наукового дослідження було зроблено висновок, що корупція зайняла помітне місце у структурі суспільних відносин, набула системного характеру і в багатьох випадках підмінила офіційні нормативно врегульовані відносини. Системність та інституціональність корупції проявляється, перш за все, у внутрішньому взаємозв'язку корупційних відносин, що включають у себе штучно створену, розгалужену мережу фінансових і інших матеріальних винагород і послуг, породжуючи відтворення корупційних відносин на різноманітних лінійних і вертикальних рівнях суспільних відносин взаємодії влади і населення чи представників владних органів між собою. При цьому залученими у так звані «суспільно небезпечні дії» виявляються мільйони людей, які далеко не завжди вважають себе правопорушниками [6, с. 407]. Крім того, встановлюється, що побудовані корупційні піраміди постають як гігантські споруди, на вершині яких перебувають недосяжні для суспільного і правового осуду політичні діячі, фінансові олігархи, охоронці закону [7].

За результатами застосування синергетичного підходу до вивчення інституціоналізованої української корупції встановлено, що до її ознак слід відносити також наявність та діяльність корупційних мереж, яка проявляється у формуванні неформальних і нелегальних взаємозв'язків і взаємозалежностей між чиновниками по вертикалі управління в одній структурі, а також по горизонталі на різних рівнях управління між різними структурами. Корупційні мережі також визначаються як стійка система відносин, які відтворюються і розвиваються на рівні неформальних соціальних взаємозв'язків, які не мають чіткої ієрархічної і структурної побудови, що мають протиправний і аморальний характер, яка виявляє себе на різних рівнях і сферах публічно-правової організації суспільства і спрямована на деформацію юридичних і політичних інститутів, використання їх владно-правових, організаційних, інформаційних та інших ресурсів для задоволення корисливих особистих, групових і корпоративних інтересів [3, с. 7-8]. Ці взаємозв'язки і взаємозалежності використовуються для систематичного вчинення корупційних діянь, як правило, з метою особистого збагачення, розподілу бюджетних коштів на користь структур, що входять у корупційну мережу, підвищення її нелегальних доходів або для отримання конкурентних переваг фінансово-кредитними і комерційними структурами, які входять у корупційну мережу, з метою подальшого отримання таких доходів [14, с. 72]. Навіть відносно чесні чиновники, які не беруть хабарів ні за які послуги, через корупційні мережі отримують настільки значні частки своїх доходів, що не можуть існувати поза цих мереж і, відповідно, протистояти реалізації їхніх корпоративних інтересів. У результаті державні службовці у своїй роботі керуються своїми зобов'язаннями перед корупційними мережами не менше, аніж інтересами держави. У цьому основна причина неефективності державного апарату управління, і ця неефективність прогресує [15].

Корупційні мережі захищаються від входження на охоплювані ними посади висококваліфікованих та доброчесних кадрів, створюючи

із цією метою штучні чи формальні (наприклад, занадто короткі терміни для збору значної кількості документів для участі у конкурсі на заміщення вакантної посади, невизнання дипломів іноземних держав тощо) бар'єри [2].

У цьому зв'язку влучним та, на жаль, до сих пір актуальним є спостереження М. В. Гоголя: «Безчесна справа брати хабарі перетворилася у необхідність і потребу навіть і для таких людей, які не народжені бути безчесними» [4].

За висновком Ф. Фукуями, на сьогодні у світі виник і поширився феномен, який політологи назвали «нео-патрімоніалізм»: політичні лідери вдають, що є сучасними служителями загального блага в політичних системах із такими сучасними атрибутами, як парламенти, міністри і бюрократія, але реальність така, що еліти йдуть у політику отримувати ренту чи ресурси і збагачувати себе та свої сім'ї за рахунок усіх інших [1]. Зазначений тип корупції є найбільш небезпечним, характеризується максимальною латентністю і фактично виступає системоутворюючим фактором піраміди національної української корупції.

У зв'язку із цим зниження як рівня корупції у всіх сферах управління, так і її відчуття народом прямо залежать (можливо, це навіть прямо пропорційна залежність) від зниження рівня цього явища у вищих ешелонах влади. При цьому ефективна дія чинного механізму кримінально-правової протидії корупції в Україні неможлива без політичної волі вищого керівництва держави реально протистояти цій загрозі національній безпеці, а сам цей механізм за своєю суттю є таким, що приводиться у рух виключно за наявності волевиявлення найвищих посадових осіб держави, корупція серед яких і є найбільш небезпечною для суспільства. Саме тому запобігання корупції у вищих ешелонах влади є передумовою руйнування корупційних мереж нижчого рівня та викорінення несистемних проявів корупційних правопорушень окремих осіб, а також ефективна дія правоохоронної системи у напрямі протидії корупційним діянням. Зазначене додатково демонструє важливість подолання дії фактору політичної волі в антикорупційній діяльності в Україні.

У контексті наведеного вище та з огляду на досвід протидії корупції в Україні звертає на себе увагу та обставина, що у вищого керівництва держави не формується рішучість протидіяти корупції у вищих ешелонах влади, що зумовлюється, перш за все, деформацією ціннісних установок і відсутністю мотивації йти на самообмеження щодо надмірного незаконного збагачення у ситуації відсутності реальних несприятливих наслідків за це, а також низкою об'єктивних причин, пов'язаних з особливостями корупції в Україні, до яких належить, зокрема, й утворення корупційних мереж.

Деякі вчені правильно розглядають корупційні мережі як компонент інфраструктури корупційної злочинності, проте лише у якості «кадрового» ресурсу, який розкривається як децентралізована й часто неформалізована, проте консолідована спільнота учасників корупційного злочину, що існує на основі та з приводу задоволення спільних корупційних інтересів [18, с. 186]. Разом із тим з урахуванням властивостей корупційних мереж, які викладені вище, видається, що вони об'єднують у мережу не конкретних осіб (учасників злочину, кадри тощо), а управлінські функції, які у результаті цього деформуються корупційними практиками і компонуються у корупційні схеми (комбінації). Означену тезу підтверджує знання про те, що у разі заміни одного публічного службовця на іншого у межах посади, функції якої входять до корупційної мережі, нову особу неформальні правила корупційної мережі поступово пристосовують до реалізації корупційних практик. Такі правила відтворюються та розповсюджуються службовцями, які раніше входили до корупційної мережі, «користувачами» послуг такої мережі (наприклад, недобросовісними адвокатами, які не зацікавлені чи не мають достатніх знань та навичок у законний спосіб вирішувати доручення своїх клієнтів і схиляють їх та суддів до корупції) чи неможливістю виконувати службову функцію у межах закону, що зумовлено недосконалістю наявної системи управління та функціонування (низькі заробітні плати, недостатність фінансування діяльності службовця, високі вимоги до результативності його роботи, значне навантаження тощо).

Підтвердженням зазначеного вище є висновок з економічного наукового дослідження, за яким особи, які наділені владою, за схильністю до корупційної поведінки принципово не відрізняються від звичайних громадян. Така поведінка є їхньою раціональною реакцією на сформоване інституційне середовище і систему діючих у ньому стимулів [12, с. 263].

Такий продукт інституціоналізації корупції, як корупційні мережі, у науці використовуються як типологізуюча ознака корупційних практик, що дозволяє диференціювати корупцію в Україні за сутнісними ознаками та виокремити той її різновид, який характеризується значною організованістю та ще більшою порівняно з іншими проявами цього явища латентністю. Так, сучасна корупція чітко диференціюється на корупційні мережі і низову корупцію (побори). Причому відсутня підпорядкованість низової корупції корупційним мережам, які контролюють набагато більш об'ємні фінансові потоки [10]. Норма про незаконне збагачення, враховуючи необхідність встановлення саме значного збільшення майнових активів, непропорційного задекларованим доходам, спрямована, передусім, проти осіб (посад), які поглинуті корупційними мережами. Така риса норми про незаконне збагачення додатково підтверджує актуальність та необхідність її розроблення та реалізації у правовій системі України.

З урахуванням цього справедливим є положення, висунуте проф. В. О. Навроцьким, на думку якого система корупції зміцнюється за рахунок жорсткого внутрішнього і зовнішнього відбору кадрів і немилосердно відторгає тих, хто їй чужий, хто вільно чи невільно рве корупційні ланцюги [11, с. 264]. Зазначена теза узгоджується з обґрунтованим у соціології положенням, за яким корупційній системі прита-

манна внутрішня стійкість, яка забезпечується внутрішніми зв'язками її елементів, створенням тісних відносин особистого взаємозв'язку і кругової поруки чиновників, що продають адміністративні можливості та ресурси. При цьому встановлюється, що актори корупційної взаємодії об'єднані особливими цінностями, інтересами, поглядами на владу та на приналежність державних ресурсів [16].

У зв'язку із цим закономірним є те, що спроба притягнути до кримінальної відповідальності особу, яка є елементом корупційної мережі, стикається з протидією цієї мережі із застосуванням різноманітних засобів, яка є настільки сильною, наскільки є розгалуженою, стійкою та ефективною сама ця мережа. У результаті найбільш вразливими перед законом є ті корупціонери, які скоюють поодинокі корупційні злочини поза участю у корупційній мережі чи ті, які є елементами корупційних мереж нижчого рівня, а також ті, яких із якоїсь причини виключено з корупційної мережі. Зазначеним можна пояснити одиничність обвинувальних вироків щодо службових осіб, які займають особливо відповідальне становище, оскільки останні глибоко вплетені у корупційні мережі високого рівня.

Наведені вище характеристики інституціалізованої корупції демонструють чергову перепону на шляху до формування та реалізації політичної волі протистояти корупції в Україні. Вище політичне керівництво у державах зі значним поширенням корупції, до яких належить і Україна, займаючи ключові посади, включається в ефективно діючі корупційні мережі різних рівнів, а тому об'єктивно не спроможне лише на підставі наявної особистої рішучості формувати та приводити у дію моделі реальної протидії корупції, оскільки, по-перше, постійно відчуває на собі дію неформальних правил поведінки, які склалися у результаті інституціоналізації корупції і мають свої неформальні механізми стимулювання і примусу, а по-друге, є глибоко залежним від інших членів корупційної піраміди (мережі), які не мають такої волі і здійснюють значний, часто неформальний вплив на політичні структури держави. У такій ситуації ефективна правова протидія корупційним правопорушенням можлива виключно за допомогою інструментів, дія яких максимально віддалена від «фактору політичної волі». Саме вироблення таких інструментів показує напрям наукового пошуку, зокрема, і на полі дії Кримінального закону.

У контексті викладеного слід мати на увазі, що в умовах інституціоналізованої корупції окремі корупційні злочини становлять суспільну небезпеку не тільки у зв'язку зі значимістю та глибиною порушення правовідносин, що охороняються нормами про такі злочини, а й у зв'язку з тим, що вони тягнуть значні похідні суспільно небезпечні наслідки за межами означених правовідносин. Такі наслідки спричинюються не окремим актом корупції, а тим, що такі акти в Україні, будучи перетвореними у інституціоналізовану масову практику та поширювані через утворені корупційні мережі, синергетично набувають нових небезпечних характеристик. За окреслених умов суспільна небезпека одиничного випадку корупції значно підвищується з урахуванням його місця та ролі в системі корупційних практик та його здатності у зв'язку з іншими актами корупції відтворювати корупцію у подальшому. Тому одиничний акт корупції тут слід розглядати як елемент стабільної національної системи корупційних діянь. Очевидно, що такий же одиничний випадок корупції у країні, де вона не є інституціоналізованою, не характеризується означеними вище властивостями і становить суспільну небезпеку лише сам по собі, без урахування його мережевих взаємозв'язків з іншими актами корупції різних рівнів. Саме тому при зовні абсолютно однакових (за суб'єктивними та об'єктивними ознаками) корупційних діяннях їх суспільна небезпека буде різною з урахуванням середовища, де вони були вчинені. Наведене слід враховувати у процесі реформування антикорупційного законодавства України та подальших дослідженнях конкретних правових антикорупційних механізмів.

Список використаних джерел:

1. Fukuyama Francis. What is Corruption? / Francis Fukuyama // Against Corruption: a collection of essays (Policy paper) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.gov.uk/government/publications/against-corruption-a-collection-of-essays/against-corruption-a-collection-of-essays.

2. Karklins R. Typology of Post-Communist Corruption / R. Karklins // Problems of Post-Communism. – 2012. – № 49 (4). – P. 22–32.

3. Абадиев А. М. Коррупционные сети в российском государственном управлении : политико-правовой анализ : автореф. дисс... канд. полит. наук : спец. 23.00.02 «Политические институты; этнополитическая конфликтология; национальные и политические процессы и технологии» / А. М. Абадиев. – Ростов-на-Дону, 2008. – 26 с.

4. Гоголь Н.В. Мертвые души / Н.В. Гоголь. – М. : Гослитиздат, 1937. – Т. 1-2. – 574 с.

5. Гончаренко Г.С. Национальная безопасность через парадигму коррупции / Г.С. Гончаренко // Вестник Северо-Кавказского гуманитарного института. – 2016. – №3 (19). – С. 128–132.

6. Дремин В.Н. Преступность как социальная практика: институциональная теория криминализации общества : монография / В.Н. Дремин. – О.: Юридична література, 2009. – 616 с.

7. Дрьомін В. М. Інституціональна теорія злочинності та криміналізації суспільства : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08 «Кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право» / Дрьомін Віктор Миколайович ; Одес. нац. юрид. акад. – О., 2010. – 40 с.

8. Михайленко Д.Г. Обмеження принципу презумпції невинуватості нормою про незаконне збагачення в Україні: соціальна обумовленість та тест на пропорційність / Д.Г. Михайленко // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія» : збірник наукових праць / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.] ; відп. за вип. М.В. Афанасьєва. – Одеса : Юридична література, 2015. – Том XVII. – С. 356–400.

9. Михайленко Д.Г. Проблеми ефективності механізму кримінально-правової протидії корупційним злочинам в Україні / Д.Г. Михайленко // Теорія кримінально-правової кваліфікації як феномен української кримінально-правової доктрини : тези доповідей та повідомлень учасників науково-практичної конференції, 16 січня 2016 р., м. Львів. – К.: Видавничий дім «АртЕк», 2016. – С. 96-101.

10. Мишин Г.К. Некоторые политические и уголовно-правовые проблемы противодействия коррупции / Г.К. Мишин // Прокуратура и институты гражданского общества в противодействии коррупции : сб. мат-лов научно-практ. конф., Санкт-Петербург, 23 мая 2008 г. – СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт (филиал) Академии Генеральной прокуратуры РФ, 2008 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://sartraccc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub/mishin(21-11-08).htm.

11. Навроцький В.О. Парадокси вітчизняної «боротьби» з корупцією / В.О. Навроцький // Актуальні проблеми держави та права. – 2010. – Вип. 54. – С. 263–266.

12. Наумов Ю. Г. Теория и методология противодействия институциональной коррупции : дисс. докт. экон. наук : спец. 08.00.05 «Развитие производительных сил и региональная экономика» / Наумов Юрий Геннадьевич – Москва, 2013. – 325 с.

13. Полтерович В.М. Институциональные ловушки и экономические реформы / В.М. Полтерович // Экономика и математические методы. – 1999. – № 2. – С. 1–37.

14. Римский В.Л. Коррупционные сети / В.Л. Римский ; под. ред. А.Ю. Сунгурова // Гражданские инициативы и предотвращение коррупции. – СПб.: Санкт-Петербургский центр «Стратегия» и Норма, 2000. – С. 72–82.

15. Связи коррупции с нарушениями прав и свобод граждан в силовых сферах современной России : аналитический доклад [Електронний ресурс] / Л. Вахнина, А. Калих, В. Римский – М., 2013. – Режим доступу : http://www.demokratia.ru/news/?content=news&id=28.

16. Селезнёв Ю.А. Совершенствование антикоррупционных программ субъектов Российской Федерации : автореф. дисс. ... канд. социол. наук : спец. 22.00.08 «Социология управления» / Ю.А. Селезнёв. – Орел, 2011. – 23 с.

17. Туляков В.А. Транзитивное уголовное право / В.А. Туляков // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції (15-16 травня 2015 р., м. Одеса). : у 2-х т. / відп. ред. М.В. Афанасьєва. – Одеса: Юридична література, 2015. – Т. 2. – С. 163–166.

18. Цитряк В.Я. Інфраструктура підкупу у сфері публічної службової діяльності / В.Я. Цитряк // Юридичний науковий електронний журнал. – 2015. – № 6. – С. 186–189 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.lsej.org.ua/6_2015/53.pdf.

19. Шмерлина И.А. Коррупция как диффузный институт / И.А. Шмерлина // Современные исследования социальных проблем (электронный научный журнал) [Modern Research of Social Problems]. – 2016. – № 11(67). – С. 248–277 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://journal-s.org/index.php/sisp/article/view/9650.

В статье раскрываются свойства коррупционных сетей как характеристики институционализированной коррупции. Обосновывается вывод, что в результате функционирования коррупционных сетей высшее политическое руководство стран со значительным распространением коррупции объективно не способно только на основании имеющейся личной решимости формировать и приводить в действие модели реального противодействия коррупции. Резюмируется, что отдельные коррупционные преступления в Украине, будучи элементом институционализированной массовой практики и распространяемые и воспроизводимые через созданные коррупционные сети, синергетически приобретают новые опасные характеристики.

Ключевые слова: коррупция, институционализированная коррупция, коррупционная сеть, политическая воля, незаконное обогащение.

The article reveals properties of corrupt networks as the characteristics of institutionalized corruption. Grounded conclusion that as a result of corrupt networks functioning the supreme political leadership of countries with widespread corruption is not objectively able to form and activate a real anti-corruption model only on the basis of existing personal determination. Summarized that some corruption offenses in Ukraine being part of the institutionalized mass practices and reproduced and distributed through the corruption networks, synergistically get new dangerous characteristics.

Key words: corruption, institutionalized corruption, corrupt network, political will, illegal enrichment.

УДК 343

Юрій Новосад,

канд. юрид. наук,
начальник відділу нагляду за додержанням законів
органами фіскальної служби
Прокуратури Волинської області

ПРО ДЕЯКІ ЗМІСТОВІ ЕЛЕМЕНТИ ЗАПОБІЖНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА НАГЛЯДОВОЇ ФУНКЦІЇ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ

У статті обґрунтована необхідність визначення на нормативно-правовому рівні запобіжної функції прокуратури України у сфері боротьби зі злочинністю, виходячи із соціально-правової природи, змісту її діяльності та потенційних можливостей інших функцій даного державного органу. Крім цього, доведена потреба підвищення рівня і місця прокуратури у системі правоохоронних органів та покращення результативності, а також ефективності реалізації нею завдань координаційного характеру.

Ключові слова: запобігання, діяльність, прокуратура, функції, злочинність, координація, ефективність, право, орган, нагляд.

Постановка проблеми. Як свідчить суспільна практика, одним із пріоритетних завдань, які вирішуються у ході проведення будь-яких реформ державного характеру, є підвищення ефективності діяльності відповідних суб'єктів діяльності та в цілому результативності реалізації державою, її органами, установами й організаціями їхніх функцій.

Зазначений підхід повною мірою мав би стосуватися проведення реформ, що передбачають видозміни функцій, змісту та обсягу предмета нагляду, який здійснюється органами прокуратури. Проте на практиці виходить поки що навпаки: вплив прокуратури на правоохоронну систему та на основний об'єкт її діяльності – злочинність – знизився до критичного рівня та має формально-юридичний зміст, позаяк на нормативно-правовому рівні досі її роль і місце та критерії оцінки діяльності у сфері боротьби зі злочинністю визначені умовно та без зв'язку з юридичною відповідальністю за результати роботи як окремо взятих працівників прокуратури, так і в цілому системи органів прокуратури України.

Особливо актуальною зазначена проблематика є у контексті реалізації прокуратурою законодавчо визначених завдань із запобігання злочинам (ч. 1 ст. 1 КК, ч. 2 ст. 50 КК, ст. 1 КВК, ін.). Зокрема, досі ні на доктринальному, ні на законодавчому рівнях немає однозначного вирішення цієї проблеми, хоча кожна із функцій прокуратури та в цілому предмет її нагляду тією чи іншою мірою передбачають побічно й здійснення заходів із запобігання злочинам та іншим правопорушенням.

Саме зміст цих проблем та одночасно наукових дискусій і визначили об'єкт і предмет даного дослідження, а також його основне завдання – обґрунтувати необхідність законодавчого закріплення функції прокуратури України із запобігання злочинам.

Стан дослідження. Як показало вивчення наукової та навчально-методичної літератури, питаннями підвищення ефективності діяльності прокуратури у сфері боротьби зі злочинністю досить плідно займаються науковці як у сфері прокурорського нагляду, так і кримінологи. Зокрема, у цьому контексті потужне доктринальне підґрунтя створили такі науковці, як: В.С.Бабкова, О.М.Бандурка, Ю.В.Баулін, В.І.Борисов, М. М. Говоруха, В. М. Гусаров, Л. М. Давиденко, О. М. Джужа, В. В. Долежан, Л. С. Жиліна, І. М. Козьяков, О. Г. Колб, М. В. Косюта, Т. В. Корнякова, В. В. Кулаков, М. Й. Курочка, М. П. Курило, О. М. Литвинов, О. М. Литвак, М. І. Мичко, М. В. Руденко, Г. П. Середа, М. І. Скригонюк, Є. О. Шевченко та ін.

Поряд із цим в умовах проведення правової реформи в Україні, а також суттєвого підвищення рівня злочинності останніми роками (2014-2016 рр.) [1] питання щодо підвищення рівня ефективності та місця прокуратури у системі суб'єктів боротьби із злочинністю вивчені недостатньо, а тому потребують активізації наукових розробок у зазначеній сфері суспільних відносин, що й стало вирішальним у визначенні предмета даного дослідження.

Виклад основних положень. Як свідчать результати проведеного аналізу, норми Закону України «Про прокуратуру» не повною мірою кореспондують із відповідними нормами Конституції України, ігноруючи при цьому закріплений у ній принцип верховенства права. Як із цього приводу зауважив О. В. Петришин, проблема тут не лише в тому, щоб указати на відмінності між правом і законом, як це часто зазначають у правовій літературі, оскільки здебільшого вони провадяться із суто нормативістських позицій, як-то: право – це зміст, а закон є його формою. Адже навіть в історичному вимірі в добу Середньовіччя верховенство права тлумачили більш широко – як божественний чи природний закон, призначення якого вбачали в обмеженні світської (державної) влади. Запровадження принципу верховенства права,

© Ю. Новосад, 2017

передусім, передбачає необхідність розгляду правової проблематики в контексті суспільства в цілому, а не лише його державно-владної організації, що дає змогу не тільки розставити важливі акценти в проблематиці співвідношення державної влади і громадського суспільства, а й створює можливість для більш адекватного розуміння права, зміст якого за цих умов стає глибшим і змістовнішим [2, с. 19].

Виходячи зі змісту визначених у законі функцій, слід констатувати, що на прокуратуру України покладається обов'язок здійснювати заходи, спрямовані на запобігання та протидію злочинності.

Водночас останніми роками в суспільстві лунають звинувачення щодо органів прокуратури у вибірковості кримінального судочинства, політичних переслідуваннях шляхом притягнення до кримінальної відповідальності деяких осіб із вищих ешелонів влади. Крім цього, мають місце намагання дискредитувати і піддати обструкції органи прокуратури, відвертою стає діяльність, спрямована на підрив ідеології запобігання злочинам у державі взагалі. Абсурдність цих звинувачень очевидна. Вони зумовлені певною мірою й тим, що спеціальну норму щодо діяльності прокуратури як суб'єкта запобігання та протидії злочинності в чинному Законі України «Про прокуратуру» вилучено [3; 4, с. 15].

Однак це не означає, що правових підстав для такої діяльності не існує. Запобігання злочинам здійснюється органами прокуратури в межах кожної із виконуваних ними функцій. Фактично вся діяльність органів прокуратури пронизана запобіжним змістом, і обов'язок виявляти причини й умови скоєння злочинів притаманний усім без винятку напрямам прокурорського нагляду [5, с. 14–15]. Але наявність такої норми все-таки, на нашу думку, значно піднята би престиж органів прокуратури як одного із провідних суб'єктів запобігання злочинам.

Варто у зв'язку із цим зазначити, що в одному з проектів закону України «Про прокуратуру» містилася стаття «Повноваження прокуратури щодо запобігання злочинам», яка передбачала обов'язок прокурора здійснювати заходи щодо запобігання злочинам за такими напрямами: а) проведення кримінологічного аналізу злочинності; б) участь у розробленні заходів запобігання та протидії злочинам; в) нагляд за виконанням законодавства про запобігання злочинам; г) сприяння профілактичній діяльності громадських формувань; д) вжиття запобіжних заходів у конкретній кримінальній справі; ж) проведення профілактичних перевірок; з) внесення профілактичного припису [6].

У чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (КПК України) [7] також немає спеціальної норми, яка передбачала б обов'язок органу досудового розслідування, прокурора виявляти причини й умови скоєння злочину і реагувати на них відповідним поданням (на кшталт ст. 23 і ст. 23-1 у Кримінально-процесуальному кодексі України 1960 року). На нашу думку, це пов'язано з позицією Європейського суду з прав людини у справі «Дактарас проти Литви» [8] щодо необхідності суворого дотримання принципу презумпції невинуватості як однієї зі складових вимог справедливого судового розгляду. Зокрема, на думку Суду, виявлення причин і умов скоєння злочину й реагування на це відповідним процесуальним документом – поданням слідчого або прокурора – є достатньою підставою для припущення, що посадова особа може вважати підозрюваного або обвинуваченого винним у скоєнні злочину і це може бути свого роду тиском на суд, який постановляє вирок. Саме тому деякі науковці (В. К. Звирбуль, А. Б. Сахаров та ін.) та практики вважають, що прокурор, слідчий не повинен виявляти причини й умови скоєння злочину і реагувати на них у кримінальному процесі [9; 10].

З таким підходом погодитись не можна – прокуратура може і повинна брати участь у запобіганні та протидії злочинності, позаяк у сьогоднішніх умовах це необхідно робити: 1) у межах повноважень, передбачених існуючими функціями [11, с. 21]; 2) відповідно до вимог КПК України, який надає прокуратурі ще більше можливостей із запобігання та протидії злочинності кримінально-процесуальними засобами. Фактично вся діяльність прокурорів у кримінальному процесі спрямована на запобігання та протидію злочинам.

Більше того, з огляду на зміст законодавчих настанов уся діяльність прокуратури щодо зміцнення законності й правопорядку в державі, захисту прав і законних інтересів громадян, суспільства, держави є одночасно і протидією й запобіганням злочинам, або, інакше кажучи, кримінологічною діяльністю прокуратури.

Кримінологічна діяльність прокуратури реалізується прокурорами у кількох напрямах: 1) нагляд за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання, досудове слідство; 2) нагляд за додержанням законів при виконанні судових рішень у кримінальних справах, а також при застосуванні інших заходів примусового характеру, пов'язаних з обмеженням особистої свободи громадян; 3) підтримання державного обвинувачення в суді; 4) представництво інтересів громадянина або держави в суді у випадках, визначених законом; 5) координація діяльності правоохоронних органів з питань протидії злочинності та корупції; 6) проведення кримінологічного аналізу.

Поза сферою кримінального судочинства прокурори, окрім цього, зобов'язані: а) сприяти профілактичній діяльності громадськості, б) роз'яснювати положення чинного кримінального закону, в) здійснювати співробітництво з відповідними установами інших держав та міжнародними організаціями у сфері запобігання і протидії злочинності, г) інформувати громадськість про стан законності та заходи щодо її зміцнення [12, с. 154-155].

При цьому, незважаючи на те, що згідно зі ст. 2 Закону України «Про прокуратуру» її запобіжна функція окремо не виділена, фактично вона притаманна всім напрямам наглядової

діяльності в межах повноважень прокуратури і другорядною вважатися не може. Але недостатня законодавча її визначеність дає привід для різноманітних тверджень щодо того, що прокуратура не повинна займатися запобіжною діяльністю, для пропозицій щодо обмеження її функцій і повноважень, передачі їх іншим державним органам, щодо суттєвого реформування органів прокуратури на зразок її структурної й функціональної побудови в зарубіжних країнах. У цьому зв'язку особливого звучання набуває (як це передбачено у п. 9 розд. XV Перехідних положень Конституції України) позбавлення її загальнонаглядової функції, яка найбільшою мірою, як свідчить практика, спрямована на запобігання злочинним проявам [13].

Таке становище зумовлено ще й тим, що теоретично функція запобігання злочинам, маючи важливий концептуальний характер і різноаспектне практичне значення, належить до найменш досліджених проблем організації й діяльності прокурорської системи. У чисельних публікаціях функції прокуратури зводяться лише до прокурорського нагляду за додержанням і правильним застосуванням законів, що й становить головну соціально-правову сутність її діяльності. Для аргументації своєї позиції науковці посилаються на ч. 2 ст. 2 Закону України «Про прокуратуру», за якою на прокуратуру не може покладатися виконання функцій, не передбачених Конституцією України і цим Законом. Таке догматичне тлумачення цього положення й пояснює необхідність ретельнішого дослідження функцій прокуратури.

Велике наукове і практичне значення у зв'язку із цим має з'ясування співвідношення наглядової й запобіжної функцій прокуратури, їх ролі й місця в реалізації завдань протидії злочинності в державі, особливо в сучасних умовах, а також визначення шляхів реформування органів прокуратури. Не можна заперечувати того факту, що функції нагляду й запобігання злочинам певною мірою збігаються, і боротьба зі злочинністю та іншими правопорушеннями вирішується засобами й методами усіх функцій прокуратури.

Тому є підстави стверджувати, що першочергове значення в плані запобігання злочинам й іншим правопорушенням має наглядова діяльність органів прокуратури. У процесі здійснення нагляду за додержанням і застосуванням законів (загальний нагляд) у поле зору прокурора потрапляють різноманітні за змістом, формами прояву, механізмами дій та інші криміногенні фактори, на які прокурор відповідним чином реагує.

Повноваження прокурора з виявлення порушень законів реалізуються в процесі перевірок. Виявивши порушення законів, прокурор домагається їх усунення, поновлення порушених прав і притягнення у встановленому порядку до відповідальності осіб, які допустили ці порушення. Такі перевірки і прийняті за їх результатами заходи прокурорського реагування можна розглядати як прикладні кримінологічні дослідження, оскільки вони за змістом спрямовані на виявлення порушень законодавства та в цілому прав громадян. Якщо зазначені порушення своєчасно не будуть припинені, то вони, як показує практика, можуть сприяти скоєнню злочинів. При цьому важливим фактором підвищення рівня прокурорського нагляду за додержанням і застосуванням законів є ефективність дій актів прокурорського реагування на виявлені порушення. Зокрема, особливе значення у запобіганні злочинних проявів має такий акт прокурорського реагування, як подання, антикриміногенна роль якого визначається тим, що в цьому акті прокурор не тільки констатує порушення закону, але й повинен аналізувати їх причини та умови, а також вимагає усунути порушення закону, причини цих порушень і умов, що їм сприяють. Слід зазначити, що кримінологічні дослідження переконливо підтверджують не тільки зв'язок, але й у багатьох випадках ідентичність причин та умов злочинів і правопорушень незлочинного характеру. Часто вони мають одну й ту саму основу, але відрізняються масштабами дій і розміром завданої шкоди.

У цьому контексті дуже важливо, щоб прокурор кримінологічно обґрунтував подання і націлив його на усунення причин і умов правопорушення. При цьому доцільно, готуючи подання, забезпечити кримінологічно грамотний аналіз обставин, які сприяли правопорушенням, правильно визначити адресата цих документів.

Як показали результати даного дослідження, у діяльності органів прокуратури значну частину займають також наглядові функції, спрямовані на додержання та застосування законів, що у тому числі слугує запобіганню скоєнню правопорушень, включаючи й правопорушення кримінального характеру.

Місце прокуратури в системі суб'єктів запобігання злочинам, крім цього, визначається передбаченими у Законі України «Про прокуратуру» функціями нагляду за виконанням чинних на території України законів. При цьому успіх запобіжної діяльності органів прокуратури значною мірою залежить від того, наскільки прокурор поінформований про фактичний стан злочинності та обставини, що їй сприяють. Більше того, для організації запобіжної діяльності прокурору необхідно мати повні відомості про злочинність: її стан і динаміку в цілому по місту, району, області; на конкретних об'єктах; види злочинності; фактори, що впливають на її стан, дані про осіб, які скоїли злочини й ін. Як свідчить практика, для детального вивчення основних кримінологічних характеристик злочинності прокурорами використовуються різні методи, у тому числі: аналіз статистичних даних про злочинність та обставини, що їй сприяють.

У свою чергу, плануючи аналітичні заходи, включаючи аналіз стану злочинності, умов і причин, що сприяють скоєнню злочину, прокурор визначає напрями наглядової діяльності.

Список використаних джерел:

1. Кулик О.Г. Сучасна кримінальна ситуація в Україні: тенденції і прогноз / О.Г. Кулик // http://www.nbuv.gov.ua.

2. Петришин О. В. Верховенство права в системі дії права / О. В. Петришин // Проблеми законності : Респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. – Х. : Нац. юрид. акад. України, 2009. – Вип. 100. – С. 18–30.

3. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України. – 2015. – № 2–3. – Ст. 12 (із змін. та доповн.; ред. від 12 трав. 2016 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1697-18.

4. Кальман О. Г. Прокуратура України як суб'єкт протидії злочинності / О. Г. Кальман // Протидія злочинності: теорія та практика: матеріали V Міжвуз. наук.-практ. конф. студентів, курсантів, аспірантів та молодих учених (Київ, 18 жовтня 2013 р.). – К. : Нац. акад. прокуратури України, 2013. – 564 с. – С. 15–21.

5. Мірошниченко С. С. Діяльність прокуратури з попередження організованої злочинності : монографія / С. С. Мірошниченко. – К. : Ін Юре, 2008. – 212 с.

6. Про прокуратуру : проект закону від 19.09.2008, реєстр. № 2491 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2491.

7. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 // Відомості Верховної Ради України. – 2013. – № 9–10, № 11–12, № 13. – Ст. 88 (зі змін. та доповн.; ред. від 11 черв. 2016 р.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

8. Cooley R. W. Predecessors of federal Attorney General: the Attorney General in England and American colonies / Rita W. Cooley // The American journal of legal history. – 1958. – No. 4. – Vol. 2. – P. 304–312.

9. Звирбуль В. К. Деятельность прокуратуры по предупреждению преступности. Научные основы / В. К. Звирбуль. – М. : Юрид. лит., 1971. – 168 с.

10. Сахаров А. Б. О личности преступника и причинах преступности в СССР / А. Б. Сахаров. – М. : Юрид. лит., 1961. – 279 с.

11. Долежан В. Роздуми над проектом нової редакції Закону України «Про прокуратуру» / В. Долежан // Вісник Нац. акад. прокуратури України. – 2008. – № 3. – С. 16–21.

12. Проблеми протидії злочинності : підручник / [О. Г. Кальман, І. М. Козьяков, В. М. Куц та ін.] ; за ред. проф. О. Г. Кальмана. – Х. : ТОВ «Новасофт», 2010. – 351 с.

13. Мірошниченко С. С. Запобігання злочинності – одна із функцій органів прокуратури / С. С. Мірошниченко // Проблеми законності. – 2005. – Вип. 75. – С. 158–161.

В статье обоснована необходимость определения на нормативно-правовом уровне предупредительной функции прокуратуры Украины в области борьбы с преступностью, исходя из социально-правовой природы, содержания ее деятельности и потенциальных возможностей других функций данного государственного органа. Кроме этого, доказана необходимость повышения уровня и места прокуратуры в системе правоохранительных органов и улучшения результативности, а также эффективности реализации ею задач координационного характера.

Ключевые слова: предотвращение, деятельность, прокуратура, функции, преступность, координация, эффективность, право, орган, надзор.

In the article the necessity to determine the right level of regulatory and protective functions of the Prosecutor's Office of Ukraine in the fight against crime, based on social and legal nature of the content and its potential other functions of the public body. In addition, the proven need for raising the level and location prosecution by law enforcement agencies and improving the effectiveness and efficiency of implementation of its objectives focal character.

Key words: prevention, activity, Prosecutor's Office, function, criminality, coordination, efficiency, right, body, supervision.

УДК 343.352

Олександр Семенюк,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права
Національної академії внутрішніх справ

Фелікс Неміч,

ад'юнкт наукової лабораторії з проблем досудового розслідування
Національної академії внутрішніх справ

ПРОТИПРАВНИЙ ВПЛИВ НА РЕЗУЛЬТАТИ ОФІЦІЙНИХ СПОРТИВНИХ ЗМАГАНЬ ШЛЯХОМ ПІДКУПУ

У статті досліджується поняття «підкуп» е контексті диспозиції ст. 369-3 КК України. Визначається специфіка ознак складу відповідного діяння. Проведене дослідження дає підстави для перегляду диспозиції ст. 369-3 КК України в контексті удосконалення кримінальної відповідальності за підкуп.

Ключові слова: підкуп, предмет злочину, змагання, неправомірна вигода.

Постановка проблеми. Явище корупції в Україні вже давно вийшло за межі державного управління й поширилося в нових сферах життя суспільства. Однією з таких негативних тенденцій є корупція в спорті. Корупційні скандали у футболі, боксі, інших видах спорту неодноразово висвітлювались у засобах масової інформації. Одним із найпоширеніших способів вчинення корупції у сфері спорту є підкуп спортсменів, спортивних агентів, працівників спортивних клубів та ін. При цьому боротьба з підкупом у сфері спорту знайшла своє відображення як у світовому кримінальному законодавстві в цілому, так і в Кримінальному Кодексі України (далі – КК України) зокрема. Так, Законом України від 3 листопада 2015 р. № 743-VIII «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» КК України був доповнений ст. 369-3 «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань» [1], у якій передбачено відповідальність, зокрема, за вплив на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу. Однак зміст поняття «підкуп» у ст. 369-3 КК України, на жаль, не конкретизований та різниться за своїм змістом із відповідними дефініціями, представленими в інших статтях КК України (ст. 160, 354, 368-3, 368-4, 370, 386).

Стан дослідження. Проблематика кримінально-правової оцінки підкупу як способу скоєння злочину у сфері спортивних змагань активно досліджувалася у юридичній літературі такими вченими, як Б. В. Волженкін, О. М. Грудзур, К. П. Задоя, С. В. Кузьмін, А. В. Савченко, В. В. Сараєв, Д. А. Семенов.

Мета статті – з'ясування ознак підкупу як способу скоєння злочину, передбаченого ст. 369-3 КК України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань».

Виклад основних положень. Криміналізація протиправних діянь щодо впливу на результати офіційних змагань в Україні знайшла своє відображення лише в 2015 р., із прийняттям ЗУ «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» [1] та доповненням КК України ст. 369-3 «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань». Відповідно до пояснювальної записки законопроекту, передумовами його прийняття стало те, що «чинний Закон України «Про запобігання корупції» не охоплює проблему запобігання корупції у сфері спорту. До суб'єктів відповідальності не віднесено осіб, що здійснюють діяльність у цій сфері, зокрема, беруть участь в організації та проведенні спортивних змагань і встановленні їх результатів. Задоволення потреб глядачів у спостеріганні спортивного видовища, яке відбувається в умовах чесного, безкомпромісного змагання спортсменів із дотриманням принципів етики і чесної боротьби, має бути одним із базових принципів проведення змагань. Однак факти корупційного впливу на офіційні спортивні змагання і їх результати призводять до отримання масовим глядачем неякісного спортивного видовища, чим істотно порушуються інтереси громадян та інтереси розвитку спорту в Україні». Тобто межі кримінально-правової охорони наявних статей КК України, що передбачали відповідальність за корупційні діяння, до цього часу не охоплювали відповідні діяння у сфері спорту. Саме тому законодавче закріплення криміналізації такого діяння було вкрай необхідне для подальшої боротьби з корупційними проявами у цій сфері.

При цьому законодавець першим у переліку способів скоєння злочину, передбаченого ст. 369-3 КК України, вказує підкуп, проте не розкриває його змісту. Зазначимо, що натепер у КК України не міститься чіткого визначення поняття підкупу як способу скоєння злочину.

© О. Семенюк, Ф. Неміч, 2017

Узагальнене розуміння видів підкупу можливо сформувати лише у процесі аналізу окремих норм КК України. Виходячи зі змісту ст. 160, 354, 368-3, 368-4, 370, 386 КК України, підкуп може вчинятись шляхом: 1) надання неправомірної вигоди; 2) надання пропозиції отримання неправомірної вигоди; 3) обіцянки надання неправомірної вигоди; 4) отримання неправомірної вигоди; 5) прийняття пропозиції неправомірної вигоди; 6) прийняття обіцянки неправомірної вигоди; 7) посередництва (отримання неправомірної вигоди для третіх осіб).

У диспозиції ч. 1 ст. 369-3 КК України визначено, що протиправний вплив може вчинятись шляхом підкупу з метою отримати неправомірну вигоду для себе і третіх осіб. Виходячи із наведеного вище узагальненого розуміння поняття «підкупу», він у контексті ч. 1 ст. 369-3 КК України може вчинятись у таких формах:

А) активних діях з боку того, хто підкуповує: 1) надання неправомірної вигоди за вчинення протиправних дій, що вплинули на результати офіційних спортивних змагань; 2) надання пропозиції отримання неправомірної вигоди за протиправні дії, що вплинули на результати офіційних спортивних змагань; 3) обіцянка надання неправомірної вигоди за протиправні дії, що вплинули на результати офіційних спортивних змагань;

Б) пасивних діях з боку того, кого підкуповують: 1) отримання неправомірної вигоди за вчинення протиправних дій, що вплинули на результати офіційних спортивних змагань; 2) прийняття пропозиції неправомірної вигоди за протиправні дії, що впливають на результати офіційних спортивних змагань; 3) прийняття обіцянки неправомірної вигоди за протиправні дії, що впливають на результати офіційних спортивних змагань;

В) посередництві (для отримання отримання неправомірної вигоди для третіх осіб).

У ст. 8 Закону України «Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань» [1] вказано, що протиправним впливом на результат офіційних спортивних змагань є умисне вчинення корупційного правопорушення. У свою чергу, корупційним правопорушення даний закон визнає одне з таких альтернативних діянь: 1) підкуп спортсменів, осіб допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні, посадових осіб у сфері спорту; 2) отримання спортсменами, особами допоміжного спортивного персоналу, які беруть участь у спортивному змаганні, посадовими особами у сфері спорту грошей цінних паперів, іншого майна, користування послугами майнового характеру, отримання інших вигод і переваг. Тобто підкупом є лише надання та отримання неправомірної вигоди. При цьому кримінальна відповідальність за пропозицію надання неправомірної вигоди, обіцянку надання неправомірної вигоди, прийняття пропозиції неправомірної вигоди, прийняття обіцянки неправомірної вигоди, посередництво у підкупі не передбачена.

Отже, потрібно констатувати неможливість кваліфікації злочину, передбаченого ст. 369-3 «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань» КК України, скоєного шляхом: надання неправомірної вигоди; обіцянки надання неправомірної вигоди; прийняття пропозиції неправомірної вигоди; прийняття обіцянки неправомірної вигоди.

Правник К. П. Задоя зазначає, що під відповідальність за ст. 369-3 КК України не підпадає практика матеріального стимулювання спортсменів з іншого спортивного клубу за досягнення ними певного позитивного результату під час спортивних змагань із третім конкурентом (суперником). Такі випадки, на його думку, не можуть кваліфікуватись за ч. 1 ст. 369-3 КК України, оскільки таке матеріальне стимулювання не може вважатись спрямованим на некоректну зміну ходу змагань чи їх результату [2]. На нашу думку, таку поведінку суб'єкта можна кваліфікувати як активні дії особи, яка підкуповує, адже остання бажає настання вигідних для себе наслідків шляхом надання предметів стимулювання, тобто неправомірної вигоди. Одним із шляхів усунення такої неузгодженості є переосмислення службових повноважень та обов'язків суб'єкта (тренера, наставника, менеджера, спортивного агента, співробітника команди, власника, акціонера, керівника чи співробітника юридичної особи, який організовує спортивні змагання, або особи, уповноваженої на проведення офіційних спортивних змагань; керівника і співробітника міжнародних спортивних організацій та ін.) і, як наслідок, кваліфікація його дій як зловживання службовим становищем.

Щодо кваліфікації злочину, передбаченого ст. 369-3 КК України, неоднозначно сприймається і предмет підкупу. Предметом підкупу за КК України, як правило, виступає неправомірна вигода. Натепер у КК України існує декілька видів визначень неправомірної вигоди, які представлені в примітці до ст. 160 та ст. 354 КК України. У диспозиції ст. 369-3 КК України законодавцем не конкретизується зміст понять «підкуп» та «неправомірна вигода». У п. 2 ч. 3 ст. 8 Закону України «Про запобігання впливу на результати офіційних спортивних змагань корупційних правопорушень» [1], визначено перелік предметів, що можуть використовуватися з метою підкупу. Це гроші, цінні папери, майно, послуги майнового характеру, вигоди, переваги. Даний перелік, на нашу думку, є неповним та занадто конкретизованим. Так, Ю. В. Гродецький зазначає, що в ст. 369-3 КК України під неправомірною вигодою слід розуміти «кошти чи інше майно, переваги, пільги, послуги або нематеріальні активи, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав» [3, с. 57]. Як бачимо, вчений розширив перелік предмета підкупу пільгами та нематеріальними активами, що логічно випливає з антикорупційного законодавства. Водночас він не вказує на поняття вигоди. З огляду на позиції законодавця та науковців, на нашу думку, предметом підкупу учасника спортивних змагань слід визначати: 1) грошові кошти; 2) цінні папери; 3) майно; 4) нематеріальні активи; 5) переваги; 6) пільги; 7) послуги; 8) ви-

роди. Вказаний перелік наявних форм предмета підкупу потребує більш чіткого їх розуміння. Так, під поняттям «грошові кошти» слід розуміти кошти в національній та іноземній валюті. Валюта України – це грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет та в інших формах, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу; кошти, що знаходяться на рахунках, або вносяться у вигляді внесків до банківських та інших кредитно-фінансових установ на території України; платіжні документи та інші цінні папери, виражені у валюті України. Іноземна валюта – це іноземні грошові знаки у вигляді банкнот, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обміну на грошові знаки, які перебувають в обігу; кошти в грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших кредитно-фінансових установ за межами України; платіжні документи та інші цінні папери, виражені в іноземній валюті або монетарних металах.

Визначення поняття «цінні папери» закріплено законодавцем в ст. 194 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України). Відповідно до вказаної статті цінний папір – це документ встановленої форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право.

У свою чергу, відповідно до ст. 190 ЦК України майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Відповідно до цього, під поняттям «майно» в контексті предмета підкупу слід розуміти окремі речі, сукупність речей, майнових прав чи обов'язків, які пропонують, обіцяють, надають чи одержують без законних на те підстав.

Натомість річ визначається як: 1) предмет домашнього вжитку, трудової діяльності і т. ін.; 2) будь-який предмет взагалі; 3) предмети особистого користування; 4) предмети, що належать кому-небудь; 5) який-небудь предмет, що викликає захоплення; 6) явище дійсності, вияв або результат якої-небудь дії, діяльності; випадок, факт, подія; 7) твір літератури, мистецтва, наукова книга; 8) робота, справа і т. ін., якою займається або повинен займатися хто-небудь; діло [4, с. 577–588]. Відповідно до цього, під річчю (сукупністю речей) слід розуміти предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України). Сукупністю речей є два і більше предмети матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки. Під перевагами як предметом підкупу розуміють особливі привілеї, що створюють додаткові можливості для конкретних осіб, які вигідно відрізняють їх від інших (наприклад, зменшення обсягу трудових обов'язків зі збереженням повної оплати праці, отримання поза чергою житла та ін.) [5, с. 276]. В українській мові слово «переваги» означає: 1) володіння вищими достоїнствами порівняно з ким-, чим-небудь; 2) більша, ніж у кого-небудь, кількість чогось, переважання в кількості; 3) виключне, особливе право на що-небудь, привілей [6, с. 132]. Викладене свідчить, що під поняттям «переваги», слід розуміти саме надання окремій особі певних привілеїв стосовно інших. Однак привілеями, що утворюють зміст досліджуваного поняття, можуть виступати: одержання кредитів, позичок, майна поза чергою, у першу чергу, в іншому привілейованому порядку, отримання першочергового права на плановий ремонт житлового фонду, прибудинкових територій та ін.

Нематеріальні активи – це немонетарні активи, які не мають матеріальної форми та можуть існувати окремо від підприємства або юридичної особи. До нематеріальних активів можуть належати: авторські права, право на інтелектуальну власність, програмне забезпечення, організаційні видатки у формі гонорарів, витрати на переоформлення, виготовлення печаток штампів та ін.

Наступною формою предмета підкупу є послуги. В українській мові слово послуги розуміється як: 1) дія, вчинок, що дає користь; 2) допомога іншому; 3) сприяння розвитку, піднесенню, поширенню чогось; 4) робота, виконувана для задоволення чиїх-небудь потреб, обслуговування; 5) служіння, слугування [7, с. 341–342]. Водночас чинний КК України не визначає поняття «послуги», а тому його зміст повинен встановлюватися саме із його загального значення. Із цього випливає, що під послугами як можливою формою предмета підкупу слід розуміти дію, що дає користь, дію спрямовану на за задоволення певних потреб кого-небудь. Проте такі дії повинні бути відмінними від інших можливих предметів підкупу (кошти, майно, пільги, нематеріальні активи).

Отже, під пільгами слід розуміти повне або часткове звільнення особи від виконання певних обов'язків. При цьому таке звільнення, як правило, може набувати зовні законного характеру, тобто здійснюватися на підставі певного повноважного правового чи організаційного рішення, утім саме рішення про надання пільг є незаконним, що, власне, і робить такі пільги неправомірною вигодою. У цьому контексті слід відрізняти пільги та переваги. На наш погляд, ця відмінність повинна ґрунтуватися на тому, що пільги є звільненням особи від виконання нею певних дій (обов'язків) і не співвідносяться прямо з виконанням чи невиконанням дій (обов'язків) іншими особами. Переваги ж передбачають певні привілеї стосовно інших, а отже, стосуються не просто виконання чи невиконання дій (обов'язків) самим адресатом, але й виконання дій (обов'язків) іншими особами [8, с. 235].

Розуміння поняття «вигода» не повинно чітко асоціюватися з поняттям неправомірної вигоди, форми якої ми зазначили вище. У ширшому розумінні вигодою є користь, прибуток, зиск із чогось особисто для особи. Це не

обов'язково має бути матеріальний прибуток – наприклад, моральне задоволення від вчинених дій із будь-якою метою (помста, спір, конкуренція).

Висновок

Розуміння змісту поняття «підкуп» у контексті ст. 369-3 КК України має свої особливості. Відповідно до регулятивного законодавства під впливом на результати офіційних спортивних змагань шляхом підкупу слід розуміти лише надання та отримання неправомірної вигоди. Підкупом є лише надання та отримання неправомірної вигоди. При цьому кримінальна відповідальність за пропозицію надання неправомірної вигоди, обіцянку надання неправомірної вигоди, прийняття пропозиції неправомірної вигоди, прийняття обіцянки неправомірної вигоди, посередництво у підкупі не передбачена. У свою чергу, дослідженням встановлено, що предметом підкупу в ст. 369-3 КК України слід визначати: грошові кошти; цінні папери; майно; нематеріальні активи; переваги; пільги; послуги; вигоди.

Список використаних джерел:

1. Про запобігання впливу корупційних правопорушень на результати офіційних спортивних змагань : Закон України від 3 листопада 2015 р. № 743-VIII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/743-19/paran141#n141.

2. Задоя К.П. Науково-практичний коментар до статті 369-3 кримінального кодексу України «Протиправний вплив на результати офіційних спортивних змагань» / К.П. Задоя // Право і громадянське суспільство. – К., 2015. – С. 149.

3. Гродецький Ю. В. Неправомірна вигода як ознака злочинів, передбачених статтею 369-3 Кримінального кодексу України / Ю. В. Гродецький // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : зб. матеріалів IV Міжнародної наук.-практ. конф. (15 квіт. 2016 р., м. Харків) / Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Кримінол. асоц. України. – Харків, 2016. – С. 54–57.

4. Словник української мови : в 11-ти т. – К. : Наук. думка, 1970. – 1979. – Т. 8 : Природа – Ряхтливий. – 1977. – 927 с

5. Тютюгін В.І. Злочини у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг: загальна характеристика / В.І. Тютюгін, Ю.Б. Гродецький // Вісник Асоціації Кримінального права України. – 2015. – № 1(4). – С. 272–295.

6. Словник української мови : в 11-ти т. – К. : Наук. думка, 1970. – 1979. – Т. 6 : П – Поїти. – 1975. – 832 с.

7. Словник української мови : в 11-ти т. – К. : Наук. думка, 1970. – 1979. – Т. 7 : Поїхати – Приробляти. – 1976. – 723 с.

8. Семенюк О.О. Зміст поняття «неправомірна вигода» у ст. 160 Кримінального Кодексу України / О.О. Семенюк, О.М. Грудзур // Науковий вісник Херсонського державного університету. – 2015. – Випуск 3-2. – Том 3. – С. 134–137. – Серія «Юридичні науки»

В статье исследуется понятие «подкуп» в контексте диспозиции ст. 369-3 УК Украины. Определяется специфика признаков состава соответствующего деяния. Проведенное исследование дает основания для пересмотра диспозиции ст. 369-3 УК Украины в контексте совершенствования уголовной ответственности за подкуп.

Ключевые слова: подкуп, предмет преступления, соревнования, неправомерная выгода.

The article explores the concept of «bribery» in the context of the disposition of Art. 369-3 of the Criminal Code of Ukraine. Specific features of the composition of the corresponding act are determined. The study provides grounds for revising the disposition of Art. 369-3 of the Criminal Code of Ukraine in the context of improving criminal liability for bribery.

Key words: bribery, subject of crime, competition, undue advantage.

УДК 343.988(477)

Вікторія Кондратішина,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки

ПРО ДЕЯКІ ВІКТИМОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ДІЯЛЬНОСТІ НЕСПЕЦІАЛІЗОВАНИХ СУБ'ЄКТІВ ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОЧИНАМ В УКРАЇНІ

У статті піддано аналізу змістовні елементи діяльності неспеціалізованих суб'єктів віктимологічного запобігання злочинам в Україні, до яких належать органи, що не зобов'язані вчиняти заходи у цьому напрямі (це не входить до їхньої компетенції), але чия роль і місце у системі суб'єктів запобіжної діяльності досі на науковому рівні досліджена недостатньо, що, у свою чергу, виступає однією з обставин, яка негативно впливає на ефективність і результативність протидії злочинності загалом. Крім цього, визначені основні проблемні питання та розроблені науково обґрунтовані шляхи їх вирішення по суті.

Ключові слова: неспеціалізовані суб'єкти запобігання злочинам, ефективність, результативність, суб'єкт, запобігання, система, діяльність, віктимологічне запобігання злочинам.

Постановка проблеми. Аналіз наукової літератури засвідчує, що традиційно вчені (О.М. Джужа, В.В. Василевич, О.Г. Колб та ін.) під віктимологічною профілактикою розуміють специфічну діяльність соціальних інститутів, спрямовану на виявлення, усунення або нейтралізацію факторів, обставин, ситуацій, які формують віктимну поведінку та зумовлюють вчинення злочинів, виявлення груп ризику та конкретних осіб з підвищеним ступенем віктимності, – з метою відновлення та активізації захисних властивостей, а також розроблення або вдосконалення засобів, що існують для захисту громадян та конкретних осіб від злочинів [1, с. 266–267].

Врахувавши функції, цілі та завдання системи віктимологічної профілактики (О.М. Джужа, Є.М. Моісеєв, В.В. Василевич) її загальносоціальний, спеціальний та індивідуальний рівні [2, с. 172–173], у наукових джерелах останнього часу можна знайти й інші критерії та методологічні засади визначення змісту зазначеного виду запобігання злочинам. Зокрема, досить цікавими, теоретично і практично значимими є результати досліджень, що проведені авторським колективом вчених на чолі з Ю.В. Бауліною та В.Л. Борисовою [3], В.О. Туляковим [4], В.В. Журавською [5] та ін.

Зазначені та інші роботи віктимологічного спрямування й були взяті за основу під час підготовки даного дослідження. Зокрема, важливим у теоретичному обґрунтуванні предмету розробки став висновок А.П. Закалюка щодо ролі та місця потерпілого у механізмі злочинної поведінки, а саме: створення кримінологічної ситуації, що сприяло вчиненню злочину, часто залежало не лише від особи, яка його вчиняла, але і від зовнішніх умов, від поведінки потерпілих від злочину, їх необережних, аморальних або протиправних дій [6, с. 313].

Як показало вивчення наукової літератури, питання щодо змістовних елементів діяльності суб'єктів запобігання злочинам в Україні є постійним об'єктом наукових розробок таких учених, як: О.М. Бандурка, Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова, В.В. Василевича, В.В. Голіни, Б.М. Головкіна, О.М. Джужи, Т.А. Денисової, А.П. Закалюка, О.Г. Кальмана, О.Г. Колба, І.М. Копотуна, О.М. Литвака, М.І. Мельника, В.О. Меркулової, А.В. Савченко, П.Л. Фріса, В.І. Шакуна та інших дослідників означеної проблематики, які були використані у цій статті як методологічне підґрунтя.

Метою статті є дослідження віктимологічних аспектів діяльності неспеціалізованих суб'єктів запобігання злочинам в Україні та виведення науково обґрунтованих шляхів щодо підвищення ефективності діяльності у правовому механізмі запобігання злочинам.

Виклад основного матеріалу. Потерпілі від злочину особи у багатьох випадках були елементом передзлочинної ситуації. Крім того, поряд з іншими її елементами потерпілі у процесі взаємодії з майбутнім злочинцем сприяли виникненню в нього мотиву вчинення злочину, об'єктом якого й вони ставали, а також прийняттю про це рішення і його реалізації.

Саме тому під час аналізу кожного випадку вчинення злочину щодо потерпілих і з'ясування його причинного комплексу під час дослідження встановлювалось, через які саме вчинки потерпілих і в якому напрямі конкретна життєва ситуація впливала на злочинця, зокрема створювала сприятливі умови для його негативних вчинків. При цьому з низки питань механізму злочинного прояву, пов'язаних із поведінкою потерпілих від злочину, як встановлено, найбільше криміногічне значення має з'ясування:

1) якостей особистості потерпілого, що робили його більш уразливим для злочинця [7, с. 132].

2) міри залежності від цих якостей процесу створення умов, що впливали на форму-

© В. Кондратішина, 2017

вання кримінологічної орієнтації та мотивації [8, с. 76–77];

3) ознак та властивостей потерпілого, які сприяли опредмечуванню мотиву вчинення конкретного злочину в такій спосіб, що об'єктом злочинного посягання стає саме потерпілий [9, с. 39];

4) дій (вчинків) потерпілого, які об'єктивно або в уявленні особи, що має намір вчинити злочин, свідчили про активне сприяння матеріального та прийняттю рішення про його вчинення і реалізації цього рішення [6, с. 313].

Залежно від поведінки осіб, що стали потерпілими від злочинів, віктимологічна ситуація, яка передувала вчиненню злочину, проявлялась у трьох видах:

– дії потерпілих провокували злочинний прояв винної особи та містили у собі привід для останньої (зокрема дії, що провокували отримання незаконної винагороди особою);

– дії потерпілих мали необережний характер, через що створювалась ситуація, яка полегшувала вчинення злочину щодо них;

– дії потерпілих були правомірними та чинили опір задоволенню потреб (бажань) для тих осіб, які мали злочинний намір, що викликав у них стимул до подолання цього опору у злочинний спосіб.

Проте здебільшого вчинення злочинних дій щодо осіб, які стали жертвами злочинних посягань (як правомірні, протиправні, аморальні, так і необережні) ніяк не впливали на мотив і здійснення злочинних посягань з боку їх клієнтів та інших учасників кримінального судочинства.

З огляду на результати даного дослідження, можна констатувати, що ряд осіб стає жертвами злочинів тільки тому, що належать до осіб із так званою підвищеною криміногенністю (віктимністю) [10, с. 119]. Зазначена риса більшою мірою була пов'язана з соціальними або іншими якостями цих осіб (схильність до гомосексуалізму, наркоманія, жадність тощо).

Як з цього приводу аргументовано зауважив Д.В. Рівман, будь-яка людина є віктимною, оскільки вона перебуває у певній життєвій обстановці й, включаючись у сплетення різних соціальних ситуацій, може стати жертвою злочину. Тобто індивід не здобуває віктимності, навпаки, він просто не може бути невіктимним, бо є членом суспільства, в якому існує злочинність, а отже, це і є об'єктивною можливістю стати жертвою злочину [11, с. 13].

У свою чергу, В.Я. Рибальська небезпідставно вважає, що віктимність – це сукупність стабільних типових соціальних і соціально-психологічних властивостей особистості, що підвищують її здатність стати жертвою злочину [12, с. 33].

Л.В. Ільїна визначає віктимність як особливу властивість потерпілого за певних обставин ставати жертвою злочину [10, с. 119].

З огляду на результати щодо віктимності особи, варто погодитись із зазначеною науковою позицією.

Такий підхід, як показало вивчення доктринальних джерел, має своїх прихильників. Зокрема, А.П. Закалюк пропонує розрізняти віктимність винувату та невинувату [6, с. 315].

До першої групи (винуватої віктимності) він відніс осіб, що зловживають спиртними напоями, осіб, схильних до авантюризму, або таких, які вирізняються нахабною, нестриманою поведінкою, чим ставлять себе у становище, що може провокувати вчинення щодо них злочину, частіше насильницького.

Невинувата віктимність, на його думку, пов'язана, як правило, з деякими обставинами роботи або професіями (водій таксі, касир, інкасатор, дружина алкоголіка, сусід психічно хворої особи тощо) [6, с. 315].

Саме зазначена невинувата віктимність більшою мірою зумовлює підвищену віктимність у діяльності особи.

Із багатьох форм віктимної поведінки особи кримінологічну роль найчастіше відігравала необережна віктимологічна ситуація, а найменш поширеною була провокуюча віктимологічна ситуація.

Проте аналіз даного питання був би неповним, якби не стосувався характеристики й інших критеріїв та оцінок, що стосуються віктимної поведінки. Зокрема, загальновизнаним у віктимології є поділ віктимності на такі рівні (В.Я. Рибальська):

1) сукупність соціально-психологічних властивостей особи, що пов'язана з особливостями її соціалізації;

2) «вікова» віктимність;

3) «безособова» властивість, що зумовлена виконанням деяких соціальних функцій, – професійна віктимність;

4) наслідок патологічного стану особи [12, с. 33].

Матеріали численних досліджень (О.М. Джужа, Є.М. Моісеєв) [13, с. 12] свідчить, що значна кількість протиправних діянь зумовлена поведінкою самої жертви злочину, а саме:

– особливостями ситуативного стану (сп'яніння), станом здоров'я (дефекти органів сприйняття), особливим психічним настроєм, що пов'язаний з неадекватними діями у звичайній ситуації;

– недбалим ставленням до безпеки своєї особи, честі, гідності та збереження майна;

– небажанням повідомити правоохоронним органам про злочинні дії, які вже мали місце стосовно нього;

– легковажним ставленням до правил, що покликані охороняти суспільний порядок і безпеку;

– участю в незаконній угоді;

– провокуючою поведінкою.

На переконання ряду науковців (В.В. Василевича, Д.І. Голосніченко, Т.Л. Кальченко), за своїм характером віктимна поведінка може бути:

1) конфліктною, коли потерпілий створює конфліктну ситуацію або бере активну участь у конфлікті, що виник (особливими різновидами такої поведінки є необхідна оборона (ст. 36 КК України); затримання особи, що вчинила злочин (ст. 38 КК); правоохоронна діяльність тощо);

2) провокуючою (демонстрування) власного багатства, екстравагантна зовнішність, неправильна поведінка жінки, що створює уявлення про її доступність тощо);

3) легковажною (довірливість, створення аварійних ситуацій на шляхах пішоходами та водіями тощо) [2, с. 63].

Аналогічний поділ віктимної поведінки можна знайти й у роботах А.Ф. Зелінського [14, с. 82–83].

У свою чергу, В.М. Бурлаков та В.П. Сальников вважають, що у межах віктимологічної ситуації поведінка жертви злочину може бути оцінена як:

– негативна, тобто така, що провокує злочин або створює для нього об'єктивну сприятливу ситуацію (форми провокації можуть бути різними: від фізичного чи психічного насильства стосовно злочинця або його близьких до їх образи, вияв неповаги до громадського порядку та загальновизнаних норм моралі);

– позитивна, що виражається у протидії злочинцю, виконанні громадського обов'язку тощо;

– нейтральною, тобто такою, що не сприяла вчиненню злочинів [15, с. 157]. Відповідно до комплексного підходу, який сформувався у віктимології та в основу класифікації якого покладено ступінь віктимності, що відображає у найбільш узагальненому вигляді: а) віктимну деформацію особи; б) професійну віктимність; в) вікову віктимність; г) віктимну патологію [2, с. 63], та на підставі добутих під час дослідження результатів було встановлено кілька груп жертв:

1) випадкова жертва – коли особа стала такою внаслідок збігу обставин.

При цьому взаємовідносини, що виникли між жертвою і злочинцем, незалежно від їх волі та бажання (свавілля правоохоронних органів та суду по кримінальній справі, законні інтереси одного з фігурантів, в якій представляв адвокат);

2) жертва з незначним ступенем ризику – особа, яка жила за нормальних для всіх людей факторів ризику і віктимність якої зросла непередбачено під впливом конкретної несприятливої ситуації (словесна чи фізична образа, збіг сімейних чи матеріальних обставин);

3) жертва з підвищеним ступенем ризику – особа, яка володіла низкою віктимних властивостей.

До цієї категорії належать два основних види жертв:

– жертва необережних злочинів – коли характер роботи, що вони виконують, або їх поведінка у громадських місцях мають більш високу, ніж зазвичай, віктимність;

– жертви умисних злочинів, коли соціальний статус яких або роль, що вони виконують, має підвищений ризик;

При цьому жертвами цього типу стали ті особи, віктимність яких зросла внаслідок конкретних взаємовідносин між жертвою і злочинцем, а також третіх осіб, які породили конфліктну ситуацію (посередників, зокрема, між адвокатом і клієнтом, близьких родичів клієнта тощо;

4) жертви з дуже високим ступенем ризику – особи, морально-соціальна деформація яких не відрізняється від правопорушників.

Вона характеризується стійкою антисуспільною спрямованістю, схильністю до зловживання алкоголем, наркотиків, статевого розбещення тощо [2, с. 64].

Висновки

Всі ці та інші обставини віктимного характеру [16, с. 126–129] були використані під час дослідження не лише, як вірно зауважив А.П. Закалюк, із метою визначення ступеня та характеру вини особи, яка вчинила злочин, але й у кримінологічному значенні [6, с. 316], тобто для наукового обґрунтування низки заходів віктимологічного запобігання злочинам.

Список використаних джерел:

1. Кримінологія: Навчальний посібник / [О.М. Джужа, В.В. Василевич, О.Г. Колб та ін.]; за заг. ред. О.М. Джужи. – К.: Атіка, 2010. – 312 с.

2. Кримінологічна віктимінологія: Навчальний посібник / [Моісеєв Є.М., Джужа О.М., Василевич В.В. та ін.]; за заг. ред. О.М. Джужі. – К.: Аіка, 2006. – 352 с.

3. Потерпілий від злочину (міждисциплінарне дослідження) / Кол. авторів; за заг. ред. Ю.В. Бауліна, В.І. Борисова. – Х.: Вид-во Кроссроуд, 2008. – 364 с.

4. Тляков В.О. Віктимологія (соціальні та кримінологічні проблеми): [Монографія] / В.О. Туляков. – О.: [б.в], 2000. – 480 с.

5. Журавська З.В. Віктимологічні засади боротьби зі злочинністю у місцях позбавлення волі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / З.В. Журавська. – К.: НАВС, 2011. – 262 с.

6. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика [у 3 кн.] / А.П. Закалюк. – К.: Вид. дім «Ін Юре», 2007. – Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. – 424 с.

7. Франк Л.В. Об изучении личности и поведения потерпевшего (нужна ли советская виктимология?) / Л.В. Франк // Вопросы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: Сб. науч. тр. – Душанбе, 1966. – С. 131–157.

8. Ривман Д.В. Криминальная виктимология / Д.В. Ривман. – СПб: Питер, 2002. – 153 с.

9. Рыбальская В.Я. О виктимологическом анализе преступности несовершеннолетних / В.Я. Рыбальская // Виктимологические проблемы борьбы с преступностью. – Иркутск: Изд-во Иркутского ун-та, 1982. – С. 32–49.

10. Ильина Л.В. Уголовно-процессуальное значение виктимологии / Л.В. Ильина // Правознавство. – 1975. – № 3. – С. 117–121.

11. Ривман Д.В. Виктимологические факторы и профилактика преступлений / Д.В. Ривман. – Л: Изд-во Высш. полит. училища МВД СССР, 1975. – 153 с.

12. Рыбальская В.Я. Виктимологические исследования в системе криминологической разработки проблем профилактики преступлений несовершеннолетних // Вопросы борьбы с преступностью. – М., 1980. – Вып. 33. – С. 13–18.

13. Джужа О.М., Моісеєв Є.М. Проблеми потерпілого від злочину (кримінологічний та психологічний аспекти): [Навч. посіб.] / О.М. Джужа, Є.М. Моісеєв. – К.: Укр. акад. внутр. справ, 1994. – 51 с.

14. Зелінський А.Ф. Кримінологія: [Навч. посіб.] / А.Ф. Зелінський. – Х.: Рубікон, 2000. – 464 с.

15. Криминология: Учебник для юридических вузов / Под. ред. проф. В.Н. Бурлакова, проф., академика В.П. Сальникова. – СПб.: Санкт-Петербург. Акад. МВД России, 1998. – 782 с.

16. Христенко В.Е. Психология жертвы: [Учеб. пособие] / В.Е. Христенко. – Х.: Консум, 2001. – 256 с.

В статье осуществлен анализ содержательных элементов деятельности неспециализированных субъектов виктимологического предупреждения преступлений в Украине, к которым относятся органы, не обязанные совершать мероприятия в этом направлении (это не входит в их компетенцию), но чья роль и место в системе субъектов предупредительной деятельности до сих пор на научном уровне исследована недостаточно, что, в свою очередь, выступает одним из обстоятельств, негативно влияющих на эффективность и результативность противодействия преступности в целом. Кроме этого, определены основные проблемные вопросы и разработаны научно обоснованные пути их решения по существу.

Ключевые слова: неспециализированные субъекты предупреждения преступлений, эффективность, результативность, субъект, предупреждение, система, деятельность, виктимологические предупреждения преступлений.

The article deals with the meaningful elements of non-specialized subjects of victimological crime prevention in Ukraine. They include bodies that aren't obliged to perform any measures in this direction (it isn't their competence), but their role and place in the subject system of preventive activities at the scientific level haven't investigated yet and that's why it serves as one of the circumstances which have a negative influence on effectiveness of criminality counteraction in general. In addition, the basic issues have been defined and scientific-grounded ways to their solving have been done.

Key words: non-specialized subjects of crime prevention, effectiveness, subject, prevention, system, activity, victimological crime prevention.

УДК 343.13

Андрій Вавриш,

здобувач наукової лабораторії з проблем досудового розслідування Національної академії внутрішніх справ

ВЗАЄМОДІЯ СЛІДЧИХ З ОПЕРАТИВНИМИ ПІДРОЗДІЛАМИ У ПРОТИДІЇ ЗЛОЧИНАМ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ У БУДІВЕЛЬНІЙ ГАЛУЗІ

На основі визначення дефініції взаємодії з позицій різних галузей знань у статті сформульовано узагальнене поняття взаємодії органів досудового розслідування з оперативними підрозділами Національної поліції України у протидії злочинам проти власності у будівельній галузі, та розглянуто ознаки, які характеризують зміст такої взаємодії.

Ключові слова: взаємодія, викриття, попередження, протидія злочинам проти власності, ознаки взаємодії щодо протидії злочинам у будівельній галузі.

Постановка проблеми. Будівельна галузь України щороку набирає обертів. Незважаючи на складну економічну та політичну ситуацію загалом, сфера будівництва крокує вперед, надаючи нові робочі місця, стимулюючи розвиток різних галузей економіки та промисловості, зміцнюючи економіку держави. Щороку в Україні вводять в експлуатацію нові підприємства, установи, житлові будинки, комплекси. Враховуючи обсяги та масштабність будівельних робіт, кількість залучених у цей процес працівників, обігу в будівництві великої маси матеріальних цінностей (техніки, матеріалів тощо), вона дедалі частіше піддається кримінальним посяганням.

Злочини у сфері будівництва проти власності вирізняються підвищеною суспільною небезпекою, оскільки посягають на суспільні відносини, що виникають в економічній сфері та підривають авторитет держави. Захист економічних інтересів України від злочинних посягань є першочерговим завданням правоохоронних органів, тому що захищена, розвинена економіка є запорукою стабільного розвитку держави, підвищення рівня життя громадян та зміцнення міжнародного авторитету України.

Основними завданнями оперативних підрозділів та слідчих Національної поліції України є своєчасне попередження, виявлення, якісне документування злочинної діяльності, забезпечення повного, всебічного й об'єктивного розслідування злочинів та забезпечення притягнення винних осіб до відповідальності, а також відшкодування заподіяної злочином шкоди і відновлення порушених прав. Успішне виконання зазначених завдань стає можливим завдяки організації належного рівня взаємодії між слідчими та оперативними підрозділами Національної поліції України. Потреба у такій взаємодії, насамперед, зумовлена наявністю у кожного із суб'єктів притаманних лише їм сил, засобів та методів діяльності.

Проблеми забезпечення організації ефективної взаємодії між службами Національної поліції України щодо протидії злочинам є предметом постійного обговорення на нарадах працівників слідства та оперативних підрозділів різних рівнів. Також у численних відомчих нормативних актах розглядаються питання врегулювання такого роду взаємовідносин. Удосконалення взаємодії щодо протидії злочинам, зокрема проти власності, певною мірою розглядається у спеціальній літературі, де досить детально викладені організаційні й тактичні засади. Разом з тим у повсякденній діяльності практичних підрозділів належний рівень взаємодії між слідчими та оперативними працівниками часто має суто формальний характер, та більшістю працівників (інколи керівників) сприймається як малоефективна, здебільшого вимушена форма діяльності. Це зумовлено, перш за все, тим, що залишається недостатньо врегульована (узгоджена) система звітності й обчислення показників діяльності окремих служб. Таке становище, у свою чергу, призводить до відсутності у діяльності працівників вищевказаних підрозділів мотивації до співпраці та досягнення належного рівня взаємодії.

Питанню взаємодії слідчих та оперативних підрозділів у процесі попередження та розслідування злочинів приділяли увагу вітчизняні вчені, зокрема: Ю.П. Алєнін, В.П. Бахін, В.П. Бірюков, М.С. Вертузаєв, В.А. Глазков, І.Д. Гончаров, А.Я. Дубінський, В.С. Зеленецький, В.С. Кузьмічов, А.А. Патик, В.М. Тертишник , В.В. Топчій. Однак, з огляду на процеси реформування правоохоронних органів України, а також беручи до уваги постійне оновлення способів чинення злочинів, у тому числі й у будівельній галузі, окреслене питання залишається відкритим та потребує додаткового наукового опрацювання.

Метою статті є сформулювати визначення взаємодії оперативних підрозділів та слідчих поліції у викритті, попередженні та розслідуванні злочинів проти власності, що вчинюються у будівельній сфері.

Виклад основного матеріалу. Перспектива діяльності правоохоронної системи у сфері посилення боротьби зі злочинністю передбачає

© А. Вавриш, 2017

не лише удосконалення її організаційної структури, модернізації та підвищення мобільності й гнучкості реагування на зміни в динаміці злочинності, а й покращення внутрішньо системних зв'язків у діяльності окремих структурних елементів. Серед найактуальніших напрямів перспективного розвитку системи МВС України є розв'язання проблеми удосконалення взаємодії органів досудового розслідування та оперативних підрозділів у протидії злочинам.

Дослідженню змісту поняття «взаємодія» присвячені роботи фахівців різних галузей знань: філософії, соціології, психології, юриспруденції, економіки, фізики, хімії тощо. У широкому розумінні поняття «взаємодія» означає таку сумісну дію кількох об'єктів або суб'єктів, за якої результат дії одного з них впливає на інші, що змінює їхню динамічну поведінку.

Як зазначено у «Великому тлумачному словнику української мови», взаємодія означає взаємний зв'язок між предметами в дії, а також погоджену дію між ким-, чим-небудь. Взаємодіяти – означає, перебуваючи у зв'язку, взаємно виявляти дію або погоджено взаємно діяти, бути у взаємодії [1, с. 60].

В юридичній літературі поняття «взаємодія» не має однозначного визначення. Зокрема, в юридичній енциклопедії відсутня загальна характеристика цього поняття. Натомість, у різних галузях права використовуються споріднені між собою і деякою мірою подібні поняття: «відносини», «зв'язок», «співпраця», «взаємодія», «причино-наслідкова залежність», «координація» тощо.

У теорії адміністративного права існує кілька точок зору стосовно поняття «взаємодія» і розглядаються вони через призму співвідношення з поняттям «координація». Зокрема, взаємодія – принцип діяльності, засіб контактів із суб'єктами інших систем, а координація – це функція одного з суб'єктів системи. До того ж, координація, на відміну від взаємодії, містить елемент підкорення волі координуючого органу системи, що спрямовує автономну діяльність на виконання загальних завдань, поставлених перед виконавцями [2, с. 139]. Водночас координація також є одним зі спеціальних методів адміністративного права, в основі якого лежить «необхідність узгодження управлінських дій між кількома органами одного структурного рівня для досягнення загальної мети» [3].

У криміналістичному енциклопедичному словнику взаємодія визначена як процес безпосереднього або опосередкованого впливу об'єктів (суб'єктів) один на одного, що зумовлює їх взаємозумовленість і зв'язок.

У теорії та практиці кримінального процесу та ОРД поняття «взаємодія» використовується тоді, коли мова йде про взаємоузгоджену (за метою, характером, місцем і часом) діяльність прокурора, слідчого та оперативного підрозділу (в особі його керівника та співробітників), засновану на законах і відомчих нормативних актах, що спрямована на вирішення завдань кримінального судочинства, за керівної і організуючої ролі прокурора (слідчого) та чіткого розмежування компетенції.

Це відповідає загальнотеоретичному баченню взаємодії як форми зв'язку елементів системи, за допомогою якої вони, доповнюючи один одного, створюють умови для успішного функціонування загалом. Крім того, взаємодія також розглядається як управлінська функція, що спрямована на перетворення системи індивідуальної на спільну, узгоджену за місцем, часом і метою діяльність, а також як процес обміну інформацією.

Така взаємодія здійснюється з метою виконання завдань кримінального судочинства, якими, відповідно до положень ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України, є захист особи, суспільства та держави від правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і, щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [4].

Належна організація взаємодії слідчого з оперативними підрозділами у протидії злочинам є одним із напрямів підвищення ефективності виконання завдань із захисту особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорони прав, свобод та законних інтересів громадян [5].

Обґрунтовано, що ефективна взаємодія оперативних та слідчих підрозділів під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій є запорукою досягнення так званого принципу «збігання інтересів», а саме: виявлення припинення і розслідування кримінальних правопорушень, притягнення до встановленої законодавством відповідальності осіб, що їх учинили, відшкодування завданої кримінальними правопорушеннями шкоди, відновлення порушених прав та інтересів громадян і юридичних осіб.

Лише органічне поєднання гласних процесуальних засобів і негласних методів оперативно-розшукової діяльності (пошукових, розвідувальних і контррозвідувальних заходів) здатне забезпечити своєчасне виявлення злочинів і повне їх розслідування (підготовлюваних або вже вчинених) [6].

На основі результатів вивчення емпіричного матеріалу доцільно зупинитись на основних принципах взаємодії оперативних підрозділів і слідчих під час проведення оперативно-розшукових заходів та негласних слідчих (розшукових) дій: а) взаємна допомога; б) використання сучасних методик; в) оптимальне використання наявних можливостей; г) дотримання загальних засад оперативно-розшукового та кримінального провадження; д) нерозголошення відомостей про факт і результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій та оперативно-розшукових заходів [7].

Підставою для проведення оперативно-розшукової діяльності є наявність достатньої ін-

формації, одержаної в установленому законом порядку, що потребує перевірки за допомогою оперативно-розшукових заходів і засобів, про: злочини, що готуються, осіб, які готують вчинення злочину, осіб, які переховуються від органів досудового розслідування, слідчого судді, суду або ухиляються від відбування кримінального покарання тощо [8].

У вузькому значенні можна розглядати взаємодію підрозділів правоохоронних органів у контексті науки ОРД, де взаємодія – це діяльність, що полягає у найбільш доцільному виборі й реалізації організаційних і тактичних заходів, спрямованих на створення оптимальних умов для виконання завдань боротьби зі злочинністю шляхом здійснення впорядкованих і взаємопов'язаних дій двох або більше суб'єктів. Конкретизуючи поняття в рамках науки ОРД, можна зазначити, що взаємодія оперативних підрозділів та органів досудового розслідування – це заснована на законі, узгоджена за цілями, місцем і часом діяльність цих суб'єктів, що здійснюється з метою попередження, розкриття та розслідування злочинів, а також розшуку злочинців. Формами взаємодії вказаних органів є законність, науковість, плановість, спільність інтересів, нормативність, рівність прав суб'єктів [9].

На основі викладеного вважаємо, що теоретичними підставами взаємодії між прокурором, слідчим і співробітниками оперативного підрозділу під час розкриття злочинів у будівельній галузі є:

1) спільність мети і завдань прокурора, слідчого й співробітників оперативного підрозділу, тобто, лише об'єднуючи свої зусилля, вони зможуть ефективно їх вирішити, а саме: попередити та розкрити злочин, своєчасно, повно та ефективно здійснити досудове розслідування, встановити та притягнути до кримінальної відповідальності винну особу та забезпечити відшкодування збитків;

2) однакова юридична сила процесуальних актів прокурора, слідчого та співробітників оперативного підрозділу – протоколи слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, здійснених співробітниками оперативного підрозділу, мають таке саме доказове значення, як і протоколи, складені прокурором, слідчим;

3) необхідність використання в інтересах кримінального провадження технічних та інших ресурсних можливостей оперативних підрозділів.

Отже, взаємодія прокурора, слідчого та відповідних оперативних підрозділів у кримінальному провадженні – це заснована на законі й спільності завдань у кримінальному судочинстві погоджена колективна діяльність, яка передбачає ефективне використання правових заходів усіх учасників взаємодії, зокрема сил, засобів, методів оперативно-розшукової діяльності, зумовлених їх компетенцією і формами діяльності, яка здійснюється на досудових стадіях кримінального процесу і спрямована на розкриття, розслідування та попередження кримінальних правопорушень [10].

Таким чином, розкриття та розслідування злочинів проти власності, що вчинюються у будівельній галузі, є завданням, яке покладено на усіх суб'єктів взаємодії, до компетенції яких належить протидія досліджуваній категорії правопорушень. Швидке, повне розслідування і розкриття останніх досягається шляхом поєднання зусиль усіх органів та підрозділів поліції, забезпечення належного рівня їх взаємодії, відповідно до вимог законодавства щодо отримання, збирання, накопичення та використання інформації про осіб, причетних до вчинення кримінальних правопорушень, а також події і факти, які можуть сприяти їх розслідуванню і розкриттю, що є невід'ємним завданням для всіх без винятку працівників поліції [11].

Безпосередню організацію роботи зі збору інформації про осіб, причетних до вчинення кримінальних правопорушень проти власності, що вчинюються у будівельній галузі, а також події та факти, які можуть сприяти їх розслідуванню і розкриттю, та контроль за перевіркою зазначеної інформації здійснює керівник органу Національної поліції України.

Як визначають нормативні документи МВС України, основними службами, що виконують обов'язки з розкриття та досудового розслідування кримінальних правопорушень та відповідають за кінцевий результат цієї роботи, є органи досудового розслідування та підрозділи кримінальної поліції.

Інші підрозділи поліції у межах своєї компетенції забезпечують здійснення заходів, спрямованих на отримання інформації про осіб, причетних до вчинення кримінальних правопорушень, а також події і факти, які можуть сприяти їх розкриттю та досудовому розслідуванню [11].

Головним об'єднуючим суб'єктом взаємодії під час досудового розслідування є слідчий. Це зумовлено тим, що саме слідчий визначає форми, напрями та межі взаємодії. Основою взаємодії слідчих та оперативних співробітників має бути встановлене законом розмежування компетенції. Змістом діяльності оперативних співробітників у системі взаємодії із слідчим під час розкриття майнових злочинів у сфері будівництва є здійснення оперативно-розшукових заходів, спрямованих на документування досліджуваних злочинів. Лише у поєднанні з нею процесуальна діяльність, яка є змістом функції слідчого, має дати ефект, що є недосяжним для кожного з цих суб'єктів, якщо вони діють самостійно [12, с. 102]. Як свідчить аналіз практики, під час розслідування злочинів проти власності, що вчинюються у будівельній сфері, суб'єктам взаємодії доводиться проводити значний обсяг роботи слідчо-оперативного характеру.

На наш погляд, розглядаючи практику розслідування злочинів проти власності у будівельній галузі доцільно говорити про п'ять найбільш поширених форм взаємодії слідчого з оперативними підрозділами: 1) взаємний обмін інформацією; 2) прийняття узгоджених рішень; 3) координація спільних дій; 4) спільне планування заходів; 5) спільне проведення заходів (у тому числі НСРД).

Лише за результатами взаємного обміну інформацією, прийняттям спільних, скоординованих рішень можна говорити про формування наближеної до досконалості, методично грамотної і логічно виваженої схеми оперативно-розшукових заходів та слідчих (розшукових) й негласних слідчих (розшукових) дій, із можливістю своєчасно вносити необхідні корективи, обирати характер дій, пов'язаних із використанням фахівців будівельних спеціальностей та інших спеціалістів необхідного профілю.

Питання підвищення результативності досудового розслідування та судового розгляду матеріалів кримінального провадження, удосконалення прийомів провадження слідчих (розшукових) і судових дій мають розв'язуватися з урахуванням процесуальних положень та криміналістичних розробок, на базі яких формується розуміння сутності, структури, завдань криміналістичної тактики [12, с. 107].

Висновки

Отже, взаємодія слідчих з оперативними підрозділами у розкритті та розслідуванні злочинів проти власності, що вчинюються у будівельній галузі, матиме достатній рівень ефективності лише за умови спільного використання можливостей кожного із суб'єктів. Саме завдяки їх спільній, узгодженій діяльності можлива реалізація завдань, які неможливо або надзвичайно складно вирішувати роз'єднаними, розрізненими діями кількох суб'єктів взаємодії.

Список використаних джерел:

1. Великий тлумачний словник сучасної української мови / [уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел.]. – К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. – 600 с.

2. Нижник Н.Р. Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку): навчальний посібник / Н.Р. Нижник, Г.П. Ситник, В.Т. Білоус / [за заг. ред. П.В. Мельника, Н.Р. Нижник]. – Ірпінь, 2000. – 304 с.

3. Про Концепцію розвитку Державної прикордонної служби України на період до 2015 р. : Указ Президента України: від 19.06.2006 р., № 546 // Офіційний вісник України. – 2006. – № 25. – Ст. 1807.

4. Кримінальний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.rada.gov.ua.

5. Про організацію діяльності органів досудового розслідування Міністерства внутрішніх справ України : Наказ МВС України від 09.08.2012 р. № 686 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1769-12.

6. Волобуєв А.Ф. Питання взаємодії слідчих з оперативними підрозділами в досудовому розслідування / А.Ф. Волобуєв // Актуальні проблеми розслідування злочинів : матеріали IV Всеукраїнської науково-практичної конференції (Київ, 5 липня 2013 р.). – Київ.: Національна академія внутрішніх справ, 2015. – С. 25–27.

7. Василинчук В.І. Взаємодія оперативних та слідчих підрозділів під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій / В.І. Василинчук // Актуальні проблеми розслідування злочинів : матеріали IV Всеукраїнської науково-практичної конференції (Київ, 5 липня 2013 р.). – Київ.: Національна академія внутрішніх справ, 2015. – С. 23–25

8. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України // Відомості Верховної Ради (ВВР). – 1992.– № 22. – Ст. 303.

9. Основи оперативно-розшукової діяльності [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.com/80188/pravo/vzayemodiya_pidrozdiliv_zdiysnyuyut_operativno-rozshukovu_diyalnist_slidchim_prokurorom.

10. Юридична деонтологія. Прокурорська діяльність [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://pidruchniki.com/80188/pravo/vzayemodiya_pidrozdiliv_zdiysnyuyut_operativno-rozshukovu_diyalnist_slidchim_prokurorom.

11. Про організацію взаємодії органів досудового розслідування з іншими органами та підрозділами внутрішніх справ у попередженні, виявленні та розслідуванні кримінальних правопорушень : Наказ Міністерства внутрішніх справ України від 14 серпня 2012 р. № 700 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://document.ua/pro-organizaciyu-vzaemodiyi-organiv-dosudovogo-rozsliduvannj-doc119907.html.

12. Суворов О.М. Поняття та форми взаємодії слідчих з оперативними підрозділами у протидії службовим злочинам корупційної спрямованості. / О.М. Суворов // Вісник Академії адвокатури України. – 2014. –Том 11. – число 2 (30). – С. 102–107.

На основе определения дефиниции взаимодействия, с позиций различных отраслей знаний в статье сформулировано обобщенное понятие взаимодействия органов досудебного расследования по оперативными подразделениями Национальной полиции Украины в противодействии преступлениям против собственности в строительной отрасли, и рассмотрены признаки, характеризующие содержание такого взаимодействия.

Ключевые слова: взаимодействие, разоблачения, предупреждение, противодействие преступлениям против собственности, признаки взаимодействия по противодействию преступлениям в строительной отрасли.

Based on the definition of definition interaction with the positions of the various branches of knowledge formulated in Article generalized concept of interaction of the preliminary investigation of the operational units of the National Police of Ukraine in combating crimes against property in the construction industry, and discussed features that characterize the content of such interaction.

Key words: interaction, exposure, prevention, combating crimes against property, signs of interaction to combat crime in the construction industry.

УДК 343.137

Валерій Жидков,

аспірант наукової лабораторії
з проблем досудового розслідування
Національної академії внутрішніх справ

ПРОВЕДЕННЯ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ ДЕТЕКТИВАМИ НАЦІОНАЛЬНОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО БЮРО

Досліджено питання проведення тимчасового доступу до речей і документів детективами Національного антикорупційного бюро та невирішені проблемні питання в кримінально процесуальному законодавстві України, що виникають під час практичного застосування вказаного інституту.

Ключові слова: тимчасовий доступ до речей і документів, слідчий суддя, ухвала, детектив, особа, у володінні якої знаходяться речі і документи, Кримінальний процесуальний кодекс України.

Постановка проблеми. Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України) передбачено такий захід забезпечення кримінального провадження, як тимчасовий доступ до речей і документів, що активно використовується в практичній діяльності детективами Національного антикорупційного бюро України (далі – Національне бюро) під час здійснення досудового розслідування в кримінальних провадженнях.

Стан наукового дослідження. Окремі аспекти застосування тимчасового доступу до речей та документів досліджували Ю.М. Грошевий, М.А. Погорецький, С.С. Чернявський, В.О. Фінагеєв, Л.Д. Удалова, П.М. Маланчук, О.Ю. Татаров, В.І. Фаринник, С.Р. Тагієв, І.В. Гловюк, С.В. Андрусенко, М.С. Руденко та інші. Однак незважаючи на значний внесок вчених, значна частина проблемних питань вказаного інституту в кримінальному процесуальному законодавстві залишається невирішеною.

Метою вказаної статті є дослідження проблемних питань інституту тимчасового доступу до речей та документів у кримінальному процесуальному законодавстві та викладення пропозицій щодо вдосконалення КПК України у частині вирішення цих питань при його застосуванні в практичній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Тимчасовий доступ до речей і документів полягає в наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться такі речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та вилучити їх (здійснити їх виїмку), а тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення (ч.1,ч. 2 ст. 159 КПК) [1]. Зміст такого клопотання визначено ч. 2 ст.160 КПК України.

Зазначений захід забезпечення кримінального провадження здійснюється з метою встановлення об'єктивної істини та обставин, що мають значення для кримінального провадження, а отримана під час його проведення інформація має суттєве значення в кримінальному провадженні, що може бути використана в порядку ст. ст. 84, 98, 99 як доказ для підтвердження обставин, що мають значення для кримінального провадження.

Можна виділити види тимчасових доступів до речей і документів, що найчастіше проводяться детективами Національного бюро під час здійснення досудового розслідування, а саме: до речей і документів, що знаходяться в підприємствах, установах, організаціях та у фізичних осіб (для отримання документів, що є комерційною таємницею про фінансово-господарські взаємовідносини, реєстраційних, статутних документів, наказів про призначення службових осіб, актів перевірок контролюючих органів, бухгалтерських документів, судових справ тощо); до документів, які містять охоронювану законом таємницю, що знаходяться в банківських установах (для отримання документів, що становлять банківську таємницю про відкриття рахунків підприємствами, установами, організаціями, фізичними особам, рух грошових коштів по рахункам); до документів, які містять охоронювану законом таємницю, що знаходяться в операторів та провайдерів телекомунікацій (для отримання інформації про зв'язок абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо).

Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом (ч. 2 ст. 93 КПК України). Крім того, пунктом 18 Листа Вищого спеціалізованого суду Укра-

© В. Жидков, 2017

їни з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04.2013 № 223-559/0/4-13 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» (далі-Лист ВСУ) визначено, що під час розгляду клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів слід враховувати, що застосування стороною кримінального провадження такого способу збирання доказів, як вилучення речей чи документів (ч. 7 ст. 163 КПК України) під час отримання доступу до речей і документів, може здійснюватися у випадках, якщо: 1) особа, у володінні якої знаходяться речі або документи, не бажає добровільно передати їх стороні кримінального провадження або є підстави вважати, що вона не здійснить таку передачу добровільно після отримання відповідного запиту чи намагатиметься змінити або знищити відповідні речі або документи; 2) речі та документи, згідно зі ст. 162 КПК України, містять охоронювану законом таємницю, і таке вилучення необхідне для досягнення мети застосування цього заходу забезпечення. В інших випадках сторона кримінального провадження може витребувати та отримати речі або документи за умови їх добровільного надання володільцем без застосування процедури, передбаченої главою 15 КПК України [2].

У зв'язку із цим та з урахуванням слідчої практики ініціювання детективом питання про проведення тимчасового доступу до речей і документів можливе у випадку будь-якої умови визначеної Листом ВСУ, а також у порядку ст. 93 КПК України шляхом направлення відповідних запитів, або безпосередньо під час проведення процесуальних та слідчих (розшукових) дій, без застосування тимчасового доступу до речей і документів.

Погоджуємось із думкою І.В. Гловюка, С.В. Андрусенко, які вважають, що для звернення з клопотанням до слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів достатньо розумної підозри про можливість зміни або знищення речей чи документів особою, у володінні якої вони знаходяться [3, с. 294], оскільки наведене свідчить, що добровільне надання необхідних речей і документів особою, у володінні якої вони перебувають, у даному випадку є неможливим.

Після отримання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів слідчий суддя, суд здійснює судовий виклик особи, у володінні якої знаходяться такі речі і документи, за винятком випадку, встановленого частиною другою цієї статті (ч. 1 ст. 163 КПК України). Якщо сторона кримінального провадження, яка звернулася з клопотанням, доведе наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, клопотання може бути розглянуто слідчим суддею, судом без виклику особи, у володінні якої вони знаходяться (ч. 2 ст. 163 КПК України).

О.Ю. Татаров слушно відмічає, що можливість доведення наявності загрози зміни або знищення речей чи документів є не завжди. Зокрема, це стосується проваджень, які щойно розпочаті, і ще не проведено достатніх слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, результати яких могли б довести слідчому судді, що особа, яка не є підозрюваною та у володінні якої перебувають документи, важливі для розслідування, може свідомо їх замінити чи знищити з метою уникнення відповідальності (або сприяння у цьому іншим особам) [4, с. 184]. Як зазначають науковці І.В. Гловюк, С.В. Андрусенко, в даній нормі закладено надто високий стандарт доказування для вирішення питання про тимчасовий доступ до речей та документів. Надання достатніх доказів реальності загрози є ускладненим, оскільки потребує аналізу і оцінки суб'єктивної зацікавленості особи, у володінні якої знаходяться речі та документи, а також її намірів, і підтвердження її певними документами. Неправильна ж оцінка такої загрози та її реальності може призвести до знищення, приховування речей та документів [3, с. 294].

У тільки розпочатих провадженнях дійсно важко доводити наявність загрози зміни або знищення речей чи документів, тим більше надавати до клопотання відповідні підтверджуючі документи. Проте за наявності встановлених відомостей про те, що зацікавлені особи: мають доступ до всіх приміщень, речей і документів, що цікавлять слідство, вплив на осіб у володінні яких вони перебувають; передають оригінали документів нібито для використання під час проведення різних експертиз (досліджень), що призначаються в позапроцесуальному порядку, а також іншим особам; відслідковують хід та результати досудового розслідування; можуть вчиняти інші дії, що свідчать про таку загрозу, доцільним є ініціювання розгляду таких клопотань без виклику осіб, у володінні яких знаходяться речі та документи. При цьому відповідне обґрунтування необхідно наводити у клопотанні. Тому в разі встановлення таких обставин доцільно відразу звертатися до слідчого судді із клопотанням, не здійснюючі запит для отримання необхідних речей і документів у порядку ст. 93 КПК України.

Одночасно ч. 4 ст. 163 КПК України передбачено, що неприбуття за судовим викликом особи, у володінні якої знаходяться речі і документи, без поважних причин або неповідомлення нею про причини неприбуття не є перешкодою для розгляду клопотання [1].

На практиці детективами Національного бюро, як і слідчими інших правоохоронних органів, до суду вноситься велика кількість клопотань із метою отримання дозволу на тимчасовий доступ до документів, які містять охоронювану законом таємницю, що знаходяться у банківських установах, в операторів та провайдерів телекомунікацій, співробітники яких у більшості випадків не мають можливості приймати участь у всіх судових засіданнях і не заперечують про розгляд клопотань за їх відсутності. У зв'язку із цим вважаємо, що неприбуття таких осіб у судове засідання не заважає розгляду клопотань, за умови їх належного повідомлення згідно з ст. ст. 135, 136 КПК України.

Також виникають певні проблемні аспекти під час здійснення судового виклику таких осіб у судове засідання. Так, питання неможливості виконати слідчим суддею вимоги ст. 163 КПК України щодо судового виклику за повісткою особи, у володінні якої перебувають речі та документи, зокрема представника оператора мобільного зв'язку, ставали предметом розгляду С.С. Чернявського та В.О. Фінагеєва, які запропонували вирішити цю проблематику шляхом виключення з ч. 4 ст. 163 КПК України вказівки щодо неприбуття без поважних причин, однак з уточненням про неприбуття належним чином повідомленої особи, підтвердження чого має бути в матеріалах із розгляду клопотання [5, с. 182]. З урахуванням вищеозначених практичних питань слід погодитися із запропонованими змінами.

На думку М.С. Руденко, в ситуації, коли слідчий повинен погодити своє клопотання про тимчасовий доступ до речей та документів з прокурором і звернутися з ним до слідчого судді, який розглядає клопотання у присутності особи – володільця предметів чи документів і сторони, яка це клопотання порушує, і тільки після винесення слідчим суддею ухвали про тимчасовий доступ до речей та документів слідчий може вилучити документи, що його цікавлять, говорити про дебюрократизацію вітчизняного кримінального судочинства передчасно [6, с. 146]. Проте науковцем ще не враховано проблемні аспекти строків розгляду слідчим суддею такого клопотання та подальшого виконання ухвали слідчого судді, що призводить до ще більшої витрати процесуального часу.

Слід зазначити, що слідчий суддя може прийняти рішення про здійснення кримінального провадження в закритому судовому засіданні, якщо здійснення провадження у відкритому судовому засіданні може призвести до розголошення таємниці, що охороняється законом (ч. 2 ст. 27 КПК України). Згідно з ч. 1 ст. 222 КПК України відомості досудового розслідування можна розголошувати лише з дозволу слідчого або прокурора і в тому обсязі, в якому вони визнають можливим. У зв'язку із цим, з метою збереження таємниці досудового розслідування, розгляд деяких клопотання, насамперед щодо тимчасового доступу до документів, що містять комерційну таємницю, банківську таємницю, доречно здійснювати в закритому судовому засіданні. У разі, якщо судовий розгляд відбувався в закритому судовому засіданні, судове рішення оприлюднюється з виключенням інформації, яка за рішенням суду щодо розгляду справи в закритому судовому засіданні підлягає захисту від розголошення (ч. 2 ст. 2 Закону України «Про доступ до судових рішень») [7]. На підтвердження вказаних доводів можна вказати на тенденцію відслідковування засобами масової інформації, а також зацікавленими особами відповідних ухвал про дозвіл на проведення слідчих дій в Єдиному державному реєстрі судових рішень (далі-Реєстр) із метою їх подальшої публікації на інформаційних інтернет-порталах. Більш того, окремими інтернет-порталами здійснюється постійний та системний моніторинг Реєстру з метою пошуку судових рішень у резонансних кримінальних провадженнях, що перебувають у провадженні детективів Національного бюро, з метою їх публічного оприлюднення. Вказаним видом громадського контролю за діяльністю судових та правоохоронних органів можуть скористатися в своїх інтересах особи, причетні до вчинення кримінального правопорушення, що може суттєво зашкодити досудовому розслідуванню. Таким чином, у зв'язку з тим, що можливий витік інформації під час відкритого розгляду клопотання або під час оприлюднення судового рішення в електронній формі може привести до попередження осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення, є достатні підстави вважати, що існує реальна загроза знищення або зміни документів, та судовий розгляд доцільно проводити в закритому судовому засіданні без виклику осіб, у володінні яких вони знаходяться.

КПК України не містить строків розгляду таких клопотань про забезпечення заходів кримінального провадження, а відповідно до листа ВСУ слідчий суддя має розглянути клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, враховуючи зміст положень ч. 6 ст. 9 КПК, не пізніше трьох днів із дня надходження клопотання до суду. У разі якщо особа, яка подала клопотання, обґрунтує в ньому наявність реальної загрози зміни або знищення речей і документів, слідчий суддя має невідкладно розглянути зазначене клопотання [2]. Проте на практиці слідчі судді часто не враховують зазначені вимоги Вищого спеціалізованого суду України.

Науковець О. Подковський, досліджуючи проблематику строків розгляду клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів за участі особи, у володінні якої перебувають речі та документи, за умови виконання вимог ст. 135 КПК України, означив, що орієнтовний строк розгляду клопотання можливий за сім-десять днів (від трьох до п'яти днів – робота пошти, три дні, згідно з ч. 8 ст. 135 КПК України, – щоб з'явитись, а також вихідні); за умови повідомлення володільця речей листом із рекомендованим повідомленням – понад 14 днів [8 с. 62]. У практичній діяльності розповсюджені випадки розгляду таких клопотань, навіть без участі особи, у володінні якої перебувають речі та документи, в строк, що значно перевищує наведений науковцем. Інколи ухвали слідчого судді видаються через деякий час після судового засідання, під час якого було розглянуто та задоволено клопотання, при цьому ухвала містить дату судового засідання, коли фактично відбувся його розгляд, що призводить до значної втрати часу на її виконання.

С. Тагієв та О. Хрущ запропонували встановити строк розгляду клопотань про тимчасовий доступ до інформації операторів та провайдерів телекомунікацій слідчими суддями протягом робочого дня, але не пізніше трьох діб із моменту їх реєстрації без участі пред-

ставника оператора та провайдера (ч.ч. 2, 4 ст. 39 Закону України «Про телекомунікації») [9, с. 108; 10 с. 214], із чим можна погодитися, оскільки дійсно слід враховувати специфіку отриманої інформації, оперативне її використання при запобіганні, розкритті та розслідуванні кримінальних правопорушень слідчими суддями [10, с. 108].

П.М. Маланчук слушно відзначає, що якщо стороною, яка звернулась із клопотанням, доведено наявність достатніх підстав вважати, що існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, слідчий суддя має розглядати клопотання невідкладно [11, с. 66], що виглядає дуже доцільним, враховуючи таку загрозу та її наслідки.

Також слід зазначити, що інколи слідчі судді безпідставно відмовляють у задоволенні клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів із формальних підстав, у зв'язку з невідповідністю клопотання вимогам ст. 160 КПК України, оскільки в ньому відсутня гербова печатка на підписі детектива або прокурора. Проте така вимога відсутня в КПК України, а повноваження детектива та слідчого, які підписали клопотання, на здійснення досудового розслідування можна перевірити у витягу з Єдиного реєстру досудового розслідування, а також постановах про доручення проведення досудового розслідування слідчій групі та про визначення групи прокурорів у кримінальному провадженні. Також у судовому засіданні перевіряються повноваження детектива, що підтримує таке клопотання.

Крім того, інколи слідчі судді лише частково задовольняють клопотання детективів, із тих підстав, що в клопотанні не наведено точну назву всіх документів, до яких планується здійснити тимчасовий доступ. Проте, в таких клопотаннях наводяться відомості, що повинні містити документи, однак їх точні назви та реквізити можуть бути встановлені лише під час проведення саме вказаної процесуальної дії.

Також непоодинокі випадки, коли слідчими суддями надається тимчасовий доступ з можливістю вилучення копій документів, тоді як існує потреба в отриманні оригіналу документів, оскільки відповідно до ч. 3 ст. 99 КПК України сторона кримінального провадження зобов'язана надати суду саме оригінал документа. Крім того, оскільки ці документи мають значення для встановлення осіб, причетних до вчинення злочину, та розміру заподіяних збитків, існує необхідність у призначенні їх відповідних експертних досліджень (почеркознавчих, економічних тощо), для проведення яких відповідно до п. 3.5 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, п. 1.1 розділу І Методичних рекомендацій із питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затверджених наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (в редакції наказу Мінюсту від 26.12.2012 № 1950/5), надаються оригінали предмета дослідження [12].

У практичній діяльності виникають проблемні питання щодо визначення строків та порядку виконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів.

Так, строк дії ухвали слідчого судді про застосування вказаного заходу забезпечення кримінального провадження не може перевищувати одного місяця з дня постановлення ухвали (п. 7 ч. 1 ст. 164 КПК України). У зв'язку з відсутністю у КПК України чіткого поняття щодо строку виконання такої ухвали виникають певні питання. Зокрема, відбуваються випадки, коли службові особи підприємств, установ, організацій під час виконання такої ухвали вважають, що вона підлягає виконанню протягом одного місяця з дня її оголошення і фактично надають документи в порушення визначеного законодавством строку. Таким чином, доречним є внесення змін у КПК України з метою визначення чіткого строку виконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів.

Інколи службові особи, що виконують ухвалу слідчого судді, використовуючи увесь час передбачений ухвалою, після чого не надають визначених речей і документів, що призводить до загрози зміни або знищення речей чи документів особою, у володінні якої вони знаходяться та втрати процесуального часу на звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку.

Виходячи з наведеного, вважаємо за доцільне передбачення КПК України обставин, за яких особи, у володінні якої знаходяться речі і документи, повинні повідомити в триденний строк про відсутність можливості або небажання виконати ухвалу слідчого судді.

Також доречним є визначити в КПК України, що у випадку наявності реальної загрози зміни або знищення речей і документів ухвала слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів підлягає негайному виконанню особою, у володінні якої вони знаходяться.

Висновки

На наш погляд, із метою вдосконалення інституту тимчасового доступу до речей і документів та створення сприятливих умов його практичного застосування доцільним є його вдосконалення та визначення в КПК України:

1) строків розгляду клопотання слідчим суддею, не пізніше трьох днів із дня надходження клопотання до суду. У разі якщо особа, яка подала клопотання, обґрунтує в ньому наявність реальної загрози зміни або знищення речей і документів, слідчий суддя має невідкладно розглянути зазначене клопотання без виклику особи, у володінні якої вони знаходяться»;

2) у випадку наявності реальної загрози зміни або знищення речей і документів ухвала слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів підлягає негайному виконанню особою, у володінні якої вони знаходяться;

3) особа, у володінні якої знаходяться речі і документи, повинна повідомити в триденний строк про відсутність можливості або незгоду виконати ухвалу слідчого судді.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України № 4651-VI від 13.04. 2012 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.
2. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження [Електронний ресурс] : лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 5 квіт. 2013 р. № 223-558/0/4-13. – Режим доступу : http://www.rada.gov.ua.
3. Гловюк І.В. Тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження, спрямований на збирання та перевірку доказів / І.В. Гловюк, С.В. Андрусенко // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3-2. – С. 293–296.
4. Татаров О.Ю. Застосування деяких положень нового КПК України потребує унормування / О.Ю. Татаров // Митна справа. – 2013. – № 4(88). – Ч. 2. – Кн. 1. – С. 182–187.
5. Чернявський С.С. Проблеми тимчасового доступу до інформації, яка знаходиться в операторів та провайдерів комунікацій / С.С. Чернявський, В.О. Фінагеєв // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. – 2013. – № 1(5). – С. 179–185.
6. Руденко М.С. Тимчасовий доступ до речей та документів: правове регулювання провадження за новим КПК України / М.С. Руденко // Історико-правовий часопис. – 2013. – Розділ V. – С. 143–148.
7. Закон України «Про доступ до судових рішень»: Закон України «Про доступ до судових рішень» від 22.12.2005 № 3262-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3262-15.
8. Подковський О. Тимчасовий доступ до речей документів за новим КПК: проблеми і шляхи їх вирішення / О. Подковський // Слово національної школи суддів України. – 2013. – № 3(4). – С. 53–63.
9. Тагієв С. Тимчасовий доступ до інформації, яка знаходиться в операторів і провайдерів телекомунікацій, у кримінальному провадженні / С. Тагієв // Слово Національної школи суддів. – 2013. – № 2(3). – С. 13–24.
10. Хрущ О. Порядок доступу до інформації, яка знаходиться в операторів і провайдерів телекомунікаційних послуг, у кримінальному провадженні / О. Хрущ // Науковий часопис Національної академії прокуратури України. – 2017. – № 1. – С. 209–215.
11. Маланчук П.М. Практичні аспекти застосування тимчасового доступу до речей і документів як заходу забезпечення кримінального провадження / П.М. Маланчук // Правовий вісник Української академії банківської справи. – 2014. – № 2(11). – С. 65–68.
12. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затверджена наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5 (в редакції наказу Мінюсту від 26.12.2012 № 1950/5) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98.

Исследован вопрос проведения временного доступа к вещам и документам детективами Национального антикоррупционного бюро и нерешенные проблемные вопросы в уголовно-процессуальном законодательстве Украины, возникающие при практическом применении указанного института.

Ключевые слова: временный доступ к вещам и документам, следственный судья, решение, детектив, лицо, во владении которого находятся вещи и документы, Уголовный процессуальный кодекс Украины.

The question of access to temporary objects and documents detectives National Anti-Corruption Bureau and unresolved issues in the criminal procedural legislation of Ukraine, resulting in the practical application of these institutions.

Key words: temporary access to objects and documents, investigating judge ruling, detective, person in possession of items which are documents and Criminal Procedure Code of Ukraine.

УДК 343.13

Андрій Запотоцький,

канд. юрид. наук,
здобувач наукової лабораторії з проблем досудового розслідування
Національної академії внутрішніх справ

ПОЗАПЛАНОВА ВИЇЗНА РЕВІЗІЯ ЯК СПОСІБ ВИКОРИСТАННЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ЗНАНЬ ПІД ЧАС РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ БУДІВНИЦТВА

У статті висвітлено особливості проведення позапланових виїзних ревізій, що призначаються під час розслідування злочинів у сфері будівництва. Проведено аналіз проблемних аспектів, що виникають на практиці під час їх призначення та проведення.

Ключові слова: ревізія, позапланова виїзна ревізія, призначення позапланової виїзної ревізії, строки проведення позапланової виїзної ревізії, підстави призначення позапланової виїзної ревізії.

Постановка проблеми. Розвиток суспільства за роки незалежності України зумовив суттєві зміни в механізмі вчинення злочинів. Не становить винятку й така малодосліджена сфера господарської діяльності, як будівництво. Раніше, вчиняючи злочини у сфері будівництва, злочинці здебільшого не замислювались щодо маскування факту учинення злочину, користуючись легкодоступністю будівельних матеріалів, техніки тощо, залишаючи за собою значну кількість матеріальних слідів (наприклад відбитки пальців, взуття тощо). Однак нині в основі механізму багатьох злочинів, учинених у цій сфері, спостерігається використання різноманітних підроблених документів, печаток, штампів тощо [1]. Особливою складністю розслідування вирізняється встановлення доходів, одержаних злочинним шляхом; фальсифікацій у документах бухгалтерського обліку та звітності тощо [2, с. 9]. Отже, докази щодо злочинів у сфері будівництва часто містяться в документах компаній-управителів коштів та компаній-забудовників, банківських установах, міських державних адміністраціях, інспекціях державного архітектурно-будівельного контролю, страхових компаніях, нотаріальних конторах тощо. Для того, щоб їх виявити в цих документах, необхідно володіти ґрунтовними економічними знаннями. Як правило, співробітники органів досудового розслідування Національної поліції не мають необхідних навичок, що, відповідно, негативно впливає на правильну кваліфікацію діяння та процес доказування. Тому використання спеціальних знань, а саме економічних (бухгалтерських), під час розслідування злочинів у сфері будівництва є необхідним.

Одним із процесуальних шляхів використання спеціальних знань під час розслідування кримінальних правопорушень у сфері будівництва є здійснення позапланових ревізій. Так, відповідно до ч. 2 ст. 93 КПК України, сторона обвинувачення може здійснювати збирання доказів шляхом отримання висновків ревізій.

Тематику щодо призначення ревізій розроблювали такі вчені, як Г. Атанесян, К. Волкова, В. Глібко, М. Камлик, Ю. Манаєв, Л. Сергєєв, В. Журавель. Однак аспект призначення ревізій під час розслідування злочинів у сфері будівництва практично не досліджувався.

Метою статті є науковий аналіз Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) та інших нормативних актів і визначення проблемних питань та шляхів їх вирішення при призначенні позапланових виїзних ревізій під час розслідування злочинів у сфері будівництва.

Виклад основного матеріалу. Ревізія в перекладі з латини означає «перегляд» та є формою контролю за фінансово-господарською діяльністю підприємства, установи чи організації стосовно дотримання фінансового законодавства, достовірності обліку й звітності [3, с. 33].

Ревізія – це форма фінансового контролю у виді інспектування, що полягає в проведенні Державною фінансовою інспекцією, її територіальними органами документальної та фактичної перевірки певного комплексу або окремих питань фінансово-господарської діяльності підконтрольної установи, що має забезпечувати виявлення наявних фактів порушення законодавства, встановлення винних в їх допущенні посадових і матеріально відповідальних осіб [4].

Організація ревізії здійснюється відповідно до Порядку проведення інспектування Державною фінансовою інспекцією, її територіальними органами, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 20 квітня 2006 р. № 550 [5]. Відповідно до цього нормативного акту, ревізія може бути плановою та позаплановою. У процесі досудового розслідування злочинів у сфері будівництва проводиться позапланова ревізія.

У ст. 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» визначено, що позаплановою виїзною ревізією вважається ревізія, яка не пе-

© А. Запотоцький, 2017

редбачена в планах роботи органу державного фінансового контролю, й однією з обставин, за наявності якої вона може проводитись, є надходження доручення щодо проведення ревізій у підконтрольних установах від Кабінету Міністрів України, органів прокуратури, органів доходів і зборів, Національної поліції, Служби безпеки України, Національного антикорупційного бюро України, в якому містяться факти, що свідчать про порушення підконтрольними установами законів України, перевірку додержання яких віднесено законом до компетенції органів державного фінансового контролю [4].

Позапланова виїзна ревізія може здійснюватися лише за наявності підстав для її проведення за рішенням суду. Водночас обмеження у підставах проведення ревізій, визначені Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», не поширюються на ревізії, що проводяться після повідомлення посадовим особам підконтрольних установ, що ревізуються, ***про підозру*** у вчиненні ними кримінального правопорушення відповідно до Кримінального процесуального кодексу України [4]. *Тобто якщо посадовим особам установи, де необхідно провести ревізію, повідомлено про підозру, в клопотанні не обов'язково обґрунтовувати підстави для проведення ревізії та доводити її необхідність, достатньо надати дані та зазначити в клопотанні про оголошення підозри, це і передбачається як достатня підстава для ревізії.*

Позапланові виїзні ревізії суб'єктів господарської діяльності незалежно від форми власності, які не віднесені Законом України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» до підконтрольних установ, проводяться органами державного фінансового контролю за судовим рішенням, ухваленим у кримінальному провадженні.

Орган або особа, що ініціює проведення позапланової виїзної ревізії, подає до суду письмове обґрунтування підстав такої ревізії та дати її початку і закінчення, документи, які, відповідно до ч.ч. 5 і 7 ст. 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», свідчать про виникнення підстав для проведення такої ревізії, а також на вимогу суду – інші відомості.

Позапланову виїзну ревізію об'єкта контролю за зверненням правоохоронного органу проводять у разі надання ним: клопотання слідчого або прокурора про призначення позапланової виїзної ревізії та ухвали суду про дозвіл на її проведення, в якому має бути зазначено підстави проведення, дати її початку та закінчення, а також номер кримінального провадження, орган, що здійснює досудове розслідування, дату й підстави повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (для ревізії суб'єкта господарської діяльності, який, згідно із Законом, не належить до підконтрольних установ); постанови слідчого або прокурора про призначення позапланової виїзної ревізії, винесеної після повідомлення посадовій особі підконтрольної установи, що ревізується, про підозру в учиненні нею кримінального правопорушення [5].

Позапланові виїзні ревізії під час досудового розслідування злочинів у сфері будівництва покликані забезпечити виявлення фактів порушення законодавства, встановити винних в їх допущенні посадових і матеріально відповідальних осіб, що допустили або свідомо вчинили кримінальні правопорушення у сфері будівництва. Найчастіше злочини у сфері будівництва вчиняють службові особи, вдаючись водночас до розкрадання майна, коштів, ухилення від сплати податків, нецільового використання коштів, виділених на будівництво тощо [1, с. 43].

Проте нині існують проблемні питання стосовно призначення позапланової виїзної ревізії. Розглянемо найбільш поширені.

1. Термін призначення ревізії

Згідно з п. 4 ч. 2 ст. 40 КПК України, у кримінальному провадженні призначення позапланової виїзної ревізії належить до повноважень слідчого, який, відповідно, звертається до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на проведення такої ревізії.

Згідно з ч. 11, 12 ст. 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», тривалість позапланової виїзної ревізії не має перевищувати 15робочих днів .Подовження термінів проведення позапланової виїзної ревізії можливе лише за рішенням суду на термін, що не перевищує 5 робочих днів.

Водночас слідчі, звертаючись до слідчого судді з клопотанням про призначення позапланової виїзної ревізії, не можуть об'єктивно врахувати можливості працівників органів державного фінансового контролю розпочати проведення ревізії саме в день, зазначений в ухвалі слідчого судді, що призводить до втрати часу та скорочення терміну її проведення [6, с. 38–42].

У різних регіонах або навіть у різних судах одного регіону фактично сформувалися різні підходи щодо встановлення строків проведення такої позапланової ревізії. Нормою закону визначено, що саме слідчий суддя своєю ухвалою встановлює дату початку та закінчення позапланової ревізії в кримінальному провадженні [7, с. 71–74].

На практиці окремі слідчі судді разом із поданням відповідного клопотання вимагають від слідчого письмового погодження із Держфінінспекцією щодо дати початку ревізії. Інші слідчі судді не вважають обов'язковим надання слідчим такого погодження та розглядають такі клопотання відповідно до положень ст. 132 КПК України, які не вимагають погодження дати початку заходу забезпечення кримінального провадження з органом державного фінансового нагляду [7, с. 71–74].

Тому пропонуємо зобов'язати Держфінінспекцію розпочинати позапланову виїзну ревізію у строк, зазначений в ухвалі слідчого судді. Якщо в працівників Держфінінспекції є об'єктивні обставини, через які вони не роз-

почали ревізію вчасно, строк її проведення має продовжитись на термін, рівний часу затримки з повідомленням слідчого судді, який постановив ухвалу.

2. Не визначено підстави проведення позапланових ревізій в КПК України

Погоджуємося з В. Рожновою, яка зазначає: на відміну від інших способів збирання доказів, підстави звернення органів досудового розслідування, суду й порядок проведення ревізій та фінансових перевірок у межах кримінального провадження не знайшли свого нормативного врегулювання в нормах КПК України. На відсутності у чинному КПК України підстав для звернення до слідчого судді з клопотанням про призначення ревізії наголошували й інші науковці [6, с. 38–42].

3. Неможливість призначення повторної ревізії

Призначення ревізій регулюється нормами Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» (у редакції від 28 грудня 2015 р.) [4] та спільного наказу Головного контрольно-ревізійного управління України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України та Генеральної прокуратури України «Про затвердження Порядку взаємодії органів державної контрольно-ревізійної служби, органів прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки України» від 19 жовтня 2006 р. № 346/1025/685/53 [9]. У п. 2.12 цього наказу зазначається, що в разі звернення правоохоронного органу до державної контрольно-ревізійної служби з приводу призначення повторної ревізії з інших питань за аналогічний період, ініціаторові звернення, як правило, повідомляють про неможливість її проведення та рекомендують звернутися до органу, який призначив ревізію вперше, надаючи, за його згодою, копію акта раніше проведеної ревізії [6, с. 40].

Орган досудового розслідування позбавлений можливості перевірити шляхом ініціювання повторної позапланової ревізії ті відомості, які не були досліджені в межах раніше проведеної ревізії [6, с. 41].

Також, відповідно до ст. 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», позапланова ревізія підконтрольної установи не може проводитися частіше одного разу на квартал.

Отже, законодавець не дає можливості уточнити або перевірити відомості шляхом проведення повторної ревізій або іншої позапланової ревізії (якщо необхідність у період до 3 місяців від часу проведення першої ревізії). Єдиний шлях, який надано законодавцем, – це призначення бухгалтерської експертизи.

4. Недоліки під час складання клопотання

Звернення правоохоронних органів регіонального рівня зазвичай підготовлені без належного обґрунтування необхідності проведення ревізійних дій, що більше стосується збору оперативних даних. Так, непоодинокими є доручення правоохоронних органів, в яких ставляться питання статистичного й описового характеру, відсутнє належне обґрунтування необхідності проведення ревізійних дій, не вказується конкретна суть фінансових порушень на об'єкті, який підлягає ревізії (перевірці), наприклад: «перевірити цільове використання бюджетних коштів, оскільки, можливо, під час їх використання були наявні порушення» [10, с. 47–56].

5. Неякісна підготовка запитань (завдань) ревізору

Завдання (мета) ревізії чи перевірки визначається органом, який доручив її проведення. Таку ревізію (перевірку) зазвичай проводять за переліком питань (програмою), які забезпечать вирішення головного завдання ревізії (перевірки) [11, с. 61].

В окремих зверненнях поставлені правоохоронними органами питання не прив'язані до викладених фінансових порушень: викладена суть одних фінансових порушень, а фактично, зі змісту питань, належить провести ревізії зовсім за іншими питаннями [10]. Або ставиться занадто багато питань, на які ревізор просто не встигає якісно відповісти за відведений для ревізії час.

Тому вважаємо важливим під час підготовки клопотань при визначенні завдань ревізії та запитань до ревізора залучати для консультації як спеціаліста фахівця з економіки.

Відповідно, зміст акта документальної ревізії здебільшого залежить від завдання, поставленого перед ревізором. До акта додають необхідні довідки, розрахунки, відомості, пояснення тощо. Отримавши акт документальної ревізії, слідчий оцінює, а потім визначає процесуальні заходи щодо перевірки виявлених ревізором порушень слідчим шляхом. Зазвичай слідчий вирішує два питання: наскільки доброякісно проведена ревізія та яке значення для кримінального провадження мають її матеріали [12, с. 121].

6. Відсутність положень щодо можливості та порядку призначення ревізій стороною захисту

Також аналіз літературних джерел та опитування практичних працівників дає змогу стверджувати, що на досудове розслідування негативно впливає вилучення п. 4 ч. 2 ст. 40 КПК України, де йшлося про право слідчого самостійно призначати ревізії та перевірки [13; 6; 8]. Науковці пропонують повернути до Кримінального процесуального кодексу України положення щодо можливості призначення перевірок та ревізій прокурором і слідчим. Підтримуємо та погоджуємося з тим, що наявний порядок призначення ревізій і перевірок перешкоджає швидкому й повному розслідуванню та може спричинити втрату інформації, яка в подальшому може слугувати доказом у конкретному кримінальному провадженні.

Висновок

Отже, у процесі виявлення злочинів у сфері будівництва важливе місце належить

ревізіям. Їх проведення дає змогу «відтворити» окремі обставини вчинення злочину, визначити винних осіб, встановити розмір завданих збитків. Результати ревізій дають змогу сформулювати рекомендації щодо підготовки й проведення слідчих (розшукових) дій, спрямованих на виявлення, вилучення та дослідження документів, визначити основні напрями й можливості сучасних експертних досліджень документів і використання їх результатів під час розслідування злочинів у сфері будівництва. Однак очевидною є необхідність внесення до КПК України доповнень стосовно встановлення підстав, суб'єктів і порядку вирішення питання щодо їх проведення.

Список використаних джерел:

1. Запотоцький А.П. Документальна ревізія як засіб збирання доказів злочинної діяльності у сфері будівництва / А. П. Запотоцький // Матер. між від. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 42.

2. Вакуленко О.Ф. Використання спеціальних економічних знань під час досудового розслідування кримінальних правопорушень / О.Ф. Вакуленко // Матер. між від. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 9.

3. Базась М.Ф. Методика та організація фінансового контролю : підручник / М.Ф. Базась. – Київ : МАУП, 2004. – 440 с.

4. Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні : Закон України від 26 січ. 1993 р. № 2939-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2939-12.

5. Про затвердження Порядку проведення інспектування Державною фінансовою інспекцією, її територіальними органами : Постанова Кабінету Міністрів України від 20 квіт. 2006 р. № 550 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/550-2006-%D0%BF.

6. Дударець Р.М. Актуальні питання призначення та проведення ревізій і перевірок за чинним законодавством України / Р.М. Дударець // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 38–42.

7. Неганов В.В. Актуальна проблематика міжвідомчої взаємодії слідчих органів Національної поліції України та Держфінінспекції під час здійснення позапланових ревізій у кримінальному процесі / В. В. Неганов // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 71–74.

8. Рожнова В.В.Забезпечення права сторін кримінального провадження на збирання доказів / В.В. Рожнова // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 101–105.

9. Про затвердження Порядку взаємодії органів державної контрольно-ревізійної служби, органів прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки України : наказ Головного контрольно-ревізійного управління України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України та Генеральної прокуратури України від 19.10.2006 р. № 346/1025/685/53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1166-06.

10. Кикоть О.Г. Проблемні питання взаємодії підрозділів державної аудиторської служби україни з правоохоронними органами та шляхи їх вирішення / О.Г. Кикоть // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 47–56.

11. Копилов А.М. Проведення ревізії (перевірки) органами дфсу як форма взаємодії зі слідчими підрозділами Національної поліції України під час протидії злочинам у сфері економіки / А.М. Копилов // Матер. між від. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 60–64.

12. Фещук В.В. Акт ревізії як джерело доказів у кримінальному провадженні / Фещук В.В., Буличева Н.А. // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 119–123.

13. Топчій В.В. Процесуальні проблеми взаємодії слідчих підрозділів Національної поліції та органів фінансового контролю під час проведення ревізій у кримінальному судочинстві / В.В. Топчій // Матер. міжвід. наук.-практ. семінару «Актуальні питання використання можливостей позапланових документальних ревізій та інших перевірок у кримінальному судочинстві» [(Київ, 30 черв. 2016 р.) : [ред. кол. : В.В. Чернєй, С.С. Чернявський, А.П. Запотоцький та ін.]. – Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2016. – С. 116–119.

В статье освещены особенности проведения внеплановых выездных ревизий, назначаемых при расследовании преступлений в сфере строительства. Проведен анализ проблемных аспектов, возникающих на практике при их назначении и проведении.

Ключевые слова: ревизия, внеплановая выездная ревизия, назначение внеплановой выездной ревизии, сроки проведения внеплановой выездной ревизии, основания назначения внеплановой выездной ревизии.

In the article the features of unscheduled tax audits, appointed in the investigation of crimes in the sphere of construction. Analysis problem aspects that arise in practice in their appointment and conduct.

Key words: audit, unscheduled tax audit, appointment of unscheduled tax audit, timing of unscheduled tax audit, reasons purpose unscheduled audit.

УДК 343.13

Віталій Максименко,

здобувач кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
прокурор
Відділу нагляду за додержанням законів територіальними органами поліції
при провадженні досудового розслідування
та підтриманням державного обвинувачення прокуратури Запорізької області,
молодший радник юстиції

ПОЧАТОК ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

У статті аналізується закордонний досвід початку досудового розслідування. Досліджуються процесуальні особливості початку досудового розслідування в різних країнах світу, підстави для його початку, оформлення рішень про початок досудового розслідування.

Ключові слова: *початок досудового розслідування, підстава для початку досудового розслідування, рішення про початок досудового розслідування, рішення про відмову в початку досудового розслідування.*

Встановлений у ст. 214 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) порядок початку досудового розслідування докорінним чином відрізняється від процедури порушення кримінальної справи, що була передбачена у ст. 94-100 КПК 1960 року. Можна навіть із впевненістю сказати, що початок кримінального провадження – це те питання, яке викликало найбільшу кількість спорів як під час обговорення проекту КПК України, так і після набуття ним чинності. Воно є тим складним питанням, щодо якого й досі немає єдності серед правозастосовників та науковців. П'ятирічна апробація нової форми початку досудового розслідування була достатньо складною для правозастосовників. Але позитивним є те, що правозастосовна практика дала змогу виявити низку проблемних моментів. Зокрема, виникають труднощі з визначенням попередньої правової кваліфікації діяння; збільшення навантаження на слідчі підрозділи у зв'язку із внесенням до Єдиного реєстру досудових розслідувань усіх заяв та повідомлень про кримінальні правопорушення сприяє зниженню якості проведеного досудового розслідування. Зазначені та багато інших проблем, що виникають перед слідчими та прокурорами, зумовлюють необхідність їх дослідження та обґрунтування пропозицій щодо їх вирішення. Звідси виникає потреба звернення до закордонного досвіду початку досудового розслідування з метою запозичення позитивного досвіду та запровадження його у вітчизняну правозастосовну практику.

Питання початку досудового розслідування не залишалися поза увагою науковців, проте варто зазначити, що є дуже мало порівняльних досліджень із цього приводу. Насамперед, на наш погляд, слід звернутися до праць К. Ф. Гуценка, Л. В. Головка, Б. А. Філімонова [1], які дали досить вичерпну загальну характеристику кримінального процесу західних держав. Серед вітчизняних авторів слід відзначити праці В. В. Молдована [2] та А. В. Молдована [3]. Однак зазначені праці є загальними, автори не зупинялися детально на проблемах початку досудового розслідування.

Метою статті є дослідження процедури початку досудового розслідування як в окремих пострадянських державах, так і в деяких західних державах. Враховуючи, що в результаті реформи 2012 року з кримінального процесу України була усунута так звана «дослідча перевірка», в даній публікації ми будемо аналізувати законодавство тих держав, у яких не передбачено проведення зазначеної перевірки[1].

Однак порівняльний аналіз ми почнемо зі з'ясування того, яке місце в структурі кримінального провадження займає етап кримінальної процесуальної діяльності, в ході якого вирішується питання про початок досудового розслідування. Необхідність розгляду цього питання зумовлена тим, що в Україні початок досудового розслідування одні науковці (в тому числі й автор цієї статті) розглядають як окрему стадію кримінального провадження, а інші – як складову частину стадії досудового розслідування[2]. В цьому плані доречно зауважити, що болгарські науковці В. Вучков та Г. Марінова, незважаючи на відсутність у законодавстві їхньої держави аналогу так званої «дослідчої перевірки», початок досудового провадження виділяють в окрему стадію досудового провадження (поряд зі стадією «розслідування» та стадією «дії прокурора після закінчення розслідування») [8, с. 69].

Щодо держав англосаксонської правової системи, то в них початок досудового розслі-

[1] До держав, в яких відсутні інститути, що аналогічні так званій «дослідчій перевірці», можна віднести, зокрема, держави західної Європи, Сполучені Штати Америки. Крім того, інститут «дослідчої перевірки» був усунутий із законодавства окремих держав колишнього соціалістичного простору (Грузія, Естонська Республіка, Республіка Болгарія, а з листопада 2014 року також і Республіка Казахстан). Детальніше про це зазначено в працях В.Т. Маляренка [4, с. 4], Ю.В. Деришева [5] та І.І. Статіви [6, с. 55-56].

© В. Максименко, 2017

дування взагалі не формалізований (так само, як і не формалізоване досудове розслідування. Приміром, в Об'єднаному Королівстві Великобританії та Північної Ірландії (далі – Великобританія) «діяльність поліції... вважається позапроцесуальною, і всі факти, здобуті нею, формально не визнаються доказами до тих пір, доки не будуть пред'явлені мировому судді (магістрату) й там закріплені. Це так звана процедура перед суддями, що допитують, яка замінює собою процесуальну стадію попереднього розслідування й одночасно є стадією віддання обвинуваченого до суду» [1, с. 165]. Аналогічним чином урегульований порядок початку та проведення досудового розслідування в Сполучених Штатах Америки.

Стисло розглянувши загальнотеоретичне бачення місця початку досудового розслідування в структурі кримінальної процесуальної діяльності, перейдемо безпосередньо до розгляду окремих аспектів початку досудового розслідування в закордонних державах. Перший аспект діяльності щодо початку досудового розслідування, який ми розглянемо, – це регламентація джерел та змісту первинної інформації, яку в Україні традиційно іменували, а в окремих державах і досі іменують, «приводами до порушення кримінальної справи».

Характерною особливістю є те, що законодавство різних держав містить різні за обсягом та ступенем конкретизації переліки джерел зазначеної інформації. Приміром, для західноєвропейських держав романо-германської правової системи характерний доволі стислий їх опис. Так, у § 160 КПК Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН) вживається узагальнене формулювання «отримання відомостей про підозру у скоєнні злочину» [9], а у Французькій Республіці – «інформація про злочин» [3, с. 156, 157, 160, 161].

Дещо конкретніше підходить до цього законодавець Естонської Республіки, розділяючи первинну інформацію на: 1) повідомлення про злочин 2) іншу інформацію, яка вказує на злочин (ст. 194 КПК Естонської Республіки [10]). Ще конкретніше підходить законодавець Грузії, відносячи до неї інформацію про злочин, яка отримана слідчим, прокурором, або виявлена під час кримінального процесу, або опублікована в масмедіа (ст. 100 КПК Грузії [11]).

Однак найбільший ступень конкретизації характерний для Республіки Болгарія та Республіки Казахстан. Так, згідно зі ст. 208 КПК Республіки Болгарія до джерел віднесені: повідомлення органам досудового провадження про скоєння злочину; відомості про скоєння злочину, що поширені через засоби масової інформації; особиста з'ява особи до органів досудового провадження з каяттям про скоєння злочину; безпосереднє виявлення органом досудового провадження ознак скоєння злочину [12]. Відповідно до ч. 1 ст. 180 КПК Республіки Казахстан до приводів до початку досудового розслідування належать: заява фізичної особи або повідомлення посадової особи державного органу або особи, яка виконує управлінські функції в організації, про кримінальне правопорушення або безвісне зникнення особи; явка з повинною; повідомлення в засобах масової інформації; рапорт посадової особи про підготовлюване, вчинюване або вчинене кримінальне правопорушення [13].

Стосовно змісту первинної інформації, то в багатьох державах (Французька Республіка, Естонська Республіка, Грузія, Республіка Болгарія) застосовується доволі спрощений підхід, коли використовується формулювання «заява про злочин», «заява про кримінальне правопорушення» без уточнення, наскільки ймовірним має бути висновок про те, чи дійсно злочин (кримінальне правопорушення) міг мати місце в дійсності [3, с. 156, 157, 160, 161; 10; 11; 12].

Проте в окремих державах це питання відрегульовано на рівні підстави до початку досудового розслідування. Так, відповідно до ст. 211 КПК Республіки Болгарія «достатні дані для початку досудового провадження наявні у тому разі, коли можна обгрунтовано припустити, що скоєний злочин» (мовою оригіналу – «основателно предположение, че е извършено престъпление») [12]. Зазначене формулювання, на наш погляд, є вдалим із таких причин. З одного боку, для початку досудового розслідування достатньо мінімального припущення про скоєння злочину. З іншого боку, закон не зобов'язує розпочинати розслідування тоді, коли відсутні жодні підстави припускати, що діяння є (може бути) злочином. Водночас законодавство Республіки Болгарія прямо не встановлює порядок прийняття рішення про відмову в початку досудового провадження.

Термін «підозра» як базовий для підстави до початку досудового розслідування використовується і в § 160 КПК ФРН [9]. Проте німецьке законодавство не містить роз'яснення, що саме слід розуміти під терміном «підозра». У зв'язку із цим слід звернути увагу на розуміння терміна «підозра» в теорії німецької процесуалістики, котра має власну концепцію розуміння терміну «підозра». Остання включає в себе просту підозру, достатню підозру та серйозну підозру. З методологічної точки зору підозра в кримінальному процесі ФРН відповідає філософській категорії ймовірності. Для початку розслідування необхідною є проста підозра, тобто мінімальна ймовірність здійснення кримінально-караного діяння. На даному етапі розслідування сумніви у тому, що злочин мав місце, можуть бути [1, с. 419-420]. Таким чином, наявність простої підозри в німецькому кримінальному процесі є аналогічною підставі початку досудового розслідування в українському кримінальному процесі. Жодних перевірних дій, які б проводилися до початку дізнання, КПК ФРН не передбачає.

Далі дослідимо порядок початку досудового розслідування. У німецькому законодавстві зазначений порядок урегульований досить стисло. Так, згідно з § 160 КПК ФРН «як тіль-

[2] Цьому питанню присвячена наша окрема публікація [7].

ки прокуратура на основі донесення або іншим шляхом отримує відомості про підозру у скоєнні злочину, вона повинна для прийняття рішення про те, чи необхідно висувати публічне обвинувачення, розслідувати обставини справи» [9].

Так само стисло цей порядок урегульований і в законодавстві Французької Республіки, в якій досудове розслідування (у формі дізнання) починається з моменту отримання або виявлення поліцією відомостей про злочин. При цьому судова поліція не є єдиною установою, а являє собою сукупність посадових осіб різних відомств, розділених на такі три категорії: офіцери судової поліції; агенти судового поліції; чиновники, прирівняні до судової поліції [14, с. 13].

Так само стисло врегульований порядок початку досудового розслідування у Франції. Так, прокурор у разі отримання інформації про злочин у тому числі й від поліції чи слідчих суддів вирішує питання про необхідність початку попереднього розслідування. У разі прийняття рішення про його початок прокурор визначає, в якій саме формі розслідування повинно бути проведене. Такими формами є: попереднє слідство, яке здійснюється слідчим суддею, та дізнання, яке здійснюється органами поліції та низкою інших адміністративних органів. Критеріями визначення початкової форми розслідування є: вид та тяжкість злочину, його очевидність та потреба у проведенні невідкладних слідчих дій [3, с. 156, 157, 160, 161]. Складання процесуального акта, який означав би початок поліцейського розслідування (дізнання), законом не передбачено [14, с. 11].

У державах пострадянського простору порядок початку досудового розслідування регламентований докладніше, ніж у ФРН та Франції. Так, у Грузії (так само, як і в Україні) найвагоміші повноваження щодо реагування на інформацію про злочини мають лише слідчий та прокурор, які у разі отримання інформації про злочин зобов'язані розпочати слідство [11]. При цьому в КПК Грузії не вказаний строк, протягом якого потрібно почати слідство. Зазначено лише те, що про початок слідства слідчий має негайно повідомити прокурору, а в триденний строк повідомити заявника [11].

При цьому в КПК Грузії не врегульовано питання відмови в початку досудового розслідування, хоча в ст. 105 КПК Грузії дається перелік підстав «не починання кримінального переслідування», які аналогічні підставам «закриття слідства» [11]. Ці підстави за своєю сутністю є аналогічними підставам закриття кримінального провадження, що передбачені ст. 284 КПК України.

У ст. 193 КПК Естонської республіки вказано, що слідчий орган або прокуратура починає розслідування шляхом проведення першої слідчої або іншої процесуальної дії, якщо для цього наявний привід та підстава, а також відсутні підстави, що виключають можливість провадження у справі [10]. Таким чином, в Естонській республіці, так само як і в Україні, повноваженнями починати досудове розслідування наділені виключно слідчий та прокурор, однак досудове розслідування починається з моменту проведення першої слідчої дії.

Стосовно обставин, котрі виключають можливість провадження у справі, то до них відповідно до ст. 199 КПК Естонської республіки належать: відсутність підстав для провадження у справі; сплив строків давності; наявність акту амністії; смерть підозрюваного або обвинуваченого, а також ліквідація юридичної особи, яка є підозрюваною або обвинуваченою; наявність судового рішення, яке набуло чинності або постанови про припинення провадження у справі [10]. Наявність цих обставин є підставою відмови в порушенні провадження у кримінальній справі.

З точки зору запозичення закордонного досвіду корисним також буде навести ст. 212 КПК Республіки Болгарія, в якій встановлено, що досудове провадження починається за постановою прокурора, але досудове провадження також вважається початим з моменту складання протоколу першої дії з розслідування, коли проведено огляд, освідування, обшук, виїмку, допит свідка, якщо негайне їх проведення є єдиною можливістю збору та збереження доказів [12].

Важливо відзначити й те, що в ст. 211 КПК Республіки Болгарія вказано, що для початку досудового провадження не потрібні відомості, на підставі яких можна дійти висновку щодо скоєння злочину певною особою *або щодо юридичної кваліфікації діяння* [12] *(курсив наш – В. М.)*.

Порядок початку досудового розслідування в законодавстві Республіки Казахстан урегульований аналогічно українському, однак в окремих аспектах є досконалішим. Так, відповідно до ст. 179 КПК Республіки Казахстан початком досудового розслідування є не тільки реєстрація заяви, повідомлення про кримінальне правопорушення в Єдиному реєстрі досудових розслідувань (далі – ЄРДР), але й перша невідкладна слідча дія [13]. На нашу думку, можливість почати досудове розслідування у формі проведення першої слідчої дії усуває проблему неможливості почати досудове розслідування через технічні неполадки у мережі Інтернет або збої у системі ЄРДР.

Однак законодавство Республіки Казахстан також прямо не передбачає можливості прийняття рішення про відмову в початку досудового розслідування.

Стосовно невідкладних слідчих дій у ч. 2 ст. 179 КПК Республіки Казахстан регламентується, що прокурор, слідчий, дізнавач, орган дізнання здійснює невідкладні слідчі дії із встановлення і фіксації слідів кримінального правопорушення [13]. При цьому перелік дозволених слідчих дій не обмежується оглядом місця події, як у ст. 214 КПК України.

Слід відзначити, що повноваженнями з розгляду відомостей про кримінальне правопорушення у Республіці Казахстан наділені не тільки слідчий та прокурор, але й органи дізнання.

Висновки

У законодавстві вищезазначених держав «приводом до початку досудового розслідування» виступає заява саме про злочин (в Республіці Казахстан – кримінальне правопорушення). Жодних роз'яснень із приводу відмежування заяв про злочини від інших заяв не дається. З приводу останнього зауваження вважаємо за потрібне дати такі пояснення. Посадові особи, які приймають заяви про злочини, є юридично обізнаними і мають навички відмежування злочинів від інших діянь. Однак на етапі прийняття заяв про певне діяння чітке їх відмежування подеколи неможливе через неповноту та неперевіреність інформації. Тому у формулюванні «заява про злочин» термін «злочин» не слід розуміти буквально (як діяння, яке містить усі елементи складу злочину). Оскільки у разі буквального розуміння всі подальші рішення про відмову в початку досудового розслідування або ж про його закриття з підстав відсутності події чи складу злочину будуть свідчити про помилковість висновку щодо віднесення повідомлення до категорії «заява про злочин».

Водночас відсутність вказівки про спосіб обмежувального тлумачення терміна «злочин» у контексті формулювання «заява про злочин» компенсується концепцією підозри. Тобто кваліфікація злочину згодом конкретизується під час висунення підозри. При цьому зазначена концепція в одних випадках встановлена в законі (Республіка Болгарія), а в інших – є загальновизнаною на практиці навіть за відсутності законодавчого визначення (ФРН).

Стосовно рішення про початок досудового розслідування, то в законодавстві деяких держав (зокрема, Естонської республіки, Республіки Болгарія та Республіки Казахстан) розслідування вважається початим з моменту проведення першої невідкладної процесуальної дії. З урахуванням можливих складнощів (зокрема, технічних) доступу до ЄРДР зазначену форму початку досудового розслідування доцільно було б запровадити в кримінальний процес України.

Можливість прийняття рішення про відмову в початку досудового розслідування передбачена лише в законодавстві Естонської республіки (через встановлення підстав, що виключають можливість провадження).

Щодо держав Західної Європи, то момент початку досудового розслідування в цих державах не формалізований. У проаналізованій літературі не згадується про перелік процесуальних дій, які можна було б проводити до моменту офіційного початку досудового розслідування.

Таким чином, ознайомлення із закордонним досвідом свідчить, що діяльність щодо початку досудового розслідування може здійснюватися не тільки слідчим та прокурором, але й ширшим колом осіб. Рішення про початок досудового розслідування може прийматися не тільки у формі внесення відомостей до ЄРДР, але й шляхом вчинення першої процесуальної дії. Так само не обов'язковою може бути попередня кримінально-правова кваліфікація діяння. Однак ці аспекти закордонного досвіду якщо і можуть запроваджуватися до кримінального процесу України, то тільки після їх належного аналізу, який може бути одним із напрямів подальших наукових досліджень із цієї тематики.

Список використаних джерел:

1. Гуценко К. Ф. Уголовный процесс западных государств / К. Ф. Гуценко, Л. В. Головко, Б. А. Филимонов. – М. : ИКД «Зерцало-М», 2001. – 480 с.

2. Молдован В. Порівняльний кримінальний процес / В. Молдован // К. : «Либідь», 1996. – 256 с.

3. Молдован А. В. Кримінальний процес : Україна, ФРН, Франція, Англія, США : навч. посібник / А. В. Молдован. – К. : Центр навч. літ., 2005. – 352 с.

4. Маляренко В. Щодо постанови про порушення кримінальної справи / В.Т. Маляренко // Голос України. – 2008. – № 169 (4419). – С. 4–5.

5. Деришев Ю.В. Уголовное досудебное производство : концепция процедурного и функционально-правового построения : автореф. дисс. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук. [Электронный ресурс]. / Ю.В. Деришев. – Омск, 2005. – Режим доступа : http://kalinovsky-k.narod.ru/b/avtoref/derishev.htm

6. Статіва І.І. Початковий етап досудового провадження в сучасному кримінальному процесі: український і західний контексти : монографія / І.І. Статіва ; за наук. ред. канд. юрид. наук, доц. В.П. Гмирка. – Дніпропетровськ : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; «Ліра ЛТД», 2012. – 248 с.

7. Максименко В.В. Сутність початку досудового розслідування / В.В. Максименко // Підприємництво, господарство і право. – 2014. – № 6(222). – С. 89–92.

8. Вучков В. Наказателен процесс. Схеми и таблици. Второ преработено и допълнено издание / В. Вучков, Г. Маринова. – София: СИБИ, 2011. – 114 с.

9. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной республики Германия [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://www.pravo.org.ua/files/_(1).pdf

10. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской республики (неофициальный перевод) от 12 февраля 2003 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа –http://zakon24.ee/ugolovno-processualnyj-kodeks/

11. Закон Грузии. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии от 9 октября 2009 года [Электронный ресурс] – Режим доступа –http://www.pravo.org.ua/files/Criminal%20justice/_-09_10_2009.pdf

12. Наказателно-процесуален кодекс на Република България от 29.04.2006. [Електронний ресурс]. – http://www.vks.bg/vks_p04_03.htm Раздел I

13. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 07 ноября 2014 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа : ttp://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#sub_id=1790000

14. Головко Л. В. Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции / Л. В. Головко. – М. : Фирма «СПАРК», 1995. – 130 с.

В статье анализируется зарубежный опыт начала досудебного расследования. Исследуются процессуальные особенности начала досудебного расследования в разных странах мира, основания для его начала, оформление решений о начале досудебного расследования.

Ключевые слова: начало досудебного расследования, основания начала досудебного расследования, решение о начале досудебного расследования, решение об отказе в проведении досудебного расследования.

The article analyzes foreign experience of starting a pre-trial investigation. The procedural features of the beginning of pre-trial investigation in different countries of the world, the reasons for its beginning, the formulation of decisions on the initiation of pre-trial investigation are investigated.

Key words: beginning of the pre-trial investigation, grounds for the beginning of pre-trial investigation, decision to beginning of the pre-trial investigation, decision to reject of beginning of the pre-trial investigation.

УДК 343.15

Володимир Маринів,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМИ ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ ВИЩИХ СПЕЦІАЛІЗОВАНИХ СУДІВ, СТВОРЕНИХ У РЕЗУЛЬТАТІ СУДОВО-ПРАВОВОЇ РЕФОРМИ 2016 РОКУ

Стаття присвячена дослідженню проблем оскарження рішень вищих спеціалізованих судів, створених у результаті реформи судової системи у 2016 р. Розглядаються різні варіанти апеляційного та касаційного оскарження їхніх рішень. Аналізуються законопроекти та наукові розробки із цих питань.

Ключові слова: оскарження судових рішень, апеляційне оскарження, касаційне оскарження, вищі спеціалізовані суди, судові інстанції.

Постановка проблеми. 2016 рік ознаменувався черговим етапом судово-правової реформи в Україні, що був пов'язаний із внесенням змін до Конституції України в частині правосуддя, а також прийняттям нових Законів України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. та «Про Вищу раду правосуддя» від 21 грудня 2016 р. Ці зміни, серед іншого, передбачали суттєву перебудову судової системи України, зокрема реформування Верховного Суду і створення нових вищих спеціалізованих судів – Вищого антикорупційного суду та Вищого суду з питань інтелектуальної власності. Одночасно ці новації призвели до змін у системі судових інстанцій, що позначилось на процедурі оскарження судових рішень. Вищезазначене зумовлює необхідність наукового аналізу проблем оскарження рішень вищих спеціалізованих судів у світлі судово-правової реформи 2016 р.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблеми оскарження судових рішень досліджувалися такими ученими, як Д. О. Захаров, О. В. Капліна, Н. В. Кіцен, О. Ю. Костюченко, А. Н. Разінкіна, О. Г. Шило та ін. Разом із тим вплив на процесуальні аспекти оскарження судових рішень змін у судовій системі зумовлює необхідність звернення до робіт дослідників у сфері судоустрою, зокрема В. В. Городовенка, Л. М. Москвич, І. В. Назарова та ін. Попри ту увагу, яку у середовищі науковців і практиків привертають проблеми забезпечення оскарження рішень вищих спеціалізованих судів за новим Законом України «Про судоустрій і статус суддів», ці питання, за винятком тез доповідей, досі не отримали належного наукового висвітлення.

Метою наукової статті є заповнення цієї теоретичної прогалини й розроблення концептуальних положень щодо процесуальних й організаційних аспектів оскарження рішень вищих спеціалізованих судів.

Виклад основного матеріалу дослідження. Систему судоустрою відповідно до ч. 3 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» становлять: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд. Така триланкова модель судоустрою України загалом відповідає сформульованому у науковій юридичній літературі «золотому правилу» побудови судової системи, яке передбачає, що одна ланка має відповідати одній інстанції [1, с. 296]. Таким чином, місцеві суди діють як суди першої інстанції, які розглядають і вирішують справу по суті, апеляційні суди – як суди апеляційної інстанції, а Верховний Суд – як суд касаційної інстанції.

Вказане правило має низку винятків, пов'язаних із тим, що суди вищих інстанцій можуть перебирати на себе повноваження судів нижчих інстанцій. Так, згідно з ч. 1 ст. 26 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», апеляційні суди діють як суди апеляційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суди першої інстанції з розгляду цивільних, кримінальних, господарських, адміністративних справ, а також справ про адміністративні правопорушення. Верховний Суд відповідно до п. 1 ч. 2 ст. 36 цього Закону здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції в порядку, встановленому процесуальним законом. Однак відповідні положення не є новими, адже можливість розгляду цими судами справ в якості нижчої інстанції, ніж та, якою вони є «за загальним правилом», допускалася й у попередній період.

Разом із тим основну проблему у визначенні системи інстанцій на сучасному етапі зумовлює статус вищих спеціалізованих судів – Вищого суду з питань інтелектуальної власності та Вищого антикорупційного суду. Ці суди згідно з ч. 1 ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» діють у системі судоустрою як суди першої інстанції з розгляду окремих кате-

© В. Маринів, 2017

горій справ. Розглядаючи майбутнє цих судів, дослідники слушно звертають увагу на те, що змістове наповнення правового статусу вищих спеціалізованих судів, обсяг їхньої компетенції, функцій і повноважень потребує подальших регламентації та розвитку на рівні окремих законів [2, с. 46]. Таким чином, їхня організація і діяльність характеризується низкою проблем теоретичного та прикладного характеру.

У цьому контексті необхідно звернути увагу на той аспект, що визначення таких судів як «вищих спеціалізованих» і одночасно як «судів першої інстанції» є певною мірою суперечливим, адже статус «вищого» суду передбачає існування «нижчих» стосовно нього судів, яких щодо вищих спеціалізованих судів Закон України «Про судоустрій і статус суддів» не передбачає. Разом із тим використання терміна «вищий» у назві цих судів дослідники намагаються пояснити його значенням як «якості певного предмета, яка властива йому більшою мірою, ніж іншому» [3, с. 85]. Проте наведене обґрунтування видається невиправданим, оскільки у такому значенні про «вищий» характер таких судів йдеться у значенні їх винятковості та особливості. А це є прямим порушенням ч. 6 ст. 125 Конституції України, згідно з якою створення надзвичайних та особливих судів не допускається.

Крім того, це тягне за собою проблему оскарження рішень, що будуть прийматися вищими спеціалізованими судами. Рішення у справах, розглянутих і вирішених вказаними судами по суті, потребують створення спеціального механізму їх оскарження. Річ у тому, що стосовно рішень цих судів «звичайні» апеляційні суди не можуть визнаватися судами апеляційної інстанції, і це цілком логічно, адже така модель суперечила б самій ідеї «вищих спеціалізованих судів». Отже, можна запропонувати два шляхи розв'язання цієї проблеми: (1) перегляд справ в окремій апеляційній палаті вищого спеціалізованого суду; (2) перегляд цих рішень у відповідному касаційному суді Верховного Суду.

Розглядаючи перший із запропонованих варіантів, слід відзначити, що він прямо суперечить визначеному у ч. 1 ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» статусу вищих спеціалізованих судів як судів першої інстанції. Можна передбачити можливість внесення змін до цієї норми, що дозволять відповідним судам діяти як судам апеляційної інстанції, проте такий варіант, як слушно зауважують дослідники, суперечить принципам інстанційності та ступінчастості [4, с. 173], адже йдеться про суміщення одним судом повноважень різних інстанцій по одній і тій самій справі.

Що стосується другого варіанту, то, виходячи із сучасної побудови судової системи України, судом апеляційної інстанції, який міг би переглядати рішення вищих спеціалізованих судів, може виступати тільки Верховний Суд. Закон України «Про судоустрій і статус суддів» не виключає такої можливості, передбачаючи серед повноважень Верховного Суду здійснення ним правосуддя не лише як судом касаційної інстанції, а й у випадках, визначених процесуальним законом, – як судом першої або апеляційної інстанції в порядку, встановленому процесуальним законом (п. 1 ч. 2 ст. 36). Можна вважати, що положення щодо Верховного Суду як суду апеляційної інстанції стосуються саме його процесуальних повноважень, пов'язаних із переглядом рішень вищих спеціалізованих судів.

Проте такий підхід може бути застосований лише щодо підсумкових рішень вищих спеціалізованих судів, якими вони завершують розгляд справи по суті. Що ж стосується проміжних рішень цих судів, зокрема ухвал вищого спеціалізованого суду, які можуть бути оскаржені відповідно до процесуального закону, то їх значна кількість ставить під сумнів ефективність такого порядку оскарження. Приміром, у кримінальному провадженні в апеляційному порядку можуть бути оскаржені: рішення суду за результатами підготовчого судового засідання про повернення прокурору обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру (ч. 4 ст. 314 КПК); ухвали слідчого судді: про відмову у наданні дозволу на затримання (п. 1 ч. 1 ст. 309 КПК); про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою або відмову в його застосуванні (п. 2 ч. 1 ст. 309 КПК); про продовження строку тримання під вартою або відмову в його продовженні (п. 3 ч. 1 ст. 309 КПК); про застосування запобіжного заходу у вигляді домашнього арешту або відмову в його застосуванні (п. 4 ч. 1 ст. 309 КПК); про продовження строку домашнього арешту або відмову в його продовженні (п. 5 ч. 1 ст. 309 КПК); про поміщення особи в приймальник-розподільник для дітей або відмову в такому поміщенні (п. 6 ч. 1 ст. 309 КПК); про продовження строку тримання особи в приймальнику-розподільнику для дітей або відмову в його продовженні (п. 7 ч. 1 ст. 309 КПК); про направлення особи до медичного закладу для проведення психіатричної експертизи або відмову у такому направленні (п. 8 ч. 1 ст. 309 КПК); про арешт майна або відмову у ньому (п. 9 ч. 1 ст. 309 КПК); про тимчасовий доступ до речей і документів, яким дозволено вилучення речей і документів, які посвідчують користування правом на здійснення підприємницької діяльності, або інших, за відсутності яких фізична особа-підприємець чи юридична особа позбавляються можливості здійснювати свою діяльність (п. 10 ч. 1 ст. 309 КПК); про відсторонення від посади або відмову у ньому (п. 11 ч. 1 ст. 309 КПК); про відмову у задоволенні скарги на постанову про закриття кримінального провадження, повернення скарги на рішення, дії чи бездіяльність слідчого, прокурора або відмову у відкритті провадження по ній (ч. 2 ст. 309 КПК); про застосування тимчасового арешту (ст. 583 КПК); про застосування екстрадиційного арешту (ст. 584 КПК); за результатами розгляду скарги на рішення про видачу особи (ст. 591 КПК) [5, с. 588]. Очевидно, що покладення перегляду такого масиву проміжних процесуальних рішень на Верховний Суд виглядає невиправданим з точки зору як його статусу як найвищого суду

в судовій системі України, так і оперативності й результативності їх перегляду.

Поряд із цим виникають проблеми щодо касаційного перегляду рішень цих судів. Так, виходячи з викладених положень, останнє також може здійснюватися тільки Верховним Судом. Таким чином, мова йтиме про поєднання в одному судовому органі повноважень двох інстанцій, що суперечить міжнародним стандартам належного суду. Разом із тим ч. 2 ст. 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» передбачає у структурі Верховного Суду, крім відповідних касаційних судів, наявність Великої Палати, що є постійно діючим колегіальним органом Верховного Суду, організаційно і процесуально відокремленим від касаційних судів. Однак аналіз повноважень Великої Палати, наведених у ч. 2 ст. 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», дозволяє дійти висновку, що законодавець передбачає її дію як суду касаційної інстанції лише у визначених законом випадках з метою забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами. Тобто касаційний перегляд рішень вищих спеціалізованих судів в переліку повноважень Великої Палати не передбачений, і його впровадження потребуватиме перегляду статусу цього органу й відповідного внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів».

У даному контексті слід відзначити зміну законодавчого підходу до визначення права на оскарження судових рішень. Так, відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 129 Конституції України, забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення визнається однією з основних засад судочинства. Звертає на себе увагу та обставина, що зазначена норма, змінена в результаті Конституційної реформи щодо правосуддя від 2016 р., обмежує право особи на касаційне оскарження, оскільки у попередній редакції Основного Закону вона формулювалася як «забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішення суду, крім випадків, встановлених законом». Тобто, якщо раніше право як на апеляційне, так і на касаційне оскарження гарантувалося в якості загального правила, оскільки інші випадки мали встановлюватися законом, то в сучасних умовах право на касаційне оскарження розглядається як виняток, оскільки реалізується тільки «у визначених законом випадках».

У цьому аспекті слід звернути увагу на погляди дослідників, які, коментуючи згадані конституційні положення, звертали увагу на доцільність регламентації процесуальних механізмів допуску до апеляції чи касації, виходячи з того, що пріоритетним має бути забезпечення функціональності судів, які б інакше були перевантажені судовими справами, в тому числі з незначними вимогами та тими, що не мають принципового характеру [6, с. 915-916]. Таким чином, зміни до Конституції України, що мали місце у 2016 р., можна розглядати як певне втілення зазначених ідей, покликане розвантажити суди вищих інстанцій від малозначущих справ, спростити процедуру судочинства й прискорити момент отримання сторонами остаточного судового рішення у справі, яке не підлягає оскарженню.

Зазначений підхід у цілому відповідає міжнародним стандартам, на основі аналізу яких фахівці відносять до заходів забезпечення реалізації перегляду судових рішень створення можливостей для контролю за рішеннями судів першої інстанції, що передбачає функціонування судів вищих інстанцій – апеляційної, а в більшості національних європейських правових систем – і касаційної інстанції [7, с. 221]. Отже, стосовно кожного судового рішення має бути забезпечено можливість його перегляду судом вищого рівня в апеляційному порядку. Разом із тим забезпечення права на оскарження рішення суду у касаційному порядку є важливою, проте не обов'язковою гарантією процесуальних прав особи, що допускається лише у визначених законом випадках.

Таким чином, обмеження сфери застосування права на касаційне оскарження, яке ще має бути регламентоване процесуальним законодавством, виглядає функціонально обґрунтованим, зважаючи на обсяг навантаження Верховного Суду як суду касаційної інстанції, проте. з іншого боку, дещо обмежує засоби процесуального захисту прав особи у відповідних видах судочинства. З огляду на це, законодавцю потрібно ретельно і зважено підійти до визначення випадків, у яких можливе касаційне оскарження судових рішень. Видається, що це має залежати від категорії справи й окремо визначатися в кожному виді судочинства.

Розглядаючи вплив проаналізованих вище конституційних змін на функціонування вищих спеціалізованих судів, зазначимо, що в їх контексті уявляється можливим варіант, коли рішення вищих спеціалізованих судів залишатимуться без механізмів касаційного оскарження. Однак за такого підходу, по суті, заперечуватиметься вагоме значення правовідносин, у сфері яких вони функціонують і які зумовили необхідність створення таких судів. Так, приміром, суспільний резонанс корупційних правопорушень, політичний характер деяких справ цієї категорії вимагає підвищених гарантій об'єктивного й неупередженого їх розгляду, у т. ч. наявності повного механізму оскарження остаточних судових рішень у цих справах як в апеляційному, так і в касаційному порядку. Розуміння цього є не лише серед юристів, а й у політиків, що підтверджує позиція заступника голови Комітету ВР України з питань правової політики та правосуддя, наведена у матеріалі «Юридичної газети». Згідно з нею, першочерговим критерієм при формуванні антикорупційного суду «є обов'язкова можливість розгляду справ щодо антикорупційних злочинів у трьох інстанціях, включаючи можливість оскаржити рішення у четвертій інстанції. Оскільки оскарження рішення є реалізацією громадянами свого конституційного права, то немає значення, в якому злочині обвинувачується особа» [8]. У цьому контексті твердження про «можливість оскаржити рішення у четвертій інстанції» виглядає помилковим, проте пе-

реконливо ілюструє необхідність забезпечення можливості апеляційного та касаційного оскарження рішень вищих спеціалізованих судів.

Певні напрацювання щодо розв'язання цих проблем втілені у проекті Закону України «Про антикорупційні суди» (реєстр. № 6011 від 01.02.2017) [9], яким передбачено, зокрема: (1) створення у Вищому антикорупційному суді апеляційної палати, що має переглядати в апеляційному порядку ухвали цього суду, які можуть бути оскаржені відповідно до процесуального закону, за винятком тих, якими було закінчено розгляд справи по суті; (2) створення Антикорупційної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду, яка б діяла для перегляду вироків та ухвал Вищого антикорупційного суду, якими було закінчено розгляд справи по суті; (3) покладення на Велику Палату Верховного Суду у визначених процесуальним законом випадках перегляду у касаційному порядку судових рішень Антикорупційної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду, що набрали законної сили. Звертає на себе увагу той факт, що у Пояснювальній записці до законопроекту [10] фактично відсутнє будь-яке обґрунтування запропонованої інстанційної системи антикорупційних судів. Загалом, основним недоліком запропонованого варіанта залишається суміщення повноважень різних інстанцій на рівні як Верховного Суду, так і Вищого антикорупційного суду.

З огляду на це, положення вказаного проекту отримали негативну оцінку з боку Вищої ради правосуддя, що згідно з п. 15 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про Вищу раду правосуддя» надає обов'язкові до розгляду консультативні висновки щодо законопроектів із питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів, судоустрою і статусу суддів, узагальнює пропозиції судів, органів та установ системи правосуддя стосовно законодавства щодо їх статусу та функціонування, судоустрою і статусу суддів. У відповідному Консультативному висновку Вища рада правосуддя вказала на те, що запропонована у законопроекті № 6011 модель системи антикорупційних судів не відповідає нормам Конституції України та Закону України «Про судоустрій і статус суддів», суперечить засадам єдності судової системи України (п. 2 Висновку). Також було зазначено, що поєднання в одному суді стадії розгляду справи та апеляційного перегляду ухвал суду (хоча б і тих, якими не завершується розгляд справи) порушує принцип інстанційності судоустрою, закріплений у ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів». Створення Антикорупційної палати у Касаційному кримінальному суді Верховного Суду для перегляду вироків та ухвал Вищого антикорупційного суду, якими було закінчено розгляд справи по суті, на думку Вищої ради правосуддя, являють собою створення та діяльність паралельного «верховного антикорупційного суду», що суперечить статусу Верховного Суду як найвищого суду у системі судоустрою України та принципу єдності судової системи [11]. Загалом, з аргументацією Вищої ради правосуддя слід погодитися. Розглядуваний законопроект не враховував засад побудови судової системи, закладених у Законі України «Про судоустрій і статус суддів», хоча його розробники і намагалися дати відповіді на проблемні питання функціонування Вищого антикорупційного суду, що є характерними також і для Вищого суду з питань інтелектуальної власності.

Висновки

Слід констатувати, що реформа судової системи України, передбачена Законом України «Про судоустрій і статус суддів», не була належним чином узгоджена з механізмом оскарження судових рішень, внаслідок чого не може бути ефективно завершена без внесення відповідних змін і доповнень не лише до процесуального законодавства, а й законодавства про судоустрій в Україні, які покликані гарантувати конституційне право особи на оскарження судових рішень. Зокрема, законодавець має визначитися з порядком апеляційного оскарження проміжних процесуальних рішень вищих спеціалізованих судів, а також можливістю касаційного оскарження їхніх рішень. Задля цього необхідними є зміни у статусі касаційних судів та Великої Палати Верховного Суду.

Список використаних джерел:

1. Сибільова Н. В. Проблеми побудови судової системи України / Н. В. Сибільова // Правова держава Україна: проблеми, перспективи розвитку: Короткі тези допов. та наук. повідом. республ. наук.-практ. конфер. 9-11 листопада 1995 р. – Х. : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 1995. – С. 295–297.

2. Городовенко В. В. Вищі спеціалізовані суди: прогалини правового регулювання / В. В. Городовенко // Актуальні проблеми судового права : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Івана Єгоровича Марочкіна (Харків, 20 квіт. 2017 р.) : у 2-хт. / редкол.: Л. М. Москвич (голова) та ін. – Т. 1. – Х.: Право, 2017. – С. 46–49.

3. Курганський О. В. Проблемні питання створення та функціонування Вищого антикорупційного суду / О. В. Курганський // Актуальні проблеми судового права : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Івана Єгоровича Марочкіна (Харків, 20 квіт. 2017 р.) : у 2-х т. / редкол.: Л. М. Москвич (голова) та ін. – Т. 1. – Х.: Право, 2017. – С. 85–89.

4. Білецька А. М. Проблеми створення та функціонування в Україні Вищого суду з питань інтелектуальної власності / А. М. Білецька // Актуальні проблеми судового права : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Івана Єгоровича Марочкіна (Харків, 20 квіт. 2017 р.) : у 2-х т. / редкол.: Л. М. Москвич (голова) та ін. – Т. 1. – Х.: Право, 2017. – С. 171–173.

5. Кримінальний процес : підручник / [Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

6. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш [та ін.]; Нац. акад. прав. наук України. – 2-ге вид., перероб. і допов. – Х.: Право, 2012. – 1128 с.

7. Нестеренко А. А. Реалізація перегляду судових рішень у контексті рекомендацій Комітету міністрів Ради Європи // Актуальні проблеми судового права: матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. Івана Єгоровича Марочкіна (Харків, 20 квіт. 2017 р.) : у 2-х т. / редкол.: Л. М. Москвич (голова) та ін. – Т. 1. – Х.: Право, 2017. – С. 219–222.

8. Желтухін Є. Особливий антикорупційний: монополізація правосуддя? [Електронний ресурс] / Є. Желтухін // Юридична газета. – Режим доступу: http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/osobliviy-antikorupciyniy-monopolizaciya-pravosuddya.html.

9. Про антикорупційні суди : проект Закону України № 6011 від 01.02.2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61038. – Заголовок з екрана.

10. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про антикорупційні суди» від 01.02.2017 № 6011 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61038.

11. Консультативний висновок щодо проекту Закону України «Про антикорупційні суди» (реєстраційний № 6011): затв. рішенням Вищої ради правосуддя від 9 березня 2017 р. № 475/0/15-17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.vru.gov.ua/content/act/475_09.03_.2017_.doc.

Статья посвящена исследованию проблем обжалования решений высших специализированных судов, созданных в результате реформы судебной системы в 2016 г. Рассматриваются различные варианты апелляционного и кассационного обжалования их решений. Анализируются законопроекты и научные разработки по этим вопросам.

Ключевые слова: обжалование судебных решений, апелляционное обжалование, кассационное обжалование, высшие специализированные суды, судебные инстанции.

Article is devoted to a research of problems of the appeal of decisions of the supreme specialized courts created as a result of reform of judicial system in 2016. Various options of the appeal and cassation appeal of their decisions are considered. Bills and scientific developments on these questions are analyzed.

Key words: appeal of judgments, appeal, cassation, supreme specialized courts, judicial instances.

УДК 343.156 (477)

Віталія Шапула,

аспірант
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ЦІЛЬОВЕ ПРИЗНАЧЕННЯ КАСАЦІЙНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СИСТЕМІ СТАДІЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУ

У статті з'ясовано сутність цільового призначення касаційного провадження у системі стадій кримінального процесу України, розкрито проблеми правового регулювання в даній сфері, проаналізовано позиції вітчизняних і зарубіжних науковців, розроблено науково обґрунтовані рекомендації для вдосконалення чинного законодавства України.

Ключові слова: касаційне провадження, апеляційне провадження, стадії кримінального процесу, суд касаційної інстанції, рішення суду.

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні відбуваються складні реформаційні процеси, на тлі яких питання ефективності кримінального процесуального законодавства набуває особливого значення. Зважаючи на це, а також беручи до уваги значну кількість прийнятих Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) рішень щодо України, наявну вітчизняну судову практику, вважаємо за необхідне дослідити цільове призначення касаційного провадження у системі стадій кримінального процесу України. Дослідження цього питання має вагоме значення не лише для теорії кримінального процесу, а й для практики його застосування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні та прикладні питання касаційного провадження розглядалися у працях багатьох вітчизняних і зарубіжних науковців (Н. Р. Бобечко, Ю. М. Грошевий, А. М. Євмін, Л. В. Мединська, В. В. Онопенко, Я. М. Романюк, О. В. Сапін, М. І. Сірий, Л. Я. Стрельбіцька, І. Я. Фойніцький та ін.). Серед монографічних досліджень лише робота Н. Р. Бобечко («Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України» [1]) була підготовлена з урахуванням останніх змін у кримінальному процесуальному законодавстві України 2012 року.

Мета статті полягає у з'ясуванні сутності призначення касаційного провадження у системі стадій кримінального процесу України, розкритті проблем правового регулювання в даній сфері, розробленні науково обґрунтованих рекомендацій для вдосконалення чинного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. Термін «касація» (лат. „cassatio" – скасування, знищення; франц. „casser" – ламати, скасовувати) вперше виник у Франції, а потім його було сприйнято багатьма іншими державами (Бельгія, Італія, Іспанія, Португалія, Люксембург, Алжир, Туніс, Японія, країни пострадянського простору, Латинської Америки тощо) [2, с. 357].

Перегляд судових рішень у касаційному порядку притаманний правовим системам континентального права, в яких домінуючим джерелом права є нормативні акти, в процесі застосування положень яких на практиці виникають труднощі з їх правильним та однаковим тлумаченням. Така модель вважається найбільш поширеною у світі.

У країнах, що утворюють так звану «англосаксонську правову сім'ю», касація формально не виділена. У цих країнах система перегляду судових рішень має свої особливості, зумовлені організацією судової влади, а касацію фактично замінює повторна (остаточна) апеляція [3, с. 262].

Характеризуючи касаційне провадження, відомий російський науковець І. Я. Фойніцький писав, що цей інститут виконує два завдання – судово-політичне і судово-практичне. Перше полягає у контролі за діяльністю судових органів, забезпеченні однакового розуміння та правильного застосування ними законів, а друге – у правильному вирішенні кожної справи [4, с. 547]. На першому із зазначених завдань наголошував і дореволюційний науковець С. В. Познишев [5]. Сучасний український вчений Н. Р. Бобечко, критикуючи провадження у Верховному Суді України, зазначав: «З одного боку, касаційне провадження має продовжувати виконувати роль останнього ефективного засобу правового захисту перед зверненням до міжнародних судових установ чи органів міжнародних організацій (залишаючись звичайною формою оскарження й перевірки судових рішень), а з іншого – забезпечувати єдність та стабільність судової практики, сприяти удосконаленню кримінального та кримінального процесуального законодавства...» [1, с. 36]. Аналогічну позицію стосовно призначення касаційного провадження в сучасній судовій практиці України висловлювали Ю. М. Грошевий [6, с. 552–555], В. В. Онопенко [7, с. 427], Я. М. Романюк [8, с. 57–66] та ін. Отже, сучасне бачення окремих положень призначення інституту касаційного провадження вітчизняних науковців і практиків певною мірою збігається з ідеями, що висловлювалися наприкінці XIX століття.

© В. Шапула, 2017

Касаційне провадження є засобом процесуального впливу на діяльність судів як першої, так і апеляційної інстанцій. Перевіряючи судові рішення, касаційний суд здійснює процесуальний контроль за діяльністю судів нижчих інстанцій. Тобто в процесі скасування або зміни судового рішення касаційна інстанція виправляє помилки, усуває порушення, допущені у кримінальному провадженні, таким чином спрямовуючи нижчі суди в русло, в якому вони мають діяти в подальшому для того, щоб унеможливити виникнення аналогічних помилок. У тому разі, коли вищий суд залишає в силі рішення нижчих інстанцій, він тим самим підтверджує правильність дій суду першої та/або другої інстанцій і визначає дії цих судів у подальшому. Скасовуючи або змінюючи судове рішення за наявності, наприклад, порушення права на захист, касаційна інстанція у такий спосіб забезпечує охорону прав і законних інтересів учасників процесу та реалізацію ними гарантованих законом прав.

Касаційне провадження не є обов'язковою стадією кримінального процесу України. Вона виникає та існує лише в результаті реалізації кимось із представників сторін чи потерпілим свого диспозитивного права на оскарження рішення суду першої інстанції після його перегляду в апеляційному порядку, а також після рішення суду апеляційної інстанції, постановленого щодо відповідного рішення суду першої інстанції [2, с. 358].

Перевірка законності та обґрунтованості судових рішень судом касаційної інстанції покликана виявити помилки матеріального (кримінально-правового) і процесуального характеру, допущені місцевим чи апеляційним судом під час розгляду та вирішення справи про кримінальне правопорушення [2, с. 358]. Для перевірки правильності застосування судами першої та апеляційної інстанцій норм матеріального і процесуального права суд касаційної інстанції змушений перевіряти правильність висновків, зроблених в оскарженому судовому рішенні, на підставі встановлених обставин, але не для того, щоб, виявивши прогалини у доказовому матеріалі, заповнити їх, ухваливши нове рішення, а з метою з'ясування правильності застосування правових норм до вже встановлених обставин [1, с. 43].

Касаційне провадження має велике значення для досягнення завдань кримінального процесу, зокрема для запобігання виконанню незаконного судового рішення і захисту через свою діяльність громадянина і суспільства від незаконного та необґрунтованого засудження, не залишення безкарними осіб, які вчинили кримінальне правопорушення, застосування належної правової процедури до кожного учасника кримінального провадження.

Суд касаційної інстанції зобов'язаний не допустити виконання незаконних рішень суду першої інстанції після їх перегляду в апеляційному порядку та рішень суду апеляційної інстанції, забезпечити виправлення допущених ними помилок [3, с. 263–264].

У кримінальному процесуальному законодавстві України немає прямої вказівки щодо наявності у судді права на помилку, водночас передбачено механізм виправлення судової помилки. КПК України передбачає можливість оскарження рішень суду в апеляційному та касаційному порядку, тобто вищий суд наділений правом виявляти та виправляти помилки нижчих судів. Помилки можуть стосуватися констатації факту, що покладається в основу рішення, встановлення причинного зв'язку між подією злочину і діями обвинуваченого, кваліфікації діяння, визначення юридичних наслідків злочинного діяння, дотримання правил, встановлених процесуальним законом, тощо [9].

Треба зазначити, що у практиці ухвалення рішень в кримінальному судочинстві допускається чимало помилок, пов'язаних із проблемами тлумачення законодавства, заповнення прогалин у законі, подолання колізій норм, а також із юридичною некомпетентністю, що породжує правовий нігілізм [10, с. 2–3]. Причиною судових помилок є нешанобливе ставлення до права з боку тих, хто зобов'язаний стояти на захисті правопорядку, а також «обвинувальне спрямування» професійної правосвідомості окремих суддів.

Судочинство не може обійтися без спеціального критичного підходу до оцінки судових рішень і виправлення можливих помилок під час їх ухвалення судами вищих інстанцій. Незаконне, необґрунтоване та несправедливе судове рішення не лише нівелює покладені на суд завдання, а й породжує негативні явища у різних сферах державного та суспільного життя. Така шкода є несумірною із нестабільністю рішення суду першої інстанції у зв'язку з його переглядом вищими судами. Тому допущені під час його ухвалення помилки спричиняють процесуальні санкції у вигляді зміни чи скасування такого рішення.

Помилки у діяльності судів першої інстанції можуть виявлятися як під час апеляційного, так і в ході касаційного провадження. При цьому можливості вищих судів із виявлення й усунення помилок, допущених судом нижчої інстанції, є неоднаковими.

Виправлення судових помилок касаційним судом пов'язується, перш за все, з оцінкою цінностей та інтересів, захисту яких вимагає скасування судового рішення, що набрало законної сили. Водночас має бути віднайдено баланс між інтересами конкретних осіб (одна розраховує на виправлення допущеної стосовно неї судової помилки, а інша може покладатися на результат поточного судового рішення) та інтересами держави, зацікавленої в однаковому застосуванні законодавства та у виправленні судових помилок. Отже, виправлення судової помилки є предметом як публічного, так і приватного інтересу.

Варто зазначити, що не всі помилки нижчих інстанцій виявляються в касаційному порядку. Після використання всіх національних засобів захисту справу до розгляду може прийняти ЄСПЛ. Останній щороку констатує чимало порушень положень Конвенції з боку України, в т. ч. порушення права на захист як на стадії досудового розслідування, так і судового роз-

гляду. Наприклад, відповідно до статистичних даних за 2015 рік, оприлюднених головою ЄСПЛ Гвідо Раймонді, Україна – лідер серед європейських країн за кількістю справ, що розглядає ЄСПЛ. За кількістю рішень про порушення прав людини Україна – на четвертому місці (50 рішень). Таким чином, європейська статистика оцінки судових рішень, ухвалених судами України, засвідчує невтішну динаміку судових помилок, значна кількість яких залишається невиправленою вищими судами.

Метою касаційного провадження, крім виправлення помилок, допущених у ході розгляду справи судами першої та касаційної інстанції, є також забезпечення єдності судової практики, однакового застосування законів усіма судами України [11, с. 605], що є запорукою довіри до судової гілки влади. Ще давньоримське право визначало, що в подібних справах виносяться однакові рішення (de similibus idem est judicium), і вважалося, що найбільш нестерпним у праві є те, що ці справи вирішуються судами по-різному (nigil in lege intolerabius est, eandem rem diverso jure conseri) [12].

Нині, на жаль, рішення судів різних регіонів України досить часто відрізняються одне від одного, навіть за однотипними ситуаціями. Це можна пояснити неоднаковим рівнем знань суддів, особливостями їхнього професійного і життєвого досвіду, надмірним навантаженням, відсутністю протягом тривалого часу єдиного судового органу, відповідального за єдність судової практики, різними поглядами й трактуванням суддями одних і тих самих норм матеріального і процесуального права тощо.

Відсутність єдності судової практики ставить під сумнів забезпечення законності та верховенства права у кримінальному провадженні, що викликає обурення у суспільстві. Тому однакове застосування норм закону є природною й необхідною умовою успішного функціонування системи правосуддя.

Єдність судової практики, однакове застосування судами одних і тих самих норм права несе в собі багато переваг. Це, передусім, забезпечення принципу рівності всіх громадян перед законом і судом, який втілюється шляхом однакового застосування судом того самого закону в однакових справах щодо різних осіб; забезпечення принципу правової визначеності, оскільки судове рішення має бути розумно передбачуваним. Це також зменшення навантаження на суди через запобігання безпідставних звернень до суду, оскільки можна спрогнозувати результат, якого слід очікувати від суду за наслідками розгляду такого звернення. Окрім того, це – мінімізація проявів корупційного складника, оскільки усталена, однакова, зрозуміла і відома широкому загалу судова практика не дає можливості недобросовісному судді «маневрувати» у хитросплетіннях законодавства та ухвалювати якесь інше рішення, ніж те, що відповідає усталеній судовій практиці в державі. Однакова судова практика позитивно позначається на рівні суспільної довіри до судової влади загалом, що є гарантією ефективності судової системи [13].

Однакова судова практика забезпечує стабільність правозастосування. Суд касаційної інстанції за допомогою своїх ухвал покликаний не допускати порушення однаковості судової практики. Рішення суду касаційної інстанції має орієнтувати практику всіх судів, що розглядають кримінальні справи.

Тому, розглядаючи цільове призначення суду касаційної інстанції, не можна не погодитися з В. В. Кривенком [14] у тому, що ключове призначення Верховного Суду – зорієнтувати суддів і судову практику на правильне застосування закону в державі.

Відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 36 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» однакове застосування норм права вітчизняними судами забезпечує Верховний Суд.

Починаючи з 2010 року і до недавнього часу в Україні не існувало єдиного судового органу, відповідального за єдність судової практики. Як наслідок, у системі вітчизняного правосуддя кожен із чотирьох судів вживав заходів щодо забезпечення єдиної судової практики на свій розсуд). Тому на сьогодні постала проблема єдності судової практики як такої [13].

Протягом тривалого часу вітчизняними науковцями та різними міжнародними інституціями неодноразово висловлювалася позиція, що саме Верховний Суд України має бути наділено компетенцією щодо забезпечення єдності судової практики та однакового застосування законів.

Так, Європейська комісія «За демократію через право» (Венеціанська комісія) й Дирекція з технічного співробітництва Генеральної Дирекції з прав людини та правових питань Ради Європи у спільному висновку від 18 жовтня 2010 року № 588/2010 щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» зазначали, що в основі ідеї створення Верховного Суду лежить саме надання ним як найвищим судовим органом загального тлумачення законодавства, в такий спосіб готується підґрунтя для однакового застосування закону всіма судами – навіть до виникнення розбіжностей (п. 31).

У рішенні у справі «Тудор проти Румунії» від 24 березня 2009 року ЄСПЛ зазначав, що роль найвищої судової інстанції полягає в розв'язанні суперечностей у судовій практиці» [15].

Забезпечення єдності судової практики виконують найвищі судові установи у Франції, Італії, Німеччині, Литві, Латвії, Угорщині, Словенії, Польщі [13].

В Україні правові висновки Верховного Суду є обов'язковими для судів нижчого рівня, однак, як зауважує Я. М. Романюк, на практиці така обов'язковість значною мірою є декларативною, адже «трапляються випадки, коли обов'язкові правові висновки Верховного Суду України судами нижчого рівня нехтуються, ігноруються, не беруться до уваги, а судова практика спрямовується в інше русло» [13].

Окрім того, ефективність здійснення правосуддя певною мірою залежить і від авторитету Верховного Суду, його спроможності забезпечити єдність судової практики, однако-

вого застосування законів усіма судами України, оскільки нижчі судові інстанції (в іншому складі суддів) теоретично можуть надто довго ухвалювати вирок, котрий із точки зору суду касаційної інстанції може бути помилковим.

З огляду на викладене, з метою спрямування судової практики в те русло, яке визначає суд касаційної інстанції, необхідним є запровадження дієвих механізмів для забезпечення обов'язковості правових висновків Верховного Суду. Зокрема, видається доцільним відповідними змінами до ч. 1 ст. 409 та ч. 1 ст. 438 КПК України передбачити додаткову підставу – «невідповідність рішення суду обов'язковому правовому висновку Верховного Суду» – для скасування або зміни судового рішення в апеляційному або касаційному порядку.

Окрім того, вважаємо, що ефективним засобом забезпечення єдності судової практики може бути наділення Пленуму Верховного Суду повноваженнями із надання роз'яснень рекомендаційного характеру щодо законодавства для нижчих судів шляхом ухвалення відповідних постанов.

Відповідний досвід щодо надання роз'яснень Пленумом Верховного Суд України наша держава вже мала у період до літа 2010 року. Зокрема, в ЗУ «Про судоустрій України» було зазначено, що Пленум Верховного Суду України «дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства, у разі необхідності визнає нечинними відповідні роз'яснення вищих спеціалізованих судів» (п. 6 ч. 2 ст. 55).

Відповідні постанови Пленуму Верховного Суду України були і є затребуваними як для суддів, так і для науковців.

Тут варто нагадати, що Консультативна рада європейських суддів у висновку від 2008 року № 11 підкреслювала можливість підвищення якості судових рішень шляхом надання відповідних роз'яснень судам нижчого рівня. Так, у п. 71 висновку зазначено: «За допомогою власної практики, дослідження судової практики судів та щорічних звітів вищі суди можуть сприяти поліпшенню якості судових рішень та їхнього оцінювання. У цьому плані особливо важливо, щоб практика вищих судів була чіткою, послідовною й сталою. Вищі суди можуть також сприяти поліпшенню якості судових рішень, розробляючи рекомендації для судів нижчого рівня, привертаючи їхню увагу до принципів, що застосовуються згідно з існуючою практикою» [16].

Не можна не оминути й той факт, що на сьогодні чинне кримінальне процесуальне законодавство України є недостатньо стійким (станом на 1 січня 2017 року зміни й доповнення до чинного КПК України було внесено 49 разів) і містить чимало прогалин та неврегульованих питань. Деякі положення викладено таким чином, що їх можна тлумачити по-різному.

З огляду на сказане вважаємо, що роз'яснення найвищого судового органу питань щодо застосування законодавства є ефективним інструментом забезпечення єдності судової практики.

Висновки

Зрештою, підсумовуючи викладений матеріал, необхідно визнати, що призначенням касаційного провадження є спрямованість діяльності суду касаційної інстанції на забезпечення захисту й поновлення порушених прав і свобод особи, в основі якої лежить публічно-приватний інтерес. При цьому з практичної точки зору призначення стадії касаційного провадження, перш за все, зумовлено необхідністю виправлення помилок, допущених судами першої та/або апеляційної інстанцій, а також захистом від незаконного та необґрунтованого засудження невинуватої особи. Крім того, касаційне провадження спрямоване на гарантування належного застосування правової процедури до кожного учасника кримінального провадження, унеможливлення звернення до виконання незаконних і необґрунтованих судових рішень, здійснення процесуального контролю за діяльністю судів першої й апеляційної інстанцій та забезпечення єдності судової практики усіх судів України.

З метою забезпечення врахування місцевими та апеляційними судами обов'язковості правових висновків Верховного Суду вважаємо за доцільне: ч. 1 ст. 409 та ч. 1 ст. 438 КПК України доповнити новим пунктом такого змісту: «невідповідність рішення суду обов'язковому правовому висновку Верховного Суду»; ч. 2 ст. 46 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» доповнити новим пунктом такого змісту: «дає роз'яснення судам загальної юрисдикції з питань застосування законодавства».

Список використаних джерел:

1. Бобечко Н.Р. Апеляційне та касаційне провадження у кримінальному судочинстві України : дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / Назар Ростиславович Бобечко. – Львів., 2016. – 498 с.

2. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В.В. Коваленка, Л.Д. Удалової, Д.П. Письменного. – К. : «Центр учбової літератури», 2013. – 544 с.

3. Мединська Л.В. Окремі аспекти кримінального провадження в суді касаційної інстанції / Л.В. Мединська // Прикарпатський юридичний вісник. – 2014. – № 1 (4). – С. 261–271.

4. Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. / И.Я. Фойницкий. – СПб. : Альфа, 1996. – Том II. – 607 с.

5. Познышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса [Электронный ресурс] / С.В. Познышев // інформаційно-освітянський юридичний портал «ВСЕ О ПРАВЕ». – Режим доступа : http://www.allpravo.ru/ library/doc1897p0/instrum 3553/item4071.html.

6. Грошевий М.Ю. Інстанційна побудова судової системи України. Вибрані праці / М.Ю. Грошевий; упорядники : О.В. Капліна, В.І. Маринів. –Х.: Право, 2011. – 656 с.

7. Онопенко В.В. «Мені судилося» (виступи, листи, інтерв'ю, хроніка подій – 2006-2010 роки) / В В. Онопенко. – К. : Атіка, 2010. – 584 с.

8. Романюк Я.М. Реформування судової влади в Україні / Я.М. Романюк // Право України. – 2014. – № 11. – С. 14–73.

9. Лобойко Л.М. Кримінальний процес: підручник [Електронний ресурс] / Л.М. Лобойко. – К. : «Істина», 2014. – 432 с. – Режим доступу: https://vk.com/doc38021322_337985732?hash=0d05b640435c817d08&dl...

10. Сауляк О.П. Правовой нигилизм как инвариант отечественного правосознания / О.П. Сауляк // Российская юстиция. – 2009. – № 9. – С. 2–3.

11. Кримінальний процес : підручник / [Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. – Х. : Право, 2013. – 824 с.

12. Сапін О.В. Проблеми здійснення процесуальної діяльності прокурора під час оскарження судових рішень до Верховного Суду України у кримінальному провадженні / О.В. Сапін // Право і суспільство. – 2015. – № 5. – С. 178–182.

13. Романюк Я.М. Виступ на засіданні круглого столу щодо впливу реформи судової влади України на забезпечення єдності судової практики [Електронний ресурс] / Я.М. Романюк // веб-сайт газети «Закон і Бізнес». – Режим доступу: http://zib.com.ua/ua/print/93479-vistup_golovi_verhovnogo_sudu_ukraini_yaroslava_romanyuka_na.html.

14. Кривенко В.В. «До 1991-го суд в Украине был карательным інструментом» [Електронний ресурс] / В.В. Кривенко // веб-сайт Верховного Суду України. – Режим доступу : http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/A53A9AA7A44BD466C2257B44002EC6CA?OpenDocument&year=2005&month=10&.

15. Романюк Я.М. Забезпечення єдності судової практики Верховним Судом України: реформа потребує продовження [Електронний ресурс] / Я.М. Романюк // газета українських юристів «Юридическая практика» від 15 березня 2013 року ; вебсайт Верховного Суду України. – Режим доступу: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/1166672bc6dad5f4c2257b5d0030c241/$FILE/5-9_str.pdf.

16. Висновок Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень від 2008 року № 11 // офіційний веб-портал «Судова влада України» [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf.

В статье определена сущность целевого назначения кассационного производства в системе стадий уголовного процесса Украины, выявлены недостатки правового регулирования в данной сфере, изучены позиции украинских и зарубежных исследователей, обоснованы рекомендации для усовершенствования действующего законодательства Украины.

Ключевые слова: кассационное производство, апелляционное производство, стадии уголовного процесса, суд кассационной инстанции, решение суда.

In the article the purpose of the cassation production in the system of the stages of the criminal process in Ukraine is determined, the shortcomings of the legal regulation in this sphere are revealed, the positions of Ukrainian and foreign researchers are studied, recommendations for the improvement of the current legislation of Ukraine are grounded.

Key words: cassation proceedings, appeal proceedings, criminal trial stages, cassation instance court, court decision.

УДК 343.98

Віктор Бояров,
канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Академії адвокатури України

ОСОБЛИВОСТІ ДОПИТУ ПІДОЗРЮВАНИХ У КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ ПРО ЕКСТРЕМІСТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ

У статті розглянуті деякі питання тактики допиту підозрюваного в кримінальних провадженнях про кримінально-карані вияви екстремістської діяльності: сформульовані рекомендації, спрямовані на отримання слідчим у процесі допиту інформації про обставини події, яка є предметом розслідування; про учасників екстремістської організації, її структуру, джерела фінансування; ідеологію, яка поєднує учасників такої організації, тощо, з метою викриття винних.

Ключові слова: досудове розслідування, екстремізм, підозрюваний, тактика допиту.

Постановка проблеми. Ще Ганс Гросс свого часу на підтвердження значення допиту підкреслював, що «допитувані особи – це скелет, а їхні показання – кров і плоть попереднього слідства» [1, с. 75]. Дійсно, свідчення свідків-очевидців злочину або особи, яка безпосередньо вчинила злочинні дії, що є предметом розслідування (якщо ці показання знайшли своє об'єктивне підтвердження), надають слідству найбільш повну інформацію про обставини злочину.

Зрозуміло, що для слідчого (прокурора) вкрай важливо отримати показання від підозрюваного, оскільки саме він володіє всією інформацією про готування, вчинення злочину, приховування слідів, про співучасників, мотивацію своїх дій тощо. Як підкреслював професор О.Ф. Кістяківський, закон «ставит во главе всех доказательств собственное сознание, называя его... доказательством лучшим всего света...» [2, с. 83].

Серед інших кримінальних проваджень про злочини, які вчиняються в умовах неочевидності й у яких показання підозрюваного мають велике значення для викриття групової злочинної діяльності й мотивації дій, є й справи про кримінально-карані вияви екстремістської діяльності, які в останні десятиріччя набули значного поширення в багатьох країнах.

В умовах відсутності законодавчого визначення екстремізму кримінально-карані вияви екстремізму можна подати у вигляді трьох груп кримінальних правопорушень: по-перше, злочини, що вчиняються з мотивів ненависті або ворожнечі стосовно осіб, які належать до певної етнічної, расової, релігійної, політичної та іншої соціальної групи (п. 14 ч. 2 ст. 115, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 122, ч. 2 ст. 126, ч. 2 ст. 127, ч. 2 ст. 129, ст.ст. 161 і 300 Кримінального кодексу (далі – КК) України); по-друге, кримінально-карані діяння, які посягають на основи та безпеку політичного устрою (ст. ст. 109, 110, 111, 113 КК України); по-третє, злочини терористичного характеру (ст. ст. 112, 258, 258[1], 258[2], 258[3], 2584, 2585, 260, 261, 278, 442, 443, 444 КК України) [3].

Питання тактики допиту підозрюваних (обвинувачених) під час розслідування виявів екстремізму в дисертаційних дослідженнях, присвячених окремим виявам екстремізму, розглядали українські криміналісти: І.М. Білоус [4, с. 139–148], М.О. Ларкін [5, с. 151–158], П.В. Шалдирван [6, с. 146–157] та ін. Досліджувалися ці питання й у роботах науковців-криміналістів з інших країн (вони стосуються переважно злочинів екстремістської спрямованості): Є.В. Алехіна, В.В. Бичкова, Г.А. Варданян, О.Ю. Головіна, О.М. Коршунової, І.В. Погодіна, О.Р. Ратінова, Г.В. Сергеєвої, Д.Г. Скорікова й ін.

Але ці роботи присвячені розслідуванню лише окремих груп злочинів, які є виявом екстремізму.

Метою статті є вивчення деяких особливостей тактики допиту підозрюваних (обвинувачених) у справах про групові кримінально-карані вияви екстремістської діяльності.

Виклад основного матеріалу. Майже 62% всіх злочинів, які є виявом екстремістської діяльності, вчиняються групою осіб [7, с. 18]. Як правило, підозрювані – це молоді люди (тому не коректним, на нашу думку, є широке використання терміна «молодіжний екстремізм»): чоловіки віком від 16 до 38 років (учинення таких злочинів жінками не перевищує 5%) [7, с. 17], які об'єднані на основі сприйняття відповідної ідеології, досить часто з визначенням конкретної «спеціалізації» в складі групи, причетні до діяльності екстремістських груп, організацій (як активні її учасники). Останні є досить структурованими, можуть мати вигляд організованих злочинних угруповань (далі – ОЗУ), при цьому, як і в ОЗУ, обираються так звані «злочини базової спрямованості» (як правило, насильницькі дії екстремістської спрямованості); за масштабами діяльності: локальні, міжрегіональні, міжнародні.

Дослідники цього питання виділяють дві основні групи учасників зазначених формувань: (1) особи чоловічої статі віком від 25 до

© В. Бояров, 2017

37 років із вищою освітою (кожний десятий серед осіб, котрі притягуються за екстремістські дії, має вищу освіту), які володіють організаторськими здібностями (можуть розшукуватись за вчинення аналогічних злочинів); (2) особи чоловічої статі віком до 20 років (у тому числі неповнолітні), які мають середню або неповну середню освіту, не працюють [8, с. 5].

Досліджуючи особу екстремістів і терористів, науковці визначають такі їхні психологічні якості: замкнутість, вибірковість спілкування; асоціальність, нігілізм; стійкий стан фрустрації; неприязнь до людей, які не поділяють їхні ідеї; заперечення цінності людського життя; нереалізована потреба в духовних пошуках; фанатичне служіння ідеї та готовність до самопожертви; занижена самооцінка тощо [9, с. 40; 10; 11, с. 63–68].

Складність і специфіка допиту підозрюваних, які входять до складу екстремістського співтовариства (організації, угруповання), пов'язані з попередніми домовленостями таких осіб дотримуватися конкретної лінії поведінки на слідстві, проходженням ритуалу присяги про нерозголошення інформації про діяльність організації тощо [12, с. 21].

Для зазначених осіб характерною є наявність специфічної мотивації дій, як правило, не корисливої, а на ґрунті ненависті учасники таких об'єднань (угруповань) частіше за все поєднані на основі відповідної ідеології (фашизм, націоналізм, антисемітизм тощо). Підлягають доказуванню, зокрема, мотиви вчинення злочину: політична, ідеологічна, расова, національна, релігійна (етнорелігійна) ненависть чи ворожнеча або мотив ненависті чи ворожнечі щодо певної соціальної групи (наприклад, інвалідів, осіб нетрадиційної сексуальної орієнтації; регіональної належності осіб, їхньої клановості тощо).

За всього різноманіття мотивації вчинення злочинних дій основним мотивом є той, що є найбільш сильним. Деякі дослідники цього питання пропонують виділяти як спонукальні до конкретної поведінки особи мотиви трьох порядків: цільові, орієнтувальні й технічні [13, с. 67–68]. Так, для такого різновиду виявів екстремізму, яким є злочини на ґрунті ненависті, цільовим мотивом буде, наприклад, прагнення до витіснення суб'єктів – представників іншої національності, раси – із соціальної реальності. Орієнтувальним мотивом при цьому буде «презумпція винуватості» осіб, котрі належать до конкретної групи, а технічний мотив при цьому конкретизуватиме мотиви попередніх рівнів уже в реальній ситуації [14, с. 26]. Саме тому за наявності ідеологічного складника в діях таких осіб вони фактично не приховують як сліди злочинних дій, так і їх мотивацію. Соціологи, зокрема, відмічають таку закономірність: якщо на початку 2000-х років молодь надавала перевагу анонімності, закритості, то зараз, навпаки, молодь публічна й демонстративна. Її світосприйняття припускає відкриту, щиру комунікацію [15].

Допиту підозрюваного передують інші слідчі (розшукові) і процесуальні дії. Зокрема, це огляд місця події, затримання за підозрою в учиненні злочину, освідування, допит свідків і потерпілих, отримання слідчим інформації, яка є результатом проведення оперативно-розшукових заходів; інформація, яка накопичена у відповідних банках даних щодо екстремістських, терористичних організацій, організованих злочинних угруповань і їхніх учасників (активних членів і лідерів). Усе це сприяє підготовці до допиту підозрюваного, яка для зазначеної категорії проваджень включає вивчення особи підозрюваного; знання особливостей поведінки осіб, які вчиняють такі злочини, розуміння субкультури злочинних угруповань екстремістської спрямованості [16, с. 58].

Більшість злочинів, які є предметом нашого дослідження, – це насильницькі дії. А отже, в результаті насильницьких дій тілесні ушкодження отримують не тільки жертви, а й нападники (в результаті дій у відповідь з боку потерпілих; під час опору представникам правоохоронних органів, в результаті необережності тощо).

Так, у червні 1995 р. в Криму під час розсіювання екстремістського натовпу на автотрасі під Судаком дві людини було вбито, а ще група переважно активних учасників масових заворушень (не менш ніж 20) отримала поранення в результаті застосування вогнепальної зброї. Але ні один із постраждалих до лікарень не звертався. Тому під час розслідування справи протягом 10–12 місяців усі встановлені учасники заворушень пройшли процедуру освідування. Серед останніх виявлено 18 осіб – учасників заворушень, на тілі яких знайдені сліди вогнепальних поранень, які за часом заподіяння відповідали даті вчинення масових заворушень [17].

Під час освідування можна отримати дані щодо належності особи до прихильників екстремістської ідеології. Наприклад, коли йдеться про наявність тематичних татуювань. Так, у справі про серію вибухів, які були вчинені у 2010–2011 рр. у м. Нєфтєюганськ (РФ) у підозрюваних Т. і Ш. під час освідування знайдені тематичні татуювання, зокрема цифрова комбінація «14/88». Ця комбінація в скінхедів ("Nazi skinheads") являє собою символічно зашифроване послання-лозунг із 14 слів («Ми повинні захистити саме існування нашого народу й майбутнє для білих дітей»), яке належить Д. Лейну, американському прихильнику ідей білого націоналізму. Друга цифра символізує твердження А. Гітлера з ч. 1 гл. 8 «Моя боротьба» з 88 слів. Це число також є закодованим привітанням "Hail Hitler!", оскільки буква «H» знаходить на восьмому місці в латинському алфавіті [18].

Інформацію про підозрюваного можна також отримати на основі аналізу інформації про осіб, для яких ключові канали споживання інформації – це Інтернет, соціальні мережі, відеосервіси (16–22 років), які брали участь у обговоренні в мережі актуальних питань сьогодення й висловлювали, наприклад, підтримку якоїсь ідеологічної установки, яку сповідує «лідер думок», що на своєму сайті поєднує однодумців.

Цю інформацію, як й інформацію, отриману в процесі проведення допитів свідків, огляду місця події, обшуків та інших процесуальних дій, слідчий використовує під час допиту підозрюваних.

Традиційно це допит у конфліктній ситуації, тому тактика допиту може бути побудована на використанні даних про особу підозрюваного з активізацією його позитивних якостей (у тому числі тоді, коли підозрюваний є неповнолітнім); роз'яснення йому позитивних наслідків співпраці зі слідством (обвинуваченням), наявних компромісних процедур. Для встановлення психологічного контакту слідчий використовує допомогу спеціалістів-психологів тощо.

Ефективним тактичним прийомом, за допомогою якого слідчий отримує від підозрюваного правдиві показання, є використання вже під час допиту показань співучасників (їхні оголошення, наприклад); інформації, отриманої в процесі обшуків, допитів свідків і потерпілих, даних із мережі Інтернет, камер зовнішнього відеоспостереження тощо.

Під час допиту підозрюваних у вчиненні злочинів, які є виявом екстремістської діяльності, у безконфліктних ситуаціях (або в разі подолання такої ситуації й налагодження психологічного контакту) потрібно встановлювати такі (крім анкетних даних) обставини: характер, спрямованість особистості підозрюваного; особливості виховання його в родині, школі (для встановлення джерел формування особистості); ставлення підозрюваного до оточуючих у тому числі за національною ознакою, расовими ознаками тощо. Установлюється: чи не є він прибічником учень про поділ націй і рас на вищі, обрані та неповноцінні; яку літературу читає; наявність різного роду захоплень, рівень матеріальної забезпеченості (джерела й розмір офіційних доходів); чи брав участь раніше в конфліктах на ґрунті ненависті або ворожнечі та чи не притягувався до кримінальної або адміністративної відповідальності; чи не є він членом якоїсь організації (угруповання), яка поєднує своїх учасників на основі сприйняття спільної ідеології; як вступив до неї, яка її структура, хто є лідером, щодо джерел фінансування (та його особистої участі в цьому процесі), сутності ідеології (ідеологічної установки); акції, які проводить організація, обставини їх проведення та участь у них тощо [16, с. 60; 19, с. 63].

Уся ця інформація може не бути безпосередньо пов'язана з подією злочину, який розслідується. Але вона надає загальну картину щодо підозрюваного та його місця в структурі екстремістської організації, співучасників та особливостей функціонування і процесів трансформації екстремістського угруповання (від створення до сприйняття відповідної ідеології, структуризації, організації фінансування, конфліктів в угрупованні, випадків виходу зі складу окремих учасників) тощо. Усе це надалі слідство використовує для подолання загальної протидії розслідуванню з боку всього угруповання, до складу якого входив підозрюваний.

Слідчому не рекомендується під час допиту осіб, котрі входять до складу екстремістської організації, яка має ідеологічний складник, переводити допит у русло заперечення догм, що покладені в основу такої ідеології. Аналогічна ситуація виникає в справах про діяльність деструктивних сект, тоталітарних культів, де спір про віру часто призводить до відмови особи від дачі показань і не сприяє створенню відповідного контакту між слідчим і допитуваним. Треба виходити з того, що віра не потребує доведення, тому під час допиту не потрібно сперечатися з підозрюваним щодо віри.

На думку практиків, одночасний допит підозрюваного зі свідками, потерпілими (очна ставка) зазвичай у таких справах не проводиться, оскільки в разі проведення, замість ординарної слідчої (розшукової) дії, яка спрямована на усунення суперечностей у показаннях її учасників, такий допит може перетворитися в абстрактний спір протилежних переконань, а це може нашкодити розслідуванню [20, с. 144].

Висновки

Отримання слідчим (прокурором) об'єктивної доказової інформації в процесі допиту підозрюваного, який є учасником екстремістського формування, залежить від підготовки слідчого до допиту: отримання та аналізу інформації щодо особи підозрюваного; обрання необхідної лінії поведінки під час допиту: встановлення психологічного контакту, використання отриманих слідством даних, роз'яснення наслідків компромісу зі слідством, своєчасне використання тактичних прийомів. Саме ці дії дають змогу подолати протидію розслідуванню кримінально-караних виявів екстремістської діяльності й викриттю винних у вчиненні цих злочинів.

Список використаних джерел:

1. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики / Г. Гросс. – Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. – М. : ЛексЭст, 2002. – 1088 с.

2. Кистяковский А.Ф. Общая часть уголовного судопроизводства / А.Ф. Кистяковский. – К. : Издательство Семенко Сергея, 2005. – 118 с.

3. Бояров В.І. Криміналістична класифікація кримінально-караних проявів екстремізму / В.І. Бояров // Вісник Академії адвокатури України: наук. журн. / Акад. адвокатури України. – К. : ВЦ Акад. адвокатури України, 2015. – Том 12. – № 2(33). – С. 210–216.

4. Білоус І.М. Розслідування злочинних посягань, вчинених на ґрунті проповідування деструктивних ідеологій чи виконання релігійних обрядів : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / І.М. Білоус. – К. : Академія адвокатури України, 2010. – 188 с.

5. Ларкін М.О. Особливості розслідування злочинів проти особи, що вчиняються на ґрунті расової, національної чи релігійної ворожнечі : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / М.О. Ларкін. – Запоріжжя : Запорізький національний університет, 2011. – 244 с.

6. Шалдирван П.В. Методика розслідування масових заворушень : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / П.В. Шалдирван. – К. : Академія адвокатури України, 2005. – 201 с.

7. Скориков Д.Г. Расследование преступлений экстремистской направленности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Криминалисти-

ка; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность» / Д.Г. Скориков. – Волгоград, 2014. – 33 с.

8. Сергеева А.В. Особенности досудебного производства по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.09 / А.В. Сергеева. – М. : Академия управления МВД России, 2012. – 30 с.

9. Кулешов Р.В. Психолого-криминалистические особенности субъектов преступлений экстремистской и террористической направленности как объект научного изучения / Р.В. Кулешов // Психопедагогика в правоохранительных органах. – 2016. – № 1 (64). – С. 38–40.

10. Мусаелян М.Ф. Личность участника неформальных молодежных экстремистских организаций (группировок) / М.Ф. Мусаелян // Адвокат. – 2014. – № 6. – С. 22–33

11. Бычков В.В. Противодействие преступлениям экстремистской направленности : [курс лекций] / В.В. Бычков. – М. : Юрлитинформ, 2013. – 256 с.

12. Алехин Е.В. Расследование организации экстремистских сообществ : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.12 «Криминалистика, судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность» / Е.В. Алехин. – Краснодар, 2015. – 30 с.

13. Скляров С.В. Мотивы индивидуального преступного поведения и их уголовно-правовое значение / С.В. Скляров. – М., 2000.

14. Методика расследования преступлений, совершенных на почве национальной или расовой вражды или ненависти / [А.Я. Винников, Н.М. Гиренко, О.Н. Коршунова, А.В. Леухов, Е.Б. Серова] ; под общ. ред. О.Н. Коршуновой. – СПб., 2002. – 92 с.

15. «Зачем прессовать подростков». Социолог о том, почему дети заинтересовались политикой // Lenta.ru. – 5 апреля 2017. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : lenta.ru/articles/2017/04/05/miting/.

16. Алгазин И.И. Особенности допроса потерпевших по делам о причинении вреда здоровью по мотиву политической, идеологической расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-то социальной группы / И.И. Алгазин // Правовые основы противодействия экстремисткой деятельности : материалы Всерос. науч.-практ. конф. (11.02.2011). – Тюмень, 2011. – С. 63–68.

17. Кримінальні справи № № 48-550, 48-621; 48-622 // Архів Верховного Суду Автономної Республіки Крим за 1997 рік.

18. Иванов Э.А. Об опыте раскрытия серии преступлений экстремистского характера / Э.А. Иванов // Вестник Академии Следственного комитета Российской Федерации. – 2014. – № 2. – С. 99–101.

19. Бычков В.В. Особенности производства допросов при расследовании преступлений экстремистской направленности / В.В. Бычков // Соотношение национального и международного права по противодействию национализму, фашизму и другим экстремистским преступлениям : материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. выдающемуся российскому ученому Николаю Сергеевичу Алексееву (Москва, 30 октября 2015 г.) / под ред. А.И. Бастрыкина. – М. : ЮНИТИ-ДАНА, 2015. – 239 с. – С. 60–64.

20. Хаитжанов А. Проблемные аспекты в расследовании преступлений экстремистской направленности / А. Хаитжанов // Электронный научный журнал «Наука. Общество. Государство» – esj.pnzqu.ru. – 2013. – № 3 (3). – С. 142–148.

В статье рассмотрены некоторые вопросы тактики допроса подозреваемого в уголовных делах об уголовно-наказуемых проявлениях экстремистской деятельности: сформулированы рекомендации, направленные на получение следователем в процессе допроса информации об обстоятельствах события, которое является предметом расследования; об участниках экстремистской организации, ее структуре, источниках финансирования; об идеологии, которая объединяет участников такой организации, и т. п., с целью изобличения виновных.

Ключевые слова: досудебное расследование, экстремизм, подозреваемый, тактика допроса.

The author considered some questions of tactics of interrogation are considered suspected of criminal cases about criminally-punishable displays of extremist activity: formulated recommendations sent to the receipt by an investigator in the process of interrogation of information about the circumstances of event, about the participants in the extremist organization, its structure; sources of funding, ideology, which unites the participants of such an organization, ect., with the aim of exposing the perpetrators.

Key words: pre-trial investigation, extremism suspected, tactics of interrogation.

УДК 343.985

Владислав Негребецький,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри криміналістики
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

ПОРІВНЯННЯ ЯК МЕТОД ПІЗНАННЯ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ

Стаття присвячена дослідженню специфіки процесу пізнання під час перевірочних слідчих дій. Проаналізовано особливості застосування методу порівняння. На прикладі слідчого експерименту та перевірки показань на місці розглянуто шляхи вдосконалення способів та прийомів збирання, дослідження і фіксації доказів під час перевірочних слідчих дій.

Ключові слова: метод порівняння, слідча дія, перевірка показань на місці, слідчий експеримент, фіксація, план, схема, фотозйомка, відеозапис.

Постановка проблеми. Розслідування злочинів являє собою пізнавальну діяльність слідчого, спрямовану на збирання, дослідження й оцінку доказової інформації. На стадії досудового розслідування така діяльність відбувається в формі слідчих (розшукових) дій (ст. 223 КПК України). У слідчій практиці нерідко виникає необхідність перевірити інформацію або слідчу версію, висунуту на підставі таких даних. Це можливо як за допомогою зіставлення з іншими наявними доказами, так і через отримання нових. При цьому існують слідчі дії, спеціально призначені для перевірки вже отриманих доказів. До останніх відносять: очну ставку, слідчий експеримент, пред'явлення до впізнання, перевірку показань на місці, залучення експерта та отримання зразків для порівняльного дослідження [1, с. 42-44]. Особливістю цих слідчих дій є їх пристосованість законодавцем до перевірки вже зібраних доказів. Із цією метою норми, що регулюють процесуальний порядок їх проведення, містять вказівки щодо того, як саме оперувати вже зібраними доказами з метою їх дослідження.

Метою цієї статті є встановлення специфіки використання методу порівняння як методу дослідження інформації під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці та розроблення на цій основі практичних рекомендацій для слідчих органів України.

До перевірочних слідчих дій, зокрема, належать слідчий експеримент та перевірка показань на місці.

Перевірка показань на місці – самостійна слідча дія, яка являє собою процес зіставлення інформації, отриманої під час допиту, й (або) ідеальних слідів пам'яті з матеріальною обстановкою місця події за допомогою розповіді, демонстрації та пояснень особи, показання якої перевіряються, з метою виявлення її поінформованості про дані, що перевіряються або уточнюються, а також встановлення нових фактичних даних. *Слідчий експеримент* полягає у проведенні спеціальних дослідів із метою перевірки зібраних доказів, отримання нових доказів, перевірки й оцінки слідчих версій про можливість існування тих чи інших фактів, які мають значення для розслідування злочину та встановлення істини у справі [2, с. 290].

Окремі аспекти збирання, дослідження та фіксації інформації під час слідчого експерименту і перевірки показань на місці розглядались у роботах відомих вчених процесуалістів і криміналістів: І. Є. Биховського, О. М. Васильєва, А. В. Дулова, В. П. Колмакова, В. О. Коновалової, В. Г. Лукашевича, І. М. Лузгіна, С. С. Степічева, С. А. Шейфера, В. Ю. Шепітько. Зокрема, на рівні дисертаційних досліджень цим слідчим діям присвятили свої праці А. А. Андрєєв, Л. Ю. Ароцкер, Р. С. Бєлкін, Н. І. Гуковська, Д. Д. Заяць, О. Б. Зозулінський, О. Г. Маслов, О. С. Рубан, Л. О. Соя-Серко, В. М. Стратонов, В. М. Уваров, М. М. Хлинцов, О. В. Ципленкова, І. В. Чаднова, Ш. Ш. Ярамиш'ян.

Процес збирання і дослідження інформації під час перевірочних слідчих (розшукових) дій має специфіку, пов'язану зі спрямованістю на перевірку вже зібраної інформації. Процедура цих слідчих дій передбачає достатньо оригінальне сполучення методів пізнання з метою перевірки наявної інформації [3, с. 60].

Так, перевірка показань на місці передбачає можливість використання специфічного методу отримання інформації, що дозволяє виявляти і встановлювати дані, не доступні іншим процесуальним формам одержання доказів. Таким методом є зіставлення показань про пов'язані з певним місцем обставини злочину з фактичною обстановкою на цьому місці, показаною слідчому особою, яка дала показання. Даний метод є різновидом методу порівняння. Останній же є основою для перевірочних слідчих дій.

Метод зіставлення полягає в одночасному співвідносному дослідженні й оцінці властивостей, або ознак, спільних для двох чи більше об'єктів [4, с. 194]. Зіставлення, співвіднесення різних інформаційних систем дозволяє виокремити нову інформацію, якої в ізольованому вигляді в природі не існує [1, с. 67]. У процесуальній правовій літературі відзначається, що ця слідча дія спеціально провадиться для зістав-

© В. Негребецький, 2017

лення фактичних даних – показань підозрюваного, які він дав на допиті, з фактичною обстановкою, показаннями й діями цієї особи на місці, а також результатами огляду місця події й допиту свідків і потерпілого [5, с. 74–75].

Процес зіставлення складається з трьох взаємозалежних елементів – розповіді, показу й огляду. Особа, показання якої перевіряються, розповідає про події, які відбулись на даному місці, й обставини, тісно з ними пов'язані. У порядку уточнення їй можуть бути поставлені запитання слідчим і з його дозволу – іншими учасниками слідчої дії. Однак зміст поставлених запитань не повинен виходити за межі обставин, дослідження яких пов'язано з місцем події [6, с. 13]. Розповідь особи на місці події супроводжується демонстрацією окремих дій і поз, які не мають дослідного характеру, а також показом окремих об'єктів, орієнтирів, що входять до загального комплексу даної обстановки. Розповідь, що не супроводжується такою демонстрацією, відтворенням минулих дій, перетворюється на звичайний допит і втрачає будь-які ознаки розглядуваної слідчої дії.

Окремі науковці відзначають, що неодмінною умовою ефективності й вірогідності результатів зіставлення є дослідження і фіксація фактичної обстановки місця події для підтвердження правильності показань, що перевіряються, інакше воно позбавляється всякого сенсу [6, с. 14]. З таким твердженням погодитися неможливо, оскільки розглянутий елемент не є факультативним. На нашу думку, вивчення розташування місця, об'єктів та орієнтирів, зазначених особою, показання якої перевіряються, входить у зміст методу зіставлення. У цьому й полягає взаємозалежність елементів зіставлення показань із фактичною обстановкою, коли розповідь, показ і огляд самі по собі втрачають значення самостійної слідчої дії й у своїй сукупності утворюють самостійну слідчу дію. Таке поєднання елементів не є механічним; елементи інших слідчих дій виступають у відтворенні обстановки і обставин події в перетвореному вигляді, вони органічно пов'язані між собою. Кількісна перевага елементів однієї дії над елементами іншої, зміна співвідношення між ними не змінює якості самої слідчої дії [7, с. 19].

Вважаємо, що з метою підвищення ефективності збирання і фіксації доказів доцільно залучати спеціаліста до участі в цій слідчій (розшуковій) дії. Спеціаліст надає слідчому допомогу у виявленні, закріпленні й вилученні доказів, використовуючи свої спеціальні знання. Спеціаліст може звернути увагу слідчого на факти, що мають значення для справи. Зокрема, це передбачено ст. 71 КПК України. Дані, встановлені під час перевірки показань на місці, можуть мати потребу в наступній експертній або експериментальній перевірці. При цьому спеціаліст може зробити попередні висновки щодо таких даних (наприклад, приблизно вказати на час смерті, знаряддя вбивства, можливість нанесення тілесних ушкоджень певним способом). Його висновки не мають доказового значення, але вони виступають орієнтуючою інформацією і мають характер консультацій. Якщо в справі повинна бути призначена експертиза, то експерт у процесі проведення слідчої дії може надати слідчому консультаційно-технічну допомогу, а його дії будуть охоплюватися статусом спеціаліста. Роль спеціаліста у перевірці показань на місці може бути проілюстрована таким прикладом.

У лісі було виявлено труп громадянина П. із трьома кульовими пораненнями в тулуб. Підозрюваним у вбивстві був громадянин С., який на допиті зізнався у скоєнні цього злочину і заявив, що вбивство відбулося внаслідок самозахисту. Під час перевірки показань на місці події підозрюваний уточнив механізм заподіяння потерпілому вогнепальних поранень. Під час проведення перевірки його показань був присутній судово-медичний експерт. Заслухавши пояснення С., останній дійшов висновку, що версія підозрюваного про самозахист не відповідає відтвореному механізму заподіяння потерпілому тілесних ушкоджень. Надалі висновок спеціаліста було підтверджено результатами судово-медичної експертизи [8, с. 117-120].

Роль спеціаліста у перевірці показань на місці може полягати і в постановці запитань особі, показання якої перевіряються, з метою уточнення тих чи інших обставин, що мають значення в справі. Він може надати слідчому допомогу у фіксації результатів криміналістичної реконструкції, яка здійснюється особою, показання якої перевіряються. Проілюструємо це таким прикладом.

У зґвалтуванні й умисному вбивстві громадянки С. підозрювався громадянин Р. На допиті він зізнався у скоєнні цих злочинів і розповів, що відразу ж після зґвалтування став завдавати потерпілій сильні удари ціпком по тулубу й голові, після чого затяг на її шиї хустку й задушив її. Під час проведення перевірки показань Р. на місці події був присутній судово-медичний експерт. Спеціаліст запропонував підозрюваному за допомогою манекена відтворити взаємне розташування Р. і потерпілої, а також механізм нанесення їй ударів ціпком по голові. Потім експерт дав підозрюваному хустку і запропонував йому продемонструвати, яким чином був зав'язаний вузол на шиї потерпілої. Підозрюваний відтворив вузол на манекені, після чого спеціаліст розрізав хустку так, як це було зроблено раніше у перебігу судово-медичної експертизи трупа. Криміналістична експертиза показала належність даного вузла і вузла, вилученого при судово-медичній експертизі трупа, до одного виду [9, с.1].

Очевидно, що використання такого досить складного методу перевірки даних (зіставлення) вимагає застосування відповідних способів і прийомів фіксації. На нашу думку, основним критерієм у виборі останніх є їх здатність наочно ілюструвати отриману інформацію. Так, якщо під час перевірки показань на місці відбувається реконструкція розташування учасників події в певний момент часу, то такі результати описати словами в протоколі досить складно, а іноді й неможливо. Простіше в цьому разі скласти схему, план або здійснити фотозйомку. Перевага такого способу дії полягає у спрощенні наступної оцінки результатів слідчої дії. Адже фотота-

блиця порівняно з протоколом має очевидний плюс у формуванні уявлення про просторове розташування учасників події.

У криміналістичній літературі звертається увага на доцільність застосування графічного способу фіксації результатів перевірки показань на місці. Так, Л. О. Соя-Серко зазначає, що доцільно заздалегідь скласти план (схему) місця проведення майбутньої слідчої дії, а в процесі її проведення позначати на ньому маршрут та об'єкти, про які повідомляє особа, показання якої перевіряються [10, с. 75]. М. М. Хлинцов вважає, що з метою фіксації результатів перевірки показань підозрюваного можна використовувати топографічну карту місцевості, на якій позначаються шлях просування, об'єкти і сліди, зазначені особою, показання якої перевіряються [7, с. 98]. О. М. Васильєв і С. С. Степичев рекомендують ще в процесі допиту запропонувати цій особі скласти схему з позначкою знаходження об'єктів на місці скоєння злочину, а також взаєморозташування окремих осіб – учасників події [11, с. 30]. Отриманою в такий спосіб інформацією можна буде оперувати у процесі перевірки показань на місці. Як вбачається, застосування плану території (приміщення) не тільки полегшує фіксацію результатів слідчої дії, а й дозволяє ефективніше зіставляти пояснення особи, показання якої перевіряються, з наявною обстановкою.

Наведемо випадки, коли необхідно використовувати графічні моделі (план, схема, фотозйомка, відеозапис) як способи фіксації під час перевірки показань на місці: 1. Підозрюваний указує на деталі обстановки, знання яких свідчить про його винну поінформованість щодо обставин досліджуваної події. 2. Декілька підозрюваних під час окремо проведених перевірок їхніх показань на місці події указують на одні й ті самі деталі обстановки, і це теж свідчить про їх винну поінформованість. Такі об'єкти на місцевості виступають орієнтирами, оскільки дозволяють впізнати фрагмент місцевості, зіставити показання декількох співучасників. 3. Підозрюваний указує на деталі обстановки, які не збереглися на момент проведення цієї слідчої дії, наприклад місце, де знаходилися викрадені речі. 4. Під час перевірки показань на місці були виявлені сліди, які мають причинний зв'язок із подією злочину, наприклад речі, які належали потерпілій по справі про зґвалтування.

Під час слідчого експерименту та перевірки показань на місці може виникнути необхідність фіксації інформації динамічного характеру. Наприклад, процес і результати дослідів, послідовність виконання окремих дій, маршрут пересування, поведінка особи, показання якої перевіряються, зокрема її ініціатива в демонстрації дій, напрямків руху, розташування окремих об'єктів, відтворенні первісної обстановки. У таких випадках доцільно використовувати відеозапис.

Основою слідчого експерименту є експериментальний метод. Так, Н. І. Гуковська визначає, що завданням слідчого експерименту є встановлення за допомогою дослідів або випробувань, що проводяться слідчим, факту, чи могла подія або явище відбуватися в певних умовах або певним чином [12, с. 13]. Експериментальний метод надає можливість: неодноразово повторювати явища, що спостерігаються, в будь-яких умовах; вивчати явища, які відбуваються в природних умовах дуже швидко або дуже повільно, що перешкоджає їх спостереженню; досліджувати такі явища, які в ізольованому вигляді не можуть спостерігатися в природі; виокремлювати в процесі вивчення окремі сторони явища, окремі ознаки об'єкта [13, с. 185].

У разі проведення слідчого експерименту необхідно дотримуватись таких умов: обмежена кількість учасників експерименту, проведення експерименту в умовах, максимально наближених до тих, в яких відбувалася подія або факт, що перевіряється, багаторазовість проведення однорідних дослідів; проведення дослідів у декілька етапів [14, с. 80]. Проведення експерименту вимагає спеціального вибору й створення умов, максимально наближених до тих, у яких відбувалась досліджувана подія. Таким чином, у разі відсутності можливості вибрати аналогічні умови виникає необхідність у їх моделюванні, наприклад освітлення, звуку, кліматичних умов, матеріальної обстановки події, форми, ваги предметів, за допомогою яких виконуються дії, тощо. Якщо підібрати або реконструювати певні умови неможливо, необхідно враховувати ступінь незбігу умов під час оцінки результатів експерименту. Досліджувана подія моделюється. Отримані при цьому результати дослідних дій порівнюються з даними інших доказів за кримінальним провадженням. Метод порівняння використовується слідчим для оцінки результатів дослідних дій і одночасно є методом дослідження даних, що перевіряються. Так, невідповідність результатів слідчого експерименту щодо можливості чути в певних умовах показанням свідка про розмову, яку він нібито чув, може свідчити про неправду в показаннях.

Кримінально-процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13.04.2012 р. містить ст. 240 під назвою «слідчий експеримент», відповідно до якої «з метою перевірки і уточнення відомостей, які мають значення для встановлення обставин кримінального правопорушення, слідчий, прокурор має право провести слідчий експеримент шляхом відтворення дій, обстановки, обставин певної події, проведення необхідних дослідів чи випробувань». Аналіз норми ст. 240 КПК України не дає чіткої відповіді на питання щодо можливості проведення перевірки показань на місці в межах передбаченої цією нормою процедури слідчої (розшукової) дії. Тому питання залишається дискусійним, що не сприяє реалізації цієї слідчої дії на практиці [15, с. 305].

У криміналістичній літературі зазначається, що розслідування злочинів являє собою специфічний вид пізнання, який має складний, ретроспективний характер і передбачає чітку процедуру використання криміналістичних засобів для отримання інформації [16, с. 36]. Якщо виходити з можливості застосування в межах однієї слідчої дії (слідчого експерименту за ст. 240 КПК України) двох різних наукових методів пізнання (експериментального та зіставлення показань із

фактичною обстановкою), то необхідно чітко визначити процедуру реалізації кожного з методів під час цієї слідчої дії. Недотримання процедури призведе до безглуздості отриманих результатів і, як наслідок, до втрати доказового значення отриманої інформації. Так, у разі перевірки показань через зіставлення з фактичною обстановкою на місці події відсутність добровільної згоди особи, показання якої перевіряються, на участь у слідчій дії, наявність навідних запитань або дій з боку слідчого та інших учасників тягне за собою недійсність результатів відтворення обстановки й обставин події. До аналогічного наслідку призведе недотримання необхідних умов проведення слідчого експерименту. З нашої точки зору, з метою визначення процедури застосування цих методів доцільно виокремити суттєві ознаки, що характеризують слідчий експеримент та перевірку показань на місці. Через даний комплекс ознак можливо визначити та нормативно закріпити порядок використання криміналістичних засобів отримання інформації.

Аналіз криміналістичної літератури дозволяє назвати такі суттєві ознаки слідчого експерименту як процесуального способу перевірки доказів:

– проведення дій дослідного характеру;

– відтворення (моделювання) умов, за яких відбувалися події або мали місце факти, що перевіряються;

– створення умов для спостереження за процесом і результатами проведення дослідів;

– неодноразовість проведення дослідних дій (у разі, якщо це можливе);

– врахування умов, що змінилися і не піддаються реконструкції .

Суттєвими ознаками перевірки показань на місці є:

– існування безпосереднього зв'язку з допитом, що передує (дана слідча дія не може бути проведена без попереднього допиту, на якому отримується інформація, яка потребує перевірки);

– безпосереднє прибуття слідчого на місце, пов'язане з обставинами, що перевіряються;

– добровільний характер участі особи, показання якої перевіряються, у проведенні цієї слідчої дії;

– безпосереднє прибуття із цією особою на місце, про яке вона повідомила у своїх показаннях;

– застосування специфічного методу дослідження інформації з метою її перевірки – зіставлення показань з матеріальною обстановкою місця події за допомогою розповіді, демонстрації та пояснень особи, показання якої перевіряються.

Висновки

Особливостями процесу пізнання під час перевірочних слідчих дій, слідчого експерименту й перевірки показань на місці є активне використання методу порівняння. Алгоритм перевірки доказів у межах цих двох слідчих дій суттєво відрізняється. Тому доцільно передбачити перевірку показань на місці в окремій нормі КПК України. Серед наявних додаткових способів фіксації слідчих дій особливого значення набувають складення планів, схем, здійснення фотозйомки, відеозапису. Тому використання цих способів фіксації під час слідчого експерименту і перевірки показань на місці є необхідним. Таким чином більш повно здійснюється фіксація отриманої доказової інформації, підвищується ефективність проведення слідчої дії, спрощується наступна оцінка результатів слідчої дії та створюються більш широкі можливості для використання цієї інформації під час кримінального провадження.

Список використаних джерел:

1. Шейфер С.А. Познавательное значение следственных действий и их система / С.А. Шейфер // Вопросы борьбы с преступностью. – М.: Юрид. лит., 1972. – Вып.15. – С. 54–70.

2. Шепитько В.Ю. Криминалистика : підручник / В.Ю. Шепитько. – Київ: Ін Юре, 2010. – 496 с.

3. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания : учебное пособие / И.М. Лузгин. – М.: НИ и РИО ВШ МВД СССР, 1969. – 177 с.

4. Белкин Р.С. Собирание, исследование и оценка доказательств. Сущность и методы / Р.С. Белкин. – М.: Наука, 1966. – 293 с.

5. Лузгин И.М. Расследование как процесс познания : учебное пособие / И.М. Лузгин. – М.: НИ и РИО ВШ МВД СССР, 1969. – 177 с.

6. Зозулинский А.Б. Правовые основы и криминалистические методы исследования места события с целью проверки показаний : автореф. дис... канд. юрид. наук / А.Б. Зозулинский ; Харьковский юрид. ин-т. – Х., 1969. – 20 с.

7. Хлынцов М.Н. Проверка показаний на месте / М.Н. Хлынцов. – Саратов: Изд-во Саратовского юрид. ин-та, 1971. – 119 с.

8. Слідча практика України. – Харків: Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив, 2003. – Вип. 3. – 156 с.

9. Архів апеляційного суду Харківської обл.: Кримінальна справа №2-74/2001 за 2001 р.

10. Соя-Серко Л.А. Проверка показаний на месте : метод. пособие / Л.А. Соя-Серко. – М.: Изд-во ВИПИПИРМПП Прокуратуры СССР, 1966. – 91 с.

11. Васильев А.Н. Воспроизведение показаний на месте при расследовании преступлений / А.Н. Васильев, С.С. Степичев. – М.: Госюриздат, 1959. – 43 с.

12. Гуковская Н.И. Следственный эксперимент / Н.И. Гуковская. – М.: Госюриздат, 1958. – 96 с.

13. Белкин Р.С. Очерки криминалистической тактики : учебное пособие / Р.С. Белкин. – Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1993. – 200 с.

14. Белкин Р.С. Теория и практика следственного эксперимента / Р.С. Белкин. – М.: ВШ МВД СССР, 1959. – 171 с.

15. Журавель В.А. Деякі проблемні питання провадження слідчих (розшукових) дій за чинним КПК України / В.А. Журавель // Вибрані твори. – Харків, Апостіль, 2016. – 704 с.

16. Шепитько В.Ю. Сущность познавательной деятельности следователя и проблемы использования "матриц" криминалистики / В.Ю. Шепітько // Вибрані твори. – Х.: Видавнича агенція "Апостіль", 2010. – 576 с.

Статья посвящена исследованию специфики процесса познания при проведении проверочных следственных действий. Проанализированы особенности использования метода сравнения. На примере следственного эксперимента и проверки показаний на месте рассмотрены пути усовершенствования способов и приемов собирания, исследования и фиксации доказательств при проведении проверочных следственных действий.

Ключевые слова: метод сравнения, следственное действие, проверка показаний на месте, следственный эксперимент, фиксация, план, схема, фотосъемка, видеозапись.

The article is devoted to research of specificity of process of knowledge at carrying out of verifying investigatory actions. The features of using of method of comparison are analyzed. The ways of improvement of methods and receptions of collecting, research and fixation of proofs at carrying out of verifying investigatory actions are examined on an example of investigatory experiment and verifying testimony at the crime scene.

Key words: ccomparison method, investigatory action, verifying testimony at the crime scene, investigatory experiment, fixing, plan, scheme, photographing, videorecording.

УДК 347.991:347.962.2(477)

Марина Деменчук,

аспірант кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ФОРМУВАННЯ СУДДІВСЬКОГО СКЛАДУ ВЕРХОВНОГО СУДУ

Стаття присвячена дослідженню правових та організаційних засад проведення конкурсу на посаду судді Верховного Суду в Україні, аналізу деяких як позитивних, так і негативних його аспектів. Автором висловлені зауваження та пропозиції щодо покращення процедури проведення конкурсу.

Ключові слова: Верховний Суд, конкурс, судоустрій, кандидат на посаду судді.

Постановка проблеми. Одним з елементів судової реформи є утворення в Україні нового Верховного Суду. Перехідними положеннями Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. встановлено, що цей судовий орган розпочне свою роботу за умови призначення щонайменше шістдесяти п'яти суддів Верховного Суду за результатами конкурсу, проведеного відповідно до Закону, а сам орган мав бути утворений протягом шести місяців із дня набрання чинності Закону України «Про судоустрій і статус суддів» (тобто до кінця березня 2017 р.). Але, з огляду на реальну ситуацію, Верховний Суд, очевидно, почне роботу приблизно лише у кінці травня.

Згідно з цим законом, до складу Верховного Суду входять судді у кількості не більше двохсот, а його структура складається з Великої Палати Верховного Суду (судді до якої обираються з числа суддів касаційних судів), Касаційного адміністративного суду, Касаційного господарського суду, Касаційного кримінального суду та Касаційного цивільного суду.

Окрім Закону України «Про судоустрій і статус суддів», до нормативної бази формування Верховного Суду належать «Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів касаційних судів у складі Верховного Суду» та «Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді», затверджені рішеннями Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (надалі – ВККС) від 07.11.2016 р.

Серед вчених та юристів, що досліджували питання формування складу суддівського корпусу Верховного Суду, можна виділити С.О. Алексєєва, С.В. Ківалова , Я.М. Романюка, В.В. Сердюка, С.О. Щотка та ін.

Метою статті є дослідження організаційних та правових аспектів формування складу суддів Верховного Суду в Україні, оцінка як позитивних, так і негативних сторін проведеного конкурсу.

Виклад основного матеріалу. 07.11.2016 р. ВККС оголосила конкурс на 120 вакантних посад у Верховному Суді (відповідно, по 30 осіб до кожного з касаційних судів).

Особа, яка виявила бажання узяти участь у конкурсі на посаду судді Верховного Суду, мала пройти процедуру повідомлення ВККС. Надати таке повідомлення було необхідно з 09.11.2016 р. до 25.11.2016 р. шляхом заповнення відповідної форми на офіційному сайті ВККС. Далі кандидат мав особисто подати у визначений час певний передбачений перелік документів, а саме:

– письмову заяву на участь у проведенні кваліфікаційного оцінювання;

– копію паспорта громадянина України;

– анкету кандидата на посаду судді;

– мотиваційний лист, в якому викладалися передумови, які спонукали до участі кандидата у конкурсі, мета, яку кандидат на посаду судді прагне досягти під час перебування на відповідній посаді, наявність необхідної кваліфікації для відповідної посади, роль суддівської винагороди у волевиявленні стати суддею відповідного суду, інші мотиви бути суддею;

– декларацію родинних зв'язків кандидата на посаду судді – для кандидатів, які не є суддями, або декларацію родинних зв'язків судді – для кандидатів, які є суддями;

– декларацію доброчесності судді;

– копію диплома про вищу юридичну освіту (з додатками), здобуту в Україні, чи копії документів про вищу юридичну освіту, здобуту за кордоном, разом із копіями документів, що підтверджують їх визнання в Україні, а також копії документів про науковий ступінь, вчене звання (за наявності такого ступеня чи звання);

– копію трудової книжки, послужного списку;

– довідку медичної установи про стан здоров'я кандидата з висновком щодо його придатності до роботи на посаді, пов'язаній із виконанням функцій держави;

– згоду на проведення щодо нього спеціальної перевірки;

– копію військового квитка (для військовослужбовців або військовозобов'язаних);

– заяву про проведення перевірки, визначеної Законом України «Про очищення влади» [1, п. 6].

Загалом було зареєстровано 1 436 претендентів, але документи надали лише 846 з них. Після вивчення отриманих документів членами

© М. Деменчук, 2017

ВККС 653 кандидати були допущені до спецперевірки та конкурсу [2].

Перший етап конкурсу, а саме складання анонімного тестування, відбувся 16.02.2017 р. До нього за результатами спеціальної перевірки було допущено 625 кандидатів. Під час іспиту дозволялося користуватися екзаменаційними матеріалами, ручкою із чорнилом синього або чорного кольорів та чистими аркушами паперу для власних записів. Загальна кількість тестових завдань – 120, кожне з яких мало чотири варіанти відповідей. До Касаційного адміністративного суду, Касаційного господарського суду, Касаційного цивільного суду мінімальна прохідна кількість балів складала 60, а до Касаційного кримінального суду – 54 бали [3]. Максимально можлива кількість балів за тестування – 90 [4]. Анонімне письмове тестування могло тривати до 240 хвилин.

До наступного етапу, а саме – практичного завдання, що відбувся 21.02.2017 р., були допущена 521 особа. Під час виконання практичного завдання кандидати протягом п'яти годин мали написати мотивувальну та резолютивну частини судового рішення на підставі матеріалів модельної судової справи.

Під час цього етапу конкурсу кандидати мали право користуватися лише виданими Комісією зошитом із практичним завданням, зошитом для виконання практичного завдання, чистими листами паперу для власних нотаток та ручкою, а також текстами нормативно-правових актів, постановами пленумів судів з забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ, інформаційними листами судів, але лише на друкованих паперових носіях.

Проект судового рішення кандидати мали писати від руки. Як відзначає Голова ВККС С. Козьяков, цей момент є важливим у разі виникнення необхідності за почерком перевірити достовірність роботи, дату написання та особу виконавця [5].

Максимальна кількість балів, яку можна було набрати під час написання практичного завдання – 120 балів.

28.03.2017 р. ВККС визначила мінімально допустимий бал виконання практичного завдання, а саме: для Касаційного адміністративного суду – 67 балів; до Касаційного господарського суду – 70 балів; до Касаційного кримінального суду та Касаційного цивільного суду – по 65 балів [3].

Перший та другий етапи проходили у Києві.

Кандидати, які успішно виконали це завдання, були допущені до наступних етапів конкурсів, а саме дослідження досьє кандидатів, тестування особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей, співбесіди.

Заступник керівника проекту USAID «Справедливе правосуддя» Н. Петрова позитивно оцінює необхідність проходження психологічного тестування. На думку експерта, під час цього процесу будуть визначатися мотивація, цінності кандидатів на посаду судді, їх здатність протистояти впливу та стресу [6].

За результатами письмового анонімного тестування та виконання практичного завдання, 382 кандидати пройшли до наступних етапів конкурсу на посади суддів Верховного Суду. Цікавим є те, що серед кандидатів 73% – це судді, 10% – адвокати, 10% – науковці, а 7% мають сукупний стаж [7] (106 кандидатів наук та 19 докторів наук), коли як на початку конкурсу, науковці та адвокати складали приблизно 50% від загальної кількості кандидатів.

Вища кваліфікаційна комісія суддів України вже визначила графік та порядок проведення тестування особистих морально-психологічних якостей і загальних здібностей.

Призначення суддів на посаду до Верховного Суду на підставі конкурсу відбувається в Україні вперше, але після проведення перших двох етапів можна сказати, що загалом ідея була реалізована вдало.

До переваг можна віднести прозорість конкурсу та наближення громадськості до судової системи. За процесом виконання анонімного тестування та практичного завдання усі бажаючі мали можливість слідкувати в мережі Інтернет на Youtube-каналі Вищої кваліфікаційної комісії суддів України. Зали, в яких кандидати виконували завдання, були оснащенні камерами спостереження. Також на іспитах були присутні моніторингова група, спостерігачі з міжнародних проектів та представники Громадської ради доброчесності.

Як відзначає доцент кафедри організації судових, правоохоронних органів та адвокатури Національного університету «Одеська юридична академія», к. ю. н., доцент О. Свида, який брав участь у конкурсі, процедура його проведення з моменту подання документів до безпосереднього виконання завдання була добре продуманою та злагодженою.

До її недоліків можна віднести:

1. Стисліть строків подання документів [2]. Недостатність часу, перш за все, відчували адвокати, які виявили бажання взяти участь у конкурсі. Адже вони мали надати по одному судовому рішенню по справах, в яких вони брали участь, за кожний із десяти років роботи.

2. Недостатність часу відведеного для виконання практичного завдання (5 годин). Як зауважує доцент О. Свида, фабула модельної справи за обсягом складала близько 68 аркушів, а лише для її дослідження необхідно було близько 1,5–2 год. Також у разі допущення у бланку відповіді анонімного тестування помилки технічного характеру її неможливо було виправити.

3. Наявність певної переваги у деяких кандидатів порівняно з іншими учасниками конкурсу (за інформацією ЗМІ). Наприклад, власні справи під час виконання практичного завдання отримали голова Верховного Суду України Я. Романюк, суддя Верховного Суду України та голова Ради суддів В. Сімоненко, а також суддя Верховного Суду України Л. Охрімчук [8].

Голова Верховного Суду України Я. Романюк підтвердив інформацію, що як практичне завдання він отримав судове рішення, яке він виніс у червні 2016 р. Проте він звернув увагу, що вже не пам'ятає обставин цієї справи, та не доповідав по цьому провадженню. Також

Я. Романюк зауважує, що на питання щодо такої ситуації мають відповідати, перш за все, розробники практичних завдань для конкурсу, а не судді. Громадська рада доброчесності зазначає, що така ситуація не свідчить про те, що конкурс загалом є нечесним, але він підриває довіру до результатів конкурсу стосовно окремих кандидатів [9].

Член ВККС А. Козлов підтримує вищевказану точку зору, проте відзначає, що в разі, коли що конкурсант отримує під час іспиту справу, яку він вже колись вів, вірогідність того, що він пригадає її, а особливо у стані хвилювання, дуже мала [10].

4. Необхідність написання значного за обсягом тексту від руки, що могло бути незвичним для більшості суддів.

Спірним, на нашу думку, є положення щодо розширення кола осіб, які можуть претендувати на посаду судді у Верховному Суді. Так, адвокати й науковці, які мали десятирічний стаж представництва інтересів в суді та, відповідно, аналогічний стаж наукової або науково-педагогічної діяльності, отримали можливість стати суддями Верховного суду без досвіду роботи суддею [2].

Серед пропозицій, які можна запровадити, відзначимо можливість забезпечення учасників конкурсу електронною технікою для друку мотивувальної та резолютивної частин судового рішення, закріплення можливості виправлення технічних помилок та забезпечення учасників конкурсу нормативно-правовою базою задля усунення необхідності самостійного роздрукування значної кількості матеріалів.

Висновки

Незважаючи на спливання встановленого терміну для створення Верховного Суду, формування його суддівського складу завершене не повністю. На нашу думку, встановлений шестимісячний строк був заздалегідь замалим для створення судового органу такого рівня, адже передбачає наявність не лише нормативного базису, тобто закону, що проголошує створення Верховного Суду, а й кропітку роботу фахівців з розроблення справедливої, об'єктивної та неупередженої процедури конкурсу, яка б унеможливлювала надання переваг тим або іншим кандидатам. Як вже було відзначено, обрання кандидатами посади суддів Верховного Суду на підставі конкурсу, відбувається вперше. Позитивним є те, що ідею його проведення підтримали міжнародні організації, наприклад, USAID, з якою Україна налагодила плідну співпрацю. Незважаючи на певні недоліки у процедурі конкурсу, що були раніше відзначені у статті, його запровадження є прогресивною ідеєю, спрямованою на підвищення довіри населення до судової влади, очищення суддівського корпусу, що повністю відповідає європейському вектору розвитку, обраному нашою державою.

Список використаних джерел:

1. Умови проведення конкурсу на зайняття вакантних посад суддів касаційних судів у складі Верховного Суду: затверджено рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 07.11.2016 р. № 145/зп-16 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/i3e8rf

2. Константінов О. Приміряючи мантію: як іде процес створення нового Верховного суду [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/Fs3YdY

3. Мінімально допустимий бал за тестування під час конкурсу до Верховного Суду [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://goo.gl/FSkr32

4. Після першого тесту кількість кандидатів до Верховного Суду зменшилась з 625 до 524 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://goo.gl/x57Rwj

5. 520 кандидатів на посади суддів Верховного Суду виконали практичне завдання [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/F4DSzV

6. Березовский Е. Двойной фильтр добропорядочности [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/Kc3nMX.

7. 382 кандидати до Верховного Суду допущено до співбесід за результатами іспиту [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://goo.gl/PLfIzw.

8. На конкурсі до Верховного суду виявили факти шахрайства [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.pravda.com.ua/news/2017/02/23/7136232/

9. Українське національне інформаційне агентство «Укрінформ» [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/jriYoi.

10. ВККС: Завдання на конкурсі до Верховного Суду нікому не дають переваг [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://goo.gl/MklwRq.

Статья посвящена изучению правовых и организационных основ проведения конкурса на должность судьи Верховного Суда в Украине, анализу некоторых его как положительных, так и отрицательных аспектов. Высказаны замечания и предложения по усовершенствованию процедуры проведения конкурса.

Ключевые слова: Верховный Суд, конкурс, судоустройство, кандидат на должность судьи.

This article deals with legal and organizational aspects of a competition for the position of a judge of the Supreme Court in Ukraine. The author analyzed its positive and negative sides. Comments and suggestions on improving procedure of the competition were made.

Key words: Supreme Court, court system, candidate, competition.

УДК 341.4:341.236.4

Катерина Важна,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри міжнародних відносин
Київського національного університету культури і мистецтв

СУТНІСТЬ МІЖНАРОДНОГО ЗЛОЧИНУ АПАРТЕЇДУ ВІДПОВІДНО ДО ЧИННОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Аналізується сутність міжнародного злочину апартеїду згідно з чинним міжнародним правом. Зокрема, проводиться аналіз змісту і особливостей апартеїду відповідно до Міжнародної конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього 1973 р. та інших міжнародних нормативно-правових актів, а також практики міжнародних відносин.

Ключові слова: апартеїд, міжнародний злочин, імперативна норма загального міжнародного права, порушення прав людини, міжнародне право.

Постановка проблеми. Міжнародне співтовариство докладає чимало зусиль для реалізації боротьби з апартеїдом і превенції вказаного міжнародного злочину. Зокрема, на сьогодні прийнято чимало міжнародних нормативно-правових документів у вказаній сфері. Незважаючи на значні зусилля держав у боротьбі з апартеїдом, чинні міжнародно-правові механізми не достатньо ефективні у боротьбі із цим міжнародним злочином і потребують удосконалення. Глибокий аналіз сутності міжнародного злочину апартеїду, його змісту, практики і особливостей реалізації, аналіз суб'єктів злочину апартеїду допоможе не лише краще розуміти міжнародний злочин, а й уможливить пошук нових ефективних шляхів боротьби й превенції апартеїду, удосконалення діючих та створення нових міжнародно-правових механізмів боротьби з ним.

Міжнародні злочини та міжнародно-правові механізми боротьби з міжнародними злочинами вивчали, зокрема, такі зарубіжні вчені: Р. Аго, Ю. Барбоза, М. Бассіоні, І. Бліщенко, Я. Броунлі, А. Бустаманте, Ф. Гарсіа Амадор, Дж. Гінзбургс, Г. Доннедьє де Вабр, Дж. Дугарт, П. Куріс, Ф. Малекян, В. Панов, В. Пелла, А. Пелле, Ю. Решетов, А. Сальданья, І. Фісенко. В Україні проблеми протидії міжнародним злочинам досліджувались В. Антипенком, В. Василенком, І. Гетьман-Павловою, Н. Зелінською, І. Лукашуком, Ю. Манійчуком та іншими вченими. Проте питання сутності міжнародного злочину апартеїду відповідно до чинного міжнародного права потребує подальшого ґрунтовного дослідження, зокрема щодо аспектів способів вчинення та інструментів реалізації апартеїду, а також у сфері визначення суб'єктів міжнародного злочину апартеїду.

Метою статті є дослідити сутність апартеїду відповідно до Міжнародної конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього 1973 р. та інших міжнародних нормативно-правових актів, практики міжнародних відносин, розкрити способи вчинення та інструменти реалізації міжнародного злочину апартеїду.

Виклад основного матеріалу. Міжнародне співтовариство держав після Другої світової війни стало дедалі більше погоджуватися з тим, що не лише у внутрішньому праві держав, а й у міжнародному праві мають бути закріплені імперативні норми захисту та поваги основних прав і свобод людини й найрішучіше заборонені такі злочини, як апартеїд. Так, окрім міжнародно-правових документів у галузі прав людини, які закріплюють загальні зобов'язання держав щодо поваги і забезпечення прав людини, розроблений ряд міжнародних конвенцій, які містять конкретні норми щодо припинення або попередження злочину апартеїду та інших міжнародних злочинів [1, с. 99–101; 2; 3, с. 133].

Організація Об'єднаних Націй, усі її головні органи займаються питаннями боротьби з расовою дискримінацією і одним з її найбільш нелюдських проявів – апартеїдом, – по суті, з часу свого створення. У численних резолюціях Генеральної Асамблеї було висловлено думку, що політика й практика апартеїду є повним запереченням цілей та принципів Статуту ООН і є міжнародним злочином [1, с. 107–108].

Римський статут Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) 1998 р. поширює свою юрисдикцію на злочин апартеїду і відносить його до злочинів проти людства (ст. 7). П. 2 ст. 7 містить визначення злочину апартеїду, відповідно до якого це «антилюдські діяння, <...> які здійснюються у контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і панування однієї расової групи над іншою расовою групою чи групами, здійснювані з метою збереження такого режиму» [4].

В офіційному виданні МКС, опублікованому в Гаазі у 2013 р. під назвою «Елементи злочинів», розкриваються елементи міжнародних злочинів геноциду, злочинів проти людяності і військових злочинів відповідно до структури положень ст.ст. 6–8 Римського статуту 1998 р. Деякі пункти вказаних статей Римського статуту містять список кількох злочинів. За таких умов елементи злочинів наводяться в окремих пунктах, що відповідають кожному з цих злочинів, щоб полегшити ідентифікацію відповідних

© К. Важна, 2017

елементів (елементи злочинів відтворені з офіційних звітів Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Перша сесія, Нью-Йорк, 3–10 вересня 2002 р. (видання Організації Об'єднаних Націй, у продажу під № E.03.V.2, і виправлення), частина II.B. «Елементи злочинів, утверджені на Конференції з перегляду 2010 р.» відтворені з офіційних звітів Конференції з перегляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 р. (видання МКС, RC/11)) [5].

У виданні «Елементи злочинів» виділяються такі елементи міжнародного злочину апартеїду:

1. Виконавець вчинив нелюдський акт проти однієї або більше осіб.

2. Такий акт був актом, зазначеним у ст. 7, п. 1 Статуту МКС, або актом, який за своїм характером є подібним до будь-якого із цих актів. Варто розуміти, що «характер» відноситься до природи і серйозності акту.

3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що визначали характер акту.

4. Діяння було вчинено в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і панування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами.

5. Виконавець мав умисел зберегти такий режим за допомогою цієї поведінки.

6. Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

7. Виконавець знав, що діяння є частиною, або мав намір, щоб діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення [5, p. 8].

Щодо відповідальності за апартеїд (як і інші міжнародні злочини), Статутом Міжнародного кримінального суду у ст. 25 визначено, що МКС здійснює юрисдикцію лише щодо фізичних осіб, проте у Статуті також визначається, що жодне положення Статуту, яке стосується кримінальної відповідальності індивідів, не впливає на відповідальність держав за міжнародним правом [4]. Отже, Римський Статут не заперечує відповідальність держав за апартеїд.

Одним із головних міжнародно-правових документів конвенційного характеру, спрямованих на припинення злочину апартеїду, є Міжнародна конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, яка була прийнята Генеральною Асамблеєю 30 листопада 1973 р. і набула чинності 18 липня 1976 р. [1, с. 106–107; 6]. Конвенція була спрямована проти апартеїду в Південній Африці, але має більш загальний характер [7, с. 134; 8, с. 60; 9, с. 161].

Держави-учасниці Конвенції заявляють, що апартеїд є злочином проти людства і що нелюдські акти, які є наслідком політики й практики апартеїду та схожої з ним політики й практики расової сегрегації і дискримінації, є злочинами, що порушують принципи міжнародного права, зокрема цілі та принципи Статуту Організації Об'єднаних Націй, і створюють серйозну загрозу міжнародному миру й безпеці (ст. 1).

Відповідно до ст. 2 Конвенції 1973 р., термін «злочин апартеїду» включає схожу з ним політику та практику расової сегрегації й дискримінації у тому вигляді, в якому вони практикувалися у південній частині Африки, й означає такі нелюдські акти, вчинені з метою встановлення та підтримки панування однієї расової групи людей над будь-якою іншою расовою групою людей і її систематичне гноблення:

– позбавлення члена або членів расової групи чи груп права на життя і свободу особистості: 1) шляхом вбивства членів расової групи чи груп; 2) шляхом заподіяння членам расової групи чи груп серйозних тілесних ушкоджень або розумового розладу та посягання на їх свободу чи гідність у результаті застосування до них катувань або жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність поводження та покарання; 3) шляхом довільного арешту і незаконного утримання в тюрмах членів расової групи чи груп;

– навмисне створення для расової групи чи груп таких життєвих умов, які розраховані на її чи їх повне або часткове фізичне знищення;

– будь-які заходи законодавчого характеру та інші заходи, розраховані на те, щоб перешкодити участі расової групи чи груп у політичному, соціальному, економічному й культурному житті країни, та умисне створення умов, що перешкоджають повному розвиткові такої групи чи груп, зокрема, шляхом позбавлення членів расової групи чи груп основних прав і свобод людини, включаючи право на працю, право на створення й визнання профспілок, право на освіту, право залишати свою країну і повертатися до неї, право на громадянство, право на свободу пересування та вибору місця проживання, право на свободу переконань й вільне їх виявлення і право на свободу мирних зборів та асоціацій;

– будь-які заходи, у тому числі законодавчого характеру, спрямовані на поділ населення за расовою ознакою шляхом створення ізольованих резервацій і гетто для членів расової групи чи груп, заборони змішаних шлюбів між членами різних расових груп, експропріації земельної власності, що належить расовій групі чи групам або їх членам;

– експлуатація праці членів расової групи чи груп, зокрема, використання їх примусової праці;

– переслідування організацій та осіб шляхом позбавлення їх основних прав і свобод за те, що вони виступають проти апартеїду [6].

З правової точки зору, у ст. 1 Конвенції 1973 р. дуже важливою є констатація того, що злочин апартеїду проявляється у відповідних політиці й практиці держави. Таким чином, необхідна умова для виявлення актів апартеїду полягає у тому, щоб встановити не лише такі акти, як вбивства, застосування примусової праці та інші, що безпосередньо ведуть до систематичного придушення і пригнічення за расовою ознакою, а й будь-які заходи (зокрема, заходи законодавчого характеру), що утворюють систему політики апартеїду. Останнє є доказом винного умислу, що становить невід'ємну ознаку складу злочину апартеїду. Ст. 2 також виразно підтверджує, що неодмінною ознакою злочи-

ну апартеїду є винний умисел [1, с. 108–109; 10, с. 238–239].

Аналіз тексту ст. 2 Конвенції 1973 р. призводить до розуміння того, що акти, які становлять міжнародний злочин апартеїду, можуть бути вчинені лише із залученням всього державного механізму. Наприклад, такі акти, апартеїду як довільний арешт і незаконне утримання в тюрмах членів расової групи чи груп (п. а.1); «будь-які заходи законодавчого характеру та інші заходи, розраховані на те, щоб перешкодити участі расової групи чи груп у політичному, соціальному, економічному й культурному житті країни, позбавлення членів расової групи чи груп основних прав і свобод людини, включаючи право на працю, право на створення й визнання профспілок, право на освіту, право залишати свою країну і повертатися до неї, право на громадянство, право на свободу пересування та вибору місця проживання, право на свободу» переконань й вільне їх виявлення і право на свободу мирних зборів та асоціацій (п. с); «будь-які заходи, у тому числі законодавчого характеру, спрямовані на поділ населення за расовою ознакою шляхом створення ізольованих резерваций і гетто для членів расової групи чи груп, заборони змішаних шлюбів між членами різних расових груп, експропріації земельної власності, що належить расовій групі чи групам або їх членам» (п. d) та інші акти, перераховані у ст. 2 [6], можуть бути реалізовані лише центральними виконавчими та законодавчими органами держави, із залученням органів судової і правоохоронної системи держави, а також часто для цього необхідно виділення державою фінансових ресурсів.

Злочинний намір встановити й підтримувати расове панування і систематично експлуатувати людей за расовою ознакою є невід'ємною частиною актів апартеїду [3, с. 144].

Згідно зі ст. 3 Конвенції 1973 р. міжнародній кримінальній відповідальності, незалежно від мотиву, підлягають особи, члени організацій і установ та представники держав [6].

Сутність апартеїду як злочинної політики і злочинного діяння полягає у територіальному, соціальному, політичному чи економічному поділі фізичних осіб за ознакою раси, національності або релігії, та в узаконеному безправ'ї останніх. Апартеїд – це крайня політика расизму [8, с. 60]. Таке злочинне ставлення до людини у свій час було узаконено в ПАР [11, с. 458].

Очевидно, що у випадках вчинення міжнародних злочинів говорити про якісь ефективні засоби внутрішнього захисту від цих порушень не доводиться. Вся політика відповідних держав робить такий захист практично неможливим. Ситуація у Південній Африці є безперечним доказом вказаного. Відповідальність конкретних держав виникає в момент вчинення порушення прав людини, і момент виникнення такої відповідальності не опосередкований з'ясуванням питання про наявність якихось засобів ефективного внутрішнього захисту від таких порушень. Сама державна структура, політична доктрина і практика державних органів виключає її функціонування [1, с. 112–113].

Способи вчинення злочину апартеїду – повне політитичне безправ'я корінного кольорового населення, за якого воно повністю усувається від участі у виборах органів влади, не користується жодними політичними та іншими цивільними правами; повне економічне безправ'я такого населення, при якому праця має практично характер рабської; соціальне безправ'я, коли, зокрема, корінне кольорове населення живе тільки у спеціально відведених місцях [7, с. 133–134; 12, с. 161_164].

Відповідно до сучасного міжнародного права загальна заборона політики апартеїду є обов'язковою для всіх держав, незалежно від участі в Конвенції 1973 р., адже така заборона витікає з імперативних норм міжнародного права. А вже конкретні правила реалізації відповідальності, для того щоб стати обов'язковими, повинні отримати згоду держави [13, с. 39–40].

Існування апартеїду неможливе без реалізації його складових державним механізмом. Апартеїд не може бути вчинений випадково або за недоглядом посадових осіб. Реалізація апартеїду передбачає винний умисел на його здійснення і використання для цього державних механізмів та державних фінансових ресурсів, що потребує великої кількості послідовно прийнятих державними органами рішень, указів чи інших документів бюрократичного механізму системи державних органів [3, с. 147–148]. З огляду на сутність та особливості міжнародного злочину апартеїду, а також аналіз практики вчинення вказаного злочину, можна стверджувати, що реалізація апартеїду не можлива без залучення практично всього державного механізму.

Висновки

Апартеїд є міжнародним злочином, заборона якого витікає з імперативних норм міжнародного права. Акти апартеїду становлять собою антилюдські діяння, які здійснюються у контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і панування однієї расової групи над іншою расовою групою чи групами, здійснювані з метою збереження такого режиму. Неодмінною ознакою злочину апартеїду є винний умисел. З огляду на сутність та особливості міжнародного злочину апартеїду, а також аналіз практики вчинення вказаного злочину, можна стверджувати, що реалізація апартеїду не можлива без залучення практично усього державного механізму.

Список використаних джерел:

1. Решетов Ю. Борьба с международными преступлениями против мира и безопасности / Ю. Решетов. – М. : Международные отношения, 1983. – 224 с.

2. Cruer R. The doctrinal foundations of international criminalization / R. Cruer // International criminal law: Sources, subjects, and contents / [ed. by M. Cherif Bassiouni]. – The Netherlands : BRILL, 2008. – Vol. II. – 107–128 p.

3. Важна К. Концепція кримінальної відповідальності держави : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / К. Важна. – К., 2013. – 243 с.

4. Rome Statute of the International Criminal Court, 17 july [Electronic resource]. – Access mode : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf.

5. Elements of Crimes / Published by the International Criminal Court. – The Hague (The Netherlands) : International Criminal Court, 2013 [Electronic resource]. – Access mode : https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/ElementsOfCrimesEng.pdf.

6. Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него от 30 ноября 1973 г. [Электронный ресурс]. – Режим доступа : http://undp.by/documents/humrights/antidiskrim/preddisktx3.html.

7. Международное уголовное право : [учеб. пособие] / [Блищенко И., Каламкарян Р., Капец И. и др.] ; под общей ред. В. Кудрявцева – М. : Наука, 1999. – 264 с.

8. Панов В. Международное уголовное право : [учеб. пособие] / В. Панов. – М. : Висшее образование, 1997. – 320 с.

9. Dugard J. International Law: A South African Perspective / John Dugard. – Juta and Company ltd, 2008. – 582 p.

10. Olusanya O. Double jeopardy without parameters / O. Olusanya. – Antwerp, Oxford, 2004. – 278 p.

11. Верле Г. Принципы международного уголовного права : [учеб.] / Г. Верле ; [пер. с англ. С.В. Саяпина]. – О. : Фенікс; М. : ТрансЛит, 2011. – 910 с.

12. Важна К. Інститут кримінальної відповідальності держави як основа міжнародно-правового механізму протидії злочину апартеїду / К. Важна // Актуальні проблеми права: теорія і практика: зб. наук. праць. – Луганськ : Видавництво Східноукраїнського національного університету імені В Даля, 2012. – № 24. – С. 158–168.

13. Блищенко И. Международный уголовный суд / И. Блищенко, И. Фисенко. – М. : Закон и право, ЮНИТИ, 1998. – 293 с.

Анализируется сущность международного преступления апартеида в соответствии с действующим международным правом. В частности, анализируется содержание и особенности апартеида в соответствии с Международной конвенцией о пресечении преступления апартеида и наказании за него 1973 г. и другими международными нормативно-правовыми актами, практикой международных отношений.

Ключевые слова: апартеид, международное преступление, императивная норма общего международного права, нарушение прав человека, международное право.

The analysis of the nature of the international crime of apartheid is being conducted in accordance with current international law. In particular, the essence and features of apartheid are being analyzed according to the International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (1973) and other international legal acts as well as according to the practice of international relations.

Key words: apartheid, international crime, peremptory norm of general international law, violations of human rights, international law.

УДК 341.96

Оксана Вайцеховська,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри європейського права
та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

Оксана Руденко,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри європейського права
та порівняльного правознавства
Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

БАНКІВСЬКІ ГАРАНТІЇ ЯК ЗАСІБ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ У МІЖНАРОДНОМУ ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті розкрито правову природу банківських гарантій у міжнародному приватному праві. Розглянуто правові ознаки міжнародної банківської гарантії та сформульовано її визначення. Вказано на прогалини правового регулювання відносин у даній сфері та запропоновано пропозиції щодо вдосконалення вітчизняного законодавства з питань укладення та внесення змін до банківської гарантії.

Ключові слова: міжнародне приватне право, банківська гарантія, іноземний елемент, розрахункові відносини.

Постановка проблеми. Глобалізованість сучасної світової економіки сприяє транскордонній співпраці між суб'єктами господарювання. Одним з основних аспектів у здійсненні зовнішньоекономічних договорів (контрактів) є взаєморозрахунки між сторонами – резидентами різних країн. Різна державна приналежність сторін договору зумовлює для них безліч ризиків економічного характеру. Оскільки контрагентам у міжнародній торгівлі важко оцінити ділові та фінансові можливості партнерів, поширеною практикою під час транскордонних розрахунків стали гарантії третьої сторони, серед яких найпоширенішою формою забезпечення виконання договорів є банківська гарантія.

Наявність такого правового інституту як забезпечення контракту у вигляді банківської гарантії сприяє розвитку транскордонних господарських відносин та світової економіки загалом. Незважаючи на те, що банківська гарантія є важливим елементом транскордонних господарських відносин, цей інститут не отримав належного правового регулювання на міжнародному рівні у вигляді конвенцій, а національна нормативна база з цього питання характеризується прогалинами та безсистемністю. Ускладнюється правове регулювання банківської гарантії у транскордонних господарських відносинах наявністю іноземного елементу, що зумовлює проблему вибору права регулювання цих відносин.

Згаданої проблематики торкались у свої працях такі українські та зарубіжні вчені-правознавці, як Г. Аванесова, М. Андріанов, Л. Ануфрієва, Ю. Байгушева, І. Безклубий, Р. Бертрамс, Л. Бірюкова, Т. Боднар, М. Брагінський, В. Вітрянський, М. Волошина, К. Воронінa, К. Гавальд, О. Гофман, А. Довгерт, І. Дробязкіна, Н. Єрпильова, Л. Єсіпова, В. Зайцев, В.П. Звеков, А. Княжевска, О. Латинцев, Л. Лунц, О. Мережко, К. Молодико, С. Овсейко, В. Паплинський, Ю. Петровський, П. Петренко, Н. Рассказова, О. Сергєєв, Н. Соболева, Н. Шукліна та інші.

Метою статті є дослідження правової природи банківської гарантії в міжнародному приватному праві та особливостей її правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Внаслідок пожвавлення міжнародного обігу товарів та послуг, особливо у першій половині XX ст., у великих компаній виникла потреба мати додаткові гарантії виконання договірних зобов'язань їхніми контрагентами. Відомі більшості держав такі способи забезпечення виконання зобов'язань, як неустойка, завдаток, застава та порука не відповідали повною мірою потребам міжнародної торгівлі. Зокрема, всі вони були нерозривно пов'язані з виконанням і дійсністю основного зобов'язання, що не зовсім влаштовувало учасників зовнішньоекономічних відносин. Так, з одного боку, учасники мали бажання, щоб виконання зобов'язання між ними забезпечувалося банками або іншими стабільними фінансовими установами безвідносно до основного зобов'язання. З іншого боку, банкам також було вигідно не вдаватися до детального вивчення особливостей взаємовідносин між сторонами основного зобов'язання, а виконати своє гарантійне зобов'язання, щоб підтримати власну ділову репутацію. Все це зумовило виникнення на міжнародному ринку банківської

© О. Вайцеховська, О. Руденко, 2017

гарантії як самостійного способу забезпечення виконання зобов'язань, відокремленого від основного зобов'язання.

Правова природа поняття «банківська гарантія з іноземним елементом» зумовлена сукупністю характеристик, які надають цьому поняттю складові елементи його назви, а саме характеристики, які притаманні «банківській гарантії», та характерні риси, що зумовлені наявністю «іноземного елемента». Розглянемо більш детально сутність та правові ознаки цих двох складових елементів.

Визначення гарантії закріплено як в цивільному, так і в банківському законодавствах. У ст. 560 Цивільного кодексу України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку [4]. Ст. 200 Господарського кодексу України визначає гарантію як специфічний засіб забезпечення виконання господарських зобов'язань шляхом письмового підтвердження (гарантійного листа) банком, іншою кредитною установою, страховою організацією про задоволення вимог управненої сторони у розмірі повної грошової суми, зазначеної у письмовому підтвердженні, якщо третя особа (зобов'язана сторона) не виконає вказане у ньому певне зобов'язання, або настануть інші умови, передбачені у відповідному підтвердженні [3]. Варто зазначити, що, незважаючи на те, що ст. 200 Господарського кодексу України має назву «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань», у самій статті визначення дається поняттю «гарантія», що наводить на думку: гарантія може бути як банківська, так і інша. Зміст визначення гарантії це підтверджує, оскільки законодавець зазначає, що письмове підтвердження у вигляді гарантійного листа може дати як банк, так і будь-яка кредитна установа або страхова організація про задоволення вимог управненої сторони [4]. Аналіз міжнародних уніфікованих правил про гарантії свідчить про аналогічний підхід, коли під банківською гарантією мається на увазі гарантія банків, страхових організацій та кредитних установ. З цього випливає, що назва «банківська гарантія» є родовим поняттям і не є позначенням виключно гарантій, що надаються банками. З метою впорядкування категоріально-понятійного апарату національного законодавства пропонуємо назву ст. 200 Господарського кодексу України «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань» змінити на «Гарантія забезпечення господарських зобов'язань», як це зазначено в Цивільному кодексі України, що, на наш погляд, є вірним із позицій системності законодавства та логіки.

Надання банком банківської гарантії є різновидом банківської діяльності і, відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність», цей вид діяльності належить до кредитних операцій [6]. Більш детально поняття банківської гарантії врегульоване Постановою Національного банку України № 639 від 2004 р. «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах» [7]. За цією Постановою НБУ, гарантія – це спосіб забезпечення виконання зобов'язань, відповідно до якого банк-гарант приймає на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром (оформлене у письмовій формі або у формі повідомлення) сплатити кошти за принципала у разі невиконання останнім своїх зобов'язань у повному обсязі або їх частину у разі пред'явлення бенефіціаром вимоги та дотримання всіх вимог, передбачених умовами гарантії [7]. Правовий аналіз вказаних визначень та вітчизняного законодавства з питань банківських гарантій дає змогу сформулювати систему правових ознак банківської гарантії, які у своїй сукупності дають комплексне розуміння правової сутності даного поняття.

Однією з особливостей гарантії, що вирізняє її з кола усіх інших способів забезпечення виконання зобов'язань, є *незалежність гарантії від основного зобов'язання*. Ця ознака закріплена у ст. 562 Цивільного кодексу України, відповідно до якої зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання [4].

Дискусійним питання протягом тривалого часу була природа самого договору банківської гарантії. У науковій літературі висловлювались думки, що гарантійний лист є свідченням укладення договору банківської гарантії та підтвердженням усіх умов відповідальності гаранта перед кредитором і не належить до односторонніх зобов'язань. Проте, на наш погляд, банківська гарантія є *односторонніми правочином,* оскільки гарант, видаючи гарантію, не покладає на інших осіб жодних обов'язків, натомість, бере на себе зобов'язання вчинити певні дії (сплатити зумовлену суму грошових коштів) на користь бенефіціара за певних умов (надання належним чином оформленої платіжної вимоги). Відповідно до положень Цивільного кодексу України, бенефіціар не несе жодних обов'язків перед гарантом, натомість, тільки може або скористатися своїм правом на надання платіжної вимоги у разі порушення принципалом своїх обов'язків, або цим правом не скористатися.

Ст. 561 Цивільного кодексу України передбачено, що гарантія діє протягом строку, на який вона видана [4]. Тому, наступна характерна риса банківської гарантії – її *строковість*.

Відповідно до ст. 567 Цивільного кодексу України, гарант має право на оплату послуг, наданих ним боржнику. З цього положення виникає запитання, чи є гарантія оплатним правочином. На думку окремих авторів, гарантія є безоплатним правочином, оскільки особа (гарант), вчиняючи односторонній правочин (видаючи гарантію), не має права покладати на іншу особу додаткові зобов'язання, зокрема щодо оплати послуг гаранта. Інакше нівелюватиметься вся сутність одностороннього правочину з видачі гарантії. Інші науковці [8, с. 8; 9, с. 309], зокрема В. Зайцев, вважають, що банківська гарантія – «єдиний спосіб забезпечення виконання зобов'язання, який є оплатним»,

хоча відсутність плати, з огляду на практику арбітражних судів, не впливає на її дійсність [9, с. 309–310]. На наш погляд, оплатність послуги банківської гарантії є логічною та економічно обґрунтованою, оскільки, надаючи гарантії за господарськими зобов'язаннями, банк більшою чи меншою мірою піддається фінансовому ризику, який, безумовно, має бути оплачений. Додатковим аргументом на користь даної позиції є результати аналізу банківської практики надання банківської гарантії, відповідно до яких банки завжди передбачають отримання грошової винагороди за надання гарантії (це передбачається в банківських інструкціях). Тому, на наш погляд, банківську гарантію через вказані обґрунтування потрібно розуміти як платну послугу, а передбачену згідно із положеннями національного законодавства можливість безоплатності банківської гарантії вважати виключенням, яке допускається законом. Особливістю оплати послуги банківської гарантії є те, що банк-гарант приймає на себе грошове зобов'язання перед бенефіціаром сплатити кошти за принципала у разі невиконання останнім своїх зобов'язань в одному договорі (банківська гарантія), а оплата за таку послугу передбачається іншим договором – договором про банківську гарантію між банком-гарантом та принципалом.

Відповідно до ст. 569 Цивільного кодексу України гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторові, якщо інше не встановлено договором між гарантом і боржником [4]. Такий порядок відшкодування грошових коштів, заплачених на вимогу бенефіціара банком-гарантом, характеризує банківську гарантію як *відплатну*.

Таким чином, банківська гарантія є одним із видів забезпечення виконання зобов'язання, проте вона принципово відрізняється від інших як своєю правовою природою, так і особливостями використання на практиці. Правовий аналіз наукової доктрини, національного законодавства та банківської практики дає змогу сформулювати її ознаки: 1) надання банком банківської гарантії належить до такого виду банківської діяльності, як кредитні операції; 2) незалежність банківської гарантії від основного зобов'язання (самостійність); 3) строковість; 4) відплатний характер; 5) особливі вимоги щодо умови платежу – пред'явлення письмової вимоги бенефіціара і вказаних у банківській гарантії документів; 6) оплатність послуги банківської гарантії. Отже, банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, що містить гарантійне зобов'язання гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги.

Щодо наявності іноземного елементу у відносинах банківського гарантування, то відповідно до ст. 4 Конвенції ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 1995 р. гарантійне зобов'язання має міжнародний характер, якщо вказані в гарантійному зобов'язанні комерційні підприємства знаходяться в різних державах [1]. Тобто банківською гарантією у міжнародному приватному праві (міжнародна банківська гарантія) є банківська гарантія як самостійний та незалежний від основного договору односторонній правочин, суб'єктами якого є резиденти різних держав [10, с. 18]. До суб'єктів, чиє місцезнаходження впливає на наявність міжнародного характеру, Конвенція відносить: 1) гарант (емітент); 2) беннефіціар; 3) принципал (наказодавець); 4) сторону, що інспектує; 5) сторону, що підтверджує [1]. Якщо в зобов'язанні вказане більше одного комерційного підприємства будь-якого суб'єкта відносин, визначати місцезнаходження даного суб'єкта буде те комерційне підприємство, яке має з ним найбільш тісний взаємозв'язок. Якщо в гарантійному зобов'язанні не вказане комерційне підприємство даного суб'єкта, проте вказане його постійне місце проживання, воно вважається достатнім для визначення міжнародного характеру зобов'язання [1]. Таким чином, під час визначення наявності іноземного елементу у відносинах банківської гарантії міжнародними актами закріплюється наявність іноземного елементу в суб'єктивному складі як основний критерій визначення міжнародного характеру.

Враховуючи особливості правової природи банківської гарантії та досліджені нами її правові ознаки пропонуємо таке формулювання банківської гарантії транскордонного характеру. Міжнародна банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, укладеного між бенефіціаром і принципалом, що містить гарантійне зобов'язання банка-гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги, в якому бенефіціар, банк-гарант або принципал знаходяться в різних державах.

Правовий аналіз вітчизняного законодавства з питань банківських гарантій свідчить про його системну неузгодженість, зокрема, в таких питаннях, як умови банківської гарантії, порядок внесення змін до гарантійного зобов'язання тощо. Щодо права вносити зміни в гарантійне зобов'язання, зі змісту абз. 13 п. 3 Глави 2 Розділу ІІ Постанови НБУ № 639 випливає, що таке право мають принципал, бенефіціар, банк-гарант. Така позиція законодавця є некоректною з певних причин. Банківська гарантія, як нами зазначалось, є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору. З цього випливає, що даний правовий документ регулює відносини між банком-гарантом і бенефіціаром. Причому складає гарантійне повідомлення банк-гарант, а бенефіціар може прийняти або відхилити таку гарантію. Тому, на наш погляд, внести зміни в гарантійне зобов'язання не може жоден суб'єкт, крім банка-гаранта. Непрямий специфічний вплив на текст гарантійного листа бенефіціар може здійснити таким чином. Оскільки бенефіціар має право приймати чи відхиляти гарантію, цілком логічно, що обговорення його тексту банком-гарантом і бенефіціаром передує видачі гарантії, під час якого і може відбутись

відповідний вплив. Отже, пропонуємо внести зміни до тексту п. 3 Глави 2 Розділу ІІ Постанови НБУ № 639, в якому перелічуються умови гарантійного зобов'язання. Зокрема, абз. 13 «умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії *принципалом, бенефіціаром, банком-гарантом*» замінити на «умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії *банком-гарантом*». А до переліку умов заяви про надання гарантії, яка лягає в основу договору між принципалом і банком-гарантом, в п. 4 Глави 1 Розділу ІІ Постанови додати «умови ініціювання принципалом змін до гарантійного повідомлення».

Однією з вимог до змісту заяви про надання гарантії, яка подається принципалом до банка-гаранта, Постанова НБУ № 639 закріплює посилання на Уніфіковані правила для гарантій за вимогою Міжнародної торгової палати. Ця норма свідчить про те, що міжнародні уніфіковані правила виступають джерелом правового регулювання інституту банківського гарантування в міжнародному приватному праві. У зв'язку з цим пропонуємо доповнити перелік умов до гарантійного зобов'язання умовою «посилання на Уніфіковані правила для гарантій за вимогою, розроблені Міжнародною торговою палатою», як це закріплено у вимогах до заяви про надання гарантій.

Наявність іноземного елементу в міжнародній банківській гарантії зумовлює зіткнення двох і більше національних правопорядків та необхідність вибору права для врегулювання міжнародної банківської гарантії. Банківська гарантія має самостійний характер і не залежить від основного зобов'язання, тому питання вибору права не залежить від права, яке обрано для врегулювання відносин, що випливають з основного зобов'язання. Отже, можлива ситуація, коли право, яке обирається для врегулювання основного зобов'язання, не збігається з правом, яке вибрано для врегулювання міжнародної банківської гарантії. Відповідно до ст. 10 Уніфікованих правил МТП для договірних гарантій від 1978 р., у випадку, коли в гарантії не зазначено право, яким вона регулюється, таким правом буде юрисдикція тієї країни, де знаходиться банк-гарант [2]. Така позиція є поширено і серед науковців. Д. Петренко вказує на три аргументи щодо доцільності обрання права регулювання банківської гарантії за місцем знаходження гаранта: 1) така колізійна прив'язка закріплена в Уніфікованих правилах для договірних гарантій 1978 та Уніфікованих правилах для гарантій на першу вимогу в редакції 1992 та 2010 р.; 2) у разі відсутності вибору права сторонами таке право обирається за принципом найтіснішого зв'язку, тобто право країни місцезнаходження сторони, яка виконує договір – в даному випадку це гарант; 3) банківська гарантія є одностороннім правочином банка-гаранта, тому можна використовувати колізійні норми, які застосовуються до односторонніх правочинів [11, с. 146]. У разі, коли у банка-гаранта є кілька філій чи відділень, які мають різне місце розташування, визначальним є місцезнаходження тієї структурної одиниці гаранта, яке видало гарантію [2].

У ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» закріплено, що у випадку відсутності вибору сторонами договору права, що підлягає застосуванню до цієї угоди, застосовується право відповідно до ст. 32 Закону. Ця стаття визначає, яка з сторін вважається такою, що має здійснити виконання, і, відповідно, має вирішальне значення для змісту договору. Проте аналіз цієї статті свідчить про те, щ незважаючи на великий перелік видів договорів, в яких дана стаття визначає вирішальну сторону, положення щодо договору банківської гарантії відсутні. Як слушно зазначає П. Петренко, така ситуація викликає здивування, оскільки інститут банківської гарантії має міжнародне погодження і досить часто використовується в зовнішньоекономічній діяльності [11, с. 152]. На додаток до позиції науковця, варто зазначити, що банківська гарантія має автономний характер і відокремлена від основного договору, тому жоден з перерахованих в ст. 44 Закону вид договору, зокрема визначення права застосування до нього, не може ніяким чином допомогти у визначення права, яке має застосовуватись до договору банківської гарантії. З урахуванням викладеного пропонуємо доповнити ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право» колізійною нормою, відповідно до якої відносини з банківської гарантії транскордонного характеру регулюються правої країни банка-гаранта. Це усуне проблеми визначення сторони, що здійснює виконання і має вирішальне значення для змісту договору банківської гарантії.

Висновки

Міжнародна банківська гарантія є одностороннім, строковим, оплатним правочином, який не залежить від основного договору, укладеного між бенефіціаром і принципалом, що містить гарантійне зобов'язання банка-гаранта сплатити на користь бенефіціара визначену суму у разі пред'явлення останнім письмової вимоги, в якому бенефіціар, банк-гарант та принципал мають різну державну приналежність. Якщо в гарантійному зобов'язанні вказано більше одного комерційного підприємства суб'єкта відносин банківської гарантії, визначати місцезнаходження даного суб'єкта буде те комерційне підприємство, яке має найбільш тісний взаємозв'язок із даним правовідношенням.

З метою більш ефективного матеріально-правового та колізійно-правового регулювання відносин у сфері банківського гарантування з іноземним елементом пропонуємо такі зміни та доповнення до законодавства:

1) до змісту Постанови НБУ № 639 «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах»: а) замінити існуючий перелік суб'єктів, які можуть вносити зміни до банківської гарантії – *«принципал, бенефіціар, банк-гарант»* на один суб'єкт – *«банк-гарант»*; б) додати до переліку умов банківського зобов'язання посилання на Уніфіковані правила МТП для гарантій на першу вимогу;

2) до ст. 44 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка визначає сторону в договорі, що є вирішальною для вибору права, доповнити таким пунктом: «банк-гарант – за гарантійним зобов'язанням»;

3) з метою впорядкування категоріально-понятійного апарату пропонуємо назву ст. 200 Господарського кодексу України «Банківська гарантія забезпечення господарських зобов'язань» замінити на «Гарантія забезпечення господарських зобов'язань», як це зазначено в Цивільному кодексі України, що є доцільним з позицій системності законодавства.

Список використаних джерел:

1. Конвенція Організації Об'єднаних Націй про незалежні гарантії та резервні акредитиви від 11.12.1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_517.

2. Уніфіковані правила стосовно договірних гарантій від 01.01.1978 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/988_005.

3. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV // Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19–20, № 21–22. – Ст. 144.

4. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV// Відомості Верховної Ради України (ВВР). – 2003. – № 18, № 19–20, № 40–44. – Ст. 356.

5. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2005. – № 32. – Ст. 422.

6. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР). –2001. – № 5–6. – Ст. 30.

7. Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах : Постанова Національного банку України від 2004 р. № 639 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0041-05.

8. Гофман О.Р. Державна гарантія як засіб забезпечення виконання господарськійх зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / О.Р. Гофман. – О., 2014. – 20 с.

9. Зайцев В.В. Актуальные проблемы повышения эффективности гражданско-правового регулирования отношений по обеспечению договорных обязательств : дис. ... докт. юрид. наук / В.В. Зайцев. – М.: Рос. акад. гос. службы при Президенте Российской Федерации, 2005. – 387 с.

10. Онищенко Г.В. Банківські гарантії: [монографія] / Г.В. Онищенко, П.Д. Петренко. – Київ : Правова єдність, 2014. – 286 с.

11. Петренко П.Б. Банківські гарантії в міжнародному приватному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / П.Д. Петренко. – К. : Національна академія правових наук України, 2013. – 220 с.

В статье раскрыта правовая природа банковских гарантий в международном частном праве. Рассмотрены правовые признаки международной банковской гарантии, и сформулировано ее определение. Обозначены недостатки правового регулирования отношений в этой сфере, а также предложены изменения украинского законодательства по вопросам подписания и внесения изменений в банковскую гарантию.

Ключевые слова: международное частное право, банковская гарантия, иностранный элемент, расчётные отношения.

The legal nature of the bank guarantees in the international private law is disclosed in the article. The legal features of international banking guarantees as well as the formulation of its definition are considered. The main gaps of legal regulation of relations in this area specified. Proposals for improvement of national bank guarantee legislation are suggested.

Key words: international private law, bank guarantee, foreign element, accounting issues.

Увага!

Триває передплата на журнал
«Підприємництво, господарство і право»,
яку можна оформити в будь-якому відділенні
поштового зв'язку ПАТ «Укрпошта».

Наш передплатний індекс – 74576.
Вартість передплати на півріччя – 600 гривень.