



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

ПІДПРИЄМНИЦТВО, ГОСПОДАРСТВО і ПРАВО

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА НАПРН УКРАЇНИ

Шеф-редактор
МАКАРОВА
Алла Іванівна

Редакційна
колегія:

ХАВРОНЮК
Микола
Іванович
головний
науковий
редактор

МЕЛЬНИК
Микола
Іванович
заст. головного
наукового
редактора

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

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС. СІМЕЙНЕ ПРАВО. МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Сергій Немченко	Цивільно-правова характеристика відмови від виконання договору	3
Ірина Венедіктова	Захист інтересів у правовідносинах щодо реалізації обмежених речових прав	6
Анна Шалиганова	Право фізичної особи на індивідуальність як втілення моністичної концепції Цивільного кодексу України	10
Михайло Панченко	Основні етапи розвитку наукової думки щодо договірних відносин поруки	13
Катерина Добкіна	Організаційно-правові засади джерел формування майна торгово-промислових палат	16
Юлія Коросташевець	До питання про правову природу договору на готельне обслуговування	19
Григорій Забарний, Світлана Мороз	Формування функцій приватного нотаріату в умовах євроінтеграції України	23
Василь Непочатих	Відкриття впровадження у справах, що виникають із трудових правовідносин: окремі аспекти	27
Леся Шаповал	Проблеми патронатного виховання й особливості влаштування вихованців дитячого будинку у патронатну сім'ю	31
Ірина Діковська	Імперативні норми й їх роль у регулюванні договірних зобов'язань	34

ТРУДОВЕ ПРАВО

Ірина Новосельська	Визначення межі адміністративної відповідальності за порушення законодавства про працю	38
Алла Апанасенко	Історичні передумови становлення та розвитку соціальної функції трудового права	43

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО

Ліна Дорошенко	К вопросу о правопреемстве при ликвидации хозяйственных организаций	47
Віталій Олефір	Дуалізм правової природи спонсорства: проблеми теорії та практики	52

АГРАРНЕ ПРАВО. ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО

Максим Гребенюк	Запровадження правового механізму аграрних розписок – запорука створення надійної системи продовольчого забезпечення в Україні	56
Ярослав Сидоров	Актуальні питання захисту публічних інтересів у аграрному праві (на прикладі організаційно-управлінських правовідносин)	61
Майя Посохова	Правове регулювання діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування по забезпеченню цільового використання земель	64

ТЕОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА	
Ольга Мельничук Юридичні гарантії права людини на освіту: загальнотеоретичний аналіз	68
КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО	
Тетяна Мілова Конституційні принципи регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин в Україні	72
АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО. ФІНАНСОВЕ ПРАВО. ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО	
Леонтій Чистоклєтов Роль органів внутрішніх справ у забезпеченні економічної безпеки суб'єктів господарювання	76
Дмитро Ворона Створення нової європейської системи протидії нелегальній імміграції	80
Дмитро Медведєв Деякі аспекти запобігання ухиленню громадян від стягнення адміністративного штрафу шляхом виїзду за межі України	83
Олексій Тандир Роль адміністративних проваджень у захисті прав інтелектуальної власності	86
Руслан Врадій Сучасний стан адміністративно-правового регулювання підготовки водіїв автотранспортних засобів в Україні	89
Олександр Ткаченко Співвідношення функцій охорони та безпеки в діяльності управління державної охорони України	92
Тамара Губанова Адміністративно-правовий механізм державного фінансового контролю в Україні	96
Ірина Сопілко Концептуальні засади формування кібербезпекової політики України	101
Олена Чуприна Співвідношення понять «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу»	104
КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО	
Николай Хавронюк Декларация международного форума по проблемам преступности и уголовного права в эпоху глобализации (МФППУПЭГ)	109
Єгор Назимко Інститут покарання в системі засобів кримінально-правового регулювання суспільних відносин: теоретичний аспект	111
Ірина Карпенко Трансформація злочинної поведінки як особлива кримінально-правова ситуація: загальна характеристика, відмежування від суміжних ситуацій	114
Андрій Андреев Місце судимості в системі елементів кримінальної відповідальності: дискусійні аспекти	118
Володимир Вітенко До питання про момент закінчення сприяння вчиненню терористичного акту	122
КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС. КРИМІНАЛІСТИКА. СУДОУСТРІЙ	
Олег Левендаренко, Ірина Шербак Передача неповнолітнього підозрюваного й обвинуваченого під нагляд у системі запобіжних заходів	126
Світлана Щериця Зворотна дія кримінального процесуального закону	131
Андрій Анохін Доказування обставин події кримінального правопорушення у провадженні про дорожньо-транспортні пригоди	135
Олександр Мілевський Початковий етап досудового розслідування злочинів, що вчиняються в Чорнобильській зоні відчуження	138
Наталія Козак Тактико-криміналістичні прийоми і способи виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів	142
Світлана Глущенко Інституціональні принципи в діяльності вищого спеціалізованого суду: поняття, класифікація, сутність	146
Оксана Хотинська-Нор Диференціація процесуального законодавства як чинник організації системи судів загальної юрисдикції	151
Перелік статей за 2012 р.	155

Сергій Немченко,

канд. юрид. наук

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ХАРАКТЕРИСТИКА ВІДМОВИ ВІД ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ

Стаття присвячена дослідженню загальних питань правового регулювання відмови від виконання договору в договірному праві України, вивченню підстав, форми, порядку та наслідків відмови від виконання договору.

Ключові слова: договірне право, відмова від виконання договору, Україна, зарубіжні країни.

Договірне право багатьох країн світу закріплює право сторін відмовитися від договору в установленому порядку. При цьому використовуються терміни «відмова від договору», «відмова від зобов'язання», «розірвання договору»; допускається відмова (розірвання) договору як за домовленістю сторін, так і в односторонньому порядку у разі порушення договору другою стороною.

Загальні підходи до правового регулювання відмови від виконання договору в договірному праві різних країн мають певні відмінності. Найбільш яскраво це можна проілюструвати на особливостях правового регулювання зазначених відносин у країнах романо-германської та англосаксонської правових сімей.

Договірне право країн романо-германської правової сім'ї (до якої входить і правова система України) в регулюванні питання, що розглядається, виходить із загального принципу «*pacta sunt servanda*», розробленого ще юристами Стародавнього Риму. Звідси і встановлення обмежень щодо можливості відмови від виконання договору.

Договірне право країн англосаксонської правової сім'ї дозволяє стороні договору відмовитися від його виконання, сплативши другій стороні збитки.

Вивченню питань, пов'язаних із окресленою проблематикою, приділяли увагу такі вчені, як Т. Боднар, О. Дзера, А. Карапетов та ін. Проте спеціальних досліджень, безпосередньо присвячених порівняльно-правовим аспектам інституту відмови від виконання договору, в Україні не здійснювалося.

У загальному вигляді правове регулювання відмови від виконання договору зводиться до встановлення підстав, форми, порядку та наслідків зазначеної відмови. Дослідження зазначених питань й є **метою цієї статті**.

Що стосується підстав відмови від виконання договору, то допускається відмова (ро-

зирвання) договору як за домовленістю сторін, так і в односторонньому порядку у разі порушення договору другою стороною. У першому випадку сторони домовляються про припинення договору, і саме домовленість як акт їх волевиявлення є підставою для припинення певних прав та обов'язків, які до цього сторони поклали на себе за своїм волевиявленням. У другому випадку сторона договору – потерпілий, у разі порушення договору другою стороною – порушником, відмовляється від договору в односторонньому порядку.

Договірне право переважної більшості країн світу визнає як підставу для розірвання договору його порушення. При цьому правове регулювання відносин щодо відмови від договору (його розірвання) у будь-якій країні чільно пов'язане з кваліфікацією певних дій (бездіяльності) сторін договору як правопорушень і поділом (або ні) їх на види. Перш за все це стосується правових наслідків. Так, чинний Цивільний кодекс (далі – ЦК) Російської Федерації (далі – РФ) розрізняє два види порушення договору: невиконання та неналежне виконання (див., наприклад, статті 381, 396, 405). Це чітко проявляється у наслідках порушення договору, зокрема стягнення збитків і неустойки у випадку невиконання зобов'язання позбавляє кредитора права вимагати реального виконання, а у випадку неналежного виконання – ні (ст. 396 ЦК РФ).

ЦК України також розрізняє поняття «невиконання» і «неналежне виконання». Крім того, вітчизняний законодавець розрізняє «часткове» і «повне» невиконання та встановлює різні правові наслідки односторонньої відмови від договору у разі його порушення: у разі відмови від договору частково – зміну умов договору; у разі відмови від договору у повному обсязі – розірвання договору (ч. 3 ст. 651 ЦК України). Проте, як зазначає Т. Боднар, «в обох випадках односторонньої відмови маємо справу зі способами захисту поруше-

них цивільних прав, передбаченими відповідно пунктами 6 і 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України, – зміною правовідношення і припиненням правовідношення, які у разі застосування їх стороною договору набувають характеру способів самозахисту» [1, с. 40].

Слід зазначити, що в умовах глобалізації традиційний погляд національного законодавця на інститут порушення договору у багатьох країнах зазнає певних змін. Так, первісна редакція ЦК Німеччини виокремлювала два види порушень договору: неможливість виконання та прострочення виконання. Разом із тим практика довела, що можливе існування і третього виду порушення, який отримав назву «позитивне порушення договору». Зазначеним поняттям охоплювалися випадки, коли договір виконувався в цілому, але з певним відступленням від його умов (за винятком прострочення виконання зобов'язання). Такий поділ порушень договору на види мав суттєве юридичне значення, оскільки від віднесення порушення до того чи іншого виду залежала можливість використання певних засобів правового захисту.

У чинній редакції ЦК Німеччини, що набула чинності з 01.01.2002 р., зазначений поділ порушень договору на види не здійснюється, а саме порушення договору розглядається як єдине поняття. На єдиній концепції порушення договору базуються відповідні положення французького договірного права (проте в окремих випадках ЦК Франції виокремлює прострочення).

Англо-американське право також спирається на загальне поняття порушення договору, не виокремлюючи прострочення з точки зору властивих даному виду порушення договору правових наслідків [2, с. 87], проте «особливий статус» надається так званому суттєвому порушенню (Fundamental Breach). Так, у США договір може бути припинений суттєвим його порушенням. Якщо одна сторона відмовляється виконати договір (тим самим розриваючи його) або не виконує його згідно із визначеними умовами, то ця сторона є винною у суттєвому порушенні договору, отже, звільняє другу сторону від обов'язку щодо виконання покладених на неї зобов'язань. Як наслідок, договір припиняється. Але, як зазначає А. Карапетов, такий підхід породжує невизначеність, оскільки остаточне рішення стосовно суттєвості чи несуттєвості порушення ухвалює лише суд; у випадку оскарження розірвання договору боржником суд може прийняти сторону останнього, визнавши порушення несуттєвим і недостатнім для виправдання розірвання договору [3, с. 223–224].

Стосовно порядку вираження й оформлення відмови від договору у світовій практиці відсутня єдність підходів. Так, німецьке договірне право виходить з того, що кредитору не потрібно звертатися до суду для того, щоб розірвати договір у разі його порушення; французьке право, навпаки, вимагає, щоб вимога про розірвання договору була пред'явлена у суд, і відповідачеві, залежно від обставин, може бути надане відстрочення (ст. 1184 ЦК Франції). В Англії відмова боржника від договору може бути здійснена в різних формах.

Особливим чином виокремлюється ренансація (renunciation) договору і неможливість виконання. Ренансація як форма відмови передбачає, що боржник прямо оголосив про небажання виконувати договір або такий висновок прямо (очевидно) випливає із поведінки боржника. Кредитор у результаті ренансації договору набуває безумовне право розірвати договір. Ренансація може бути здійснена як до настання строку виконання, так і після цього. Якщо ренансація відбувається до настання терміну виконання, таке порушення в англійському праві має назву Anticipatory Breach і надає кредиторові право розірвати договір до настання терміну виконання [3, с. 84].

ЦК України не встановлює загальних правил щодо оформлення та порядку вираження відмови від договору. Проте вказівка на зазначену форму та порядок зустрічається в нормах, які регулюють окремі види договірних зобов'язальних відносин (наприклад, ч. 3 ст. 739 ЦК України).

Як зазначають О. Дзера та А. Блашук, юридично взаємна відмова від договірного зобов'язання, як випливає із змісту ч. 3 ст. 214 ЦК України, також є договором, що має укладатись у такій самій формі, в якій було вчинено правочин, щодо якого сторони відмовляються. У цьому договорі вони мають право провести розподіл майна, збитків тощо. Хоча положення глави 16 про відмову від правочину не узгоджуються з положеннями ч. 1 ст. 651 ЦК України, яка визначає порядок припинення договірного зобов'язання за домовленістю сторін про зміну або розірвання договору; у разі взаємоузгодженої відмови від договору фактично відбувається у такий спосіб розірвання договору, а тому взаємна відмова відповідно має оформлятися правочином про розірвання договору, а не про відмову від нього, оскільки ЦК України не містить такої конкретної підстави припинення договору [4, с. 293].

Що стосується односторонньої відмови від договору, то оскільки ЦК України не містить

спеціальних вимог щодо форми вчинення відповідних юридичних дій, то при визначенні форми односторонньої відмови від договору слід виходити із загальної вимоги, встановленої ч. 3 ст. 214 ЦК України, згідно з якою «відмова від правочину вчиняється у такій самій формі, в якій було вчинено правочин» [1, с. 41]. Наслідком розірвання договору в праві країн романо-германської правової сім'ї завжди була двостороння реституція. Кожна із сторін повинна була повернути іншій все отримане за договором (див., наприклад, § 346 ЦК Німеччини). В англо-американському праві до проблеми реституції склалися подвійне ставлення. З одного боку, зокрема, англійські суди визнають, що у випадку розірвання договору внаслідок його порушення добросовісна сторона має право на реституцію, а сторона, що порушила договір, не має такого права навіть тоді, коли вона виконала певну частину своїх зобов'язань за договором; з іншого – англійське право майже до Другої світової війни не визнавало реституції у випадку «тщетності договору»: вважалося, що оскільки договір припиняється лише на майбутній час з моменту виникнення об-

ставин, що призвели до «тщетності договору», то все, що було зроблено до цього, вчинялось як виконання цього договору і не повинно повертатися [5, с. 32–33].

Більш докладне вивчення наслідків розірвання договору в англо-американському праві може бути предметом подальших досліджень науковців-цивілістів.

Список використаних джерел

1. Боднар Т. В. Одностороння відмова від договору як спосіб захисту цивільних прав та інтересів // Право та економіка: генезис, сучасний стан та перспективи розвитку: Міжнар. наук.-практ. конф., 30 травня 2011 р., м. Одеса. – О., 2011. – С. 38–42.
2. Комаров А. С. Ответственность в коммерческом обороте. – М., 1991. – 208 с.
3. Каранетов А. Г. Расторжение нарушенного договора в российском и зарубежном праве. – М., 2011. – 876 с.
4. Договірне право України: Загальна частина / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; За ред. О. В. Дзери. – К., 2010.
5. Соменков С. А. Расторжение договора в гражданском обороте: теория и практика. – М., 2012. – 208 с.

Стаття надійшла до редакції 14.09.2012 р.

To research the general legal regulation refusal to perform the contract in contract law of Ukraine. Particular attention is paid to the reasons, forms, procedures and consequences of failure to perform the contract.

Статья посвящена исследованию общих вопросов правового регулирования отказа от исполнения договора в договорном праве Украины, изучению оснований, формы, порядка и последствие отказа от исполнения договора.



Ірина Венедіктова,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна

ЗАХИСТ ІНТЕРЕСІВ У ПРАВОВІДНОСИНАХ ЩОДО РЕАЛІЗАЦІЇ ОБМЕЖЕНИХ РЕЧОВИХ ПРАВ

Стаття присвячена аналізу існування, реалізації та захисту охоронюваних законом інтересів в окремих конструкціях обмежених речових прав – сервітуті, суперфіції, довірчій власності.

Ключові слова: охоронюваний законом інтерес, обмежені речові права, сервітут, суперфіції, довірча власність.

Речові права традиційно розглядають в об'єктивному та суб'єктивному розумінні. В об'єктивному розумінні речове право – це сукупність норм, що оформлюють і закріплюють належність речей учасникам цивільних правовідносин (фізичним і юридичним особам, територіальним громадам, державі Україна, Автономній Республіці Крим, іноземним державам), регламентують відносини щодо реалізації інтересів стосовно них і характеризують статистику майнових цивільних правовідносин. У суб'єктивному розумінні речове право розглядається як абсолютне суб'єктивне цивільне право особи, що надає їй можливість безпосереднього панування над конкретною річчю і відсторонення від речі всіх інших осіб, захищається спеціальними речово-правовими позовами [1, с. 7]. Систему речових прав складає право власності й обмежені речові права (права на чужі речі) – право володіння, право користування (сервітут), право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право забудови земельної ділянки (суперфіції), право довірчої власності, право оперативного управління, право господарського відання, застава та притримання з точки зору їх речової природи.

Для всіх видів речових прав на чуже майно характерні такі ознаки: вони мають безстроковий або тривалий характер; об'єктом цих прав є річ; вимоги, що впливають із речових прав, підлягають першочерговому задоволенню по відношенню до вимог, що виходять із зобов'язальних правовідносин; для них характерне право слідування, при якому право на чужу річ слідує за об'єктом права власності, що обтяжений правом на чужу річ; ці права користуються абсолютним захистом; вони є виключними правами; вони мають подвійний характер – з одного боку, вони є абсолютними (відносини між суб'єктом прав на чуже майно та третіми особами), а з іншого – відносними (відносини між суб'єктом прав на чуже майно і власником цього майна); право на чуже майно обмежує як його носія встановленими рамками користування, так і права власника цього майна.

Дослідження категорії охоронюваних законом інтересів у приватному праві не є настільки ж кількісними, як дослідження суб'єктивних прав, проте низка науковців розглядала їх у своїх працях. Перш за все, заслуговують на увагу роботи Р. Ієринга, Ю. Гамбарова, І. Покровського, Є. Пассека, В. Грибанова, В. Попова, С. Братуся, М. Вітрука, Р. Гукасяна, М. Єгорова, О. Іоффе, О. Красавчікова, М. Барінова, М. Матузова, В. Рясенцева, О. Малько, В. Субочева, Є. Вавіліна, Р. Стефанчука, О. Вінник, С. Михайлова. Проте реалізація та захист охоронюваних законом інтересів у правовідносинах щодо здійснення обмежених речових прав у них висвітлено не було.

Метою цієї статті є проведення аналізу існування, реалізації та захисту охоронюваних законом інтересів в окремих конструкціях обмежених речових прав, в яких охоронювані законом інтереси мають найбільшу сферу своєї реалізації.

З визнанням *de ure* права приватної власності на землю та збільшенням питомої ваги в цивільному обороті правочинів із земельними ділянками виникла потреба на законодавчому рівні врегулювати ці невідомі радянському законодавству правовідносини із складним комплексним характером, об'єктом яких є земля. До таких відносин належать і ті, що пов'язані з виникненням, здійсненням та припиненням сервітутів. Їх гостра необхідність відчувається, коли існують сусідні ділянки і при цьому одна з них за своїм знаходженням та конфігурацією була призначена певною мірою слугувати іншим, без чого їх використання неможливе або дуже ускладнене. Часто виникають суперечки про визначення меж земельних ділянок, про те, які дерева можуть бути посаджені на межі двох ділянок або якої висоти будівлі можуть бути споруджені, щоб не закривати світло чи красивий краєвид сусідам, про право проходу через сусідню ділянку тощо. У сучасному цивільному обороті існує багато прикладів застосування сервітутів: право проходу, право проїзду на велосипеді, право проїз-

ду на транспортному засобі, право прогону худоби, право прокладання й експлуатації ліній електропередачі, зв'язку, трубопроводів, водопроводу тощо. Призначенням сервітутів є також забезпечення публічних інтересів шляхом законного й обґрунтованого обмеження прав землевласників.

Згідно із ст. 401 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України право користування чужим майном (сервітут) може бути встановлене щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів (земельний сервітут) або нерухомого майна для задоволення потреб осіб, що не можуть бути задоволені іншим способом. Сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки, а також іншій, конкретно визначеній особі (особистий сервітут). Як бачимо, легального визначення сервітуту не надано. У доктрині цивільного права під сервітutom розуміється речове право обмеженого користування чужою річчю, яке встановлюється для створення певних вигод при експлуатації іншої речі або на користь іншої особи. Отже, *сервітут є захистом об'єктивно обумовлених охоронюваних законом інтересів, що не можуть бути реалізовані в інший спосіб*.

Аналіз статей чинного ЦК України свідчить, що *сервітуту* можуть бути *земельні* (що встановлюються щодо земельної ділянки або інших природних ресурсів) та *особисті* (що встановлюються в інтересах конкретної особи, а не щодо певного майна). При земельному сервітуті заміна власників обслуговуючого майна або володільців пануючого майна не впливають на долю встановленого сервітуту. Це не стосується особистих сервітутів. Сервітуту можуть бути встановлені по відношенню не тільки до земельних ділянок і природних ресурсів, а й до іншого нерухомого майна. Це дозволяє виокремити ще один вид сервітутів, який в кодексі не зазначається – *міський сервітут*, оскільки цей різновид сервітутів був запроваджений у римському праві та перейшов до сучасного приватного права разом із термінологічним набуттям.

Сервітут домінує над правом власності: спочатку свої потреби за рахунок обтяженого сервітуту майна задовольняє сервітуарій, а потім – власник майна. Сервітутне право користування житлом власника набувають члени його сім'ї, які з ним спільно проживають і ведуть спільне господарство. Набуття сервітутного права за фактом наявності статусу члена сім'ї, що проживає спільно, є також захистом охоронюваних законом речових інтересів осіб – невласників житла. Сервітут часто встановлюється в суспільних інтересах – привласнення загальнодоступних дарів природи, можливість користуватися природними об'єктами, вільний доступ до прибережної смуги, мисливство та рибалка, сінокосіння, випасання домашніх тварин, забір водних ресурсів із водних об'єктів і водопою, використання земельної ділянки для ремонту комунальних, інженерних, електричних мереж тощо.

Захист речових інтересів встановленням сервітутів та інших обмежених прав на сьогодні є загальною практикою. Судова практика має велику кількість прикладів на підтвердження цієї тези.

Наприклад, справа № 2-203, рішення Ялтинського міського суду Автономної Республіки Крим від 25.08.2010 р. Відкрите акціонерне товариство «Алуштинський ефіроолійний радгосп-завод» звернулося до суду з позовом до відкритого акціонерного товариства «Крименерго» про встановлення земельного сервітуту. Вимоги були мотивовані тим, що товариству на праві користування належить земельна ділянка, на якій розташоване домоволодіння на праві приватної власності. Це нерухоме майно розташоване на різних рівнях, у зв'язку з чим існує два необхідних під'їзди до нього. Відповідач є власником земельної ділянки, що розташована поряд. По земельній ділянці відповідача проходить дорога загального користування, яка є єдиним шляхом під'їзду до нижньої площадки їх домоволодіння та трансформаторної підстанції № 119 ВАТ «Крименерго». Але відповідач здійснив будівництво капітального цегляного паркану, який повністю перекриває заїзд на територію домоволодіння позивача. Таким чином, будівництво відповідача позбавило їх можливості користуватися своєю земельною ділянкою та нерухомим майном. Суд позов задовольнив і обтяжив інтереси відповідача вільно розпоряджатися своїм майном, будувати навколо земельної ділянки паркан задля її охорони, встановивши сервітут проти волі власника.

Приклад захисту речових інтересів встановленням факту наявності суперфіції розкривається у справі № 20-118, рішення Ямпільського районного суду Вінницької області від 14.12.2010 р. Громадянин А подав до суду позов про встановлення факту існування суперфіції за договором. Заявник зазначив, що протягом 12 років проживав однією сім'єю з громадянкою Б без реєстрації шлюбу, у домоволодінні її сина і з його дозволу займався переобладнанням старого будинку та підсобних приміщень на земельній ділянці. Заявник вказував, що фактично між ним і громадянкою Б, з одного боку, та її сином – з іншого, був укладений договір суперфіції, який неможливо було укласти в письмовій формі, оскільки син проживав за кордоном. Заявник зазначив, що ним були проведені ремонтно-будівельні роботи житлового будинку, добудовані господарські споруди, спільно з громадянкою Б вкладені кошти та фізична праця. Громадянка Б, як представник свого сина, позов заперечувала. Суд позов задовольнив, захистивши фактичні об'єктивно існуючі речові інтереси позивача.

Поєднання декількох способів захисту в одному позові наочно продемонстровано у справі № 2-218/2011, рішення Роменського міськрайонного суду Сумської області від 30.08.2011 р. Громадянка А звернулася до суду з позовом до громадянина Б, Роменської міської ради, громадянина В, громадянина Г, третіх осіб громадян Д, Є, Ж, З, управління Держкомзему в м. Ромни Сумської об-

ласті про виділ земельної ділянки, встановлення на неї сервітуту та суперфіцію в інтересах міської ради. В судовому засіданні позивач пояснила, що отримала державний акт на право власності на землю і хоче користуватися належною їй земельною ділянкою. Вона згодна з тим, що треба встановити сервітут і суперфіцій, оскільки через цю земельну ділянку проходять комунікації до сусідніх будинків. Вона не буде чинити жодних перешкод у випадку необхідності використання її земельної ділянки для якихось потреб за необхідності. Позивачка наголошувала, що якщо їй дали в особисту власність землю, вона має право на виділення її в натурі. Суд дійшов висновку, що для задоволення інтересів позивачки, здійснення розділу земельної ділянки відповідно до вимог чинного законодавства необхідно вирішити питання встановлення земельного сервітуту – для обслуговування та ремонту належних співвласникам частин житлового будинку надати право встановлення будівельних риштувань і складування будівельних матеріалів із метою ремонту частин житлового будинку у разі виникнення такої необхідності та суперфіцію – для забезпечення спільного використання системи газопроводу, лінії електропередачі, мережі водопроводу надати право прокладання й експлуатації лінії електропередачі, зв'язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій у разі виникнення такої необхідності.

Довірча власність – ще один різновид речових обмежених прав, де охоронювані законом інтереси мають різноманітний спектр проявів. В умовах радикальних змін, що відбуваються в Україні, та реформування цивільного законодавства юридична доктрина і практика сформували низку правових новел, які повинні сприяти гармонічній адаптації в загальносвітовому ринковому напрямі розвитку, забезпечувати правове регулювання правовідносин, що виникають між його суб'єктами. Довірча власність (англ. *trust* – траст) є прикладом «розділеного» між двома власниками права власності, що виступає єдиною підставою для всіх відносин економічного циклу. Для юридичного оформлення економічного життя можна і доречно розділяти правомочності власності. Цей процес, як правило, ускладнюється розчленуванням речових прав, особистих прав і прав, що виникають у результаті об'єднання осіб. Розщеплення права власності означає встановлення ще одного права власності на те саме майно. Хоч існують думки, що традиційно зміст «розщепленої» власності полягає в тому, що право власності не належить ані власнику, ані іншому титульному власнику з винятковими повноваженнями на те ж майно, ми вважаємо, що при такому «розщепленні» в управителя виникає право, ідентичне праву власності реального власника майна, тобто співіснують дві проекції одного права власності на те саме майно. У сучасній цивілістичній доктрині мають місце також інші думки щодо суті довірчої власності: Довірчий власник є єдиним власником на це май-

но, інших власників немає. За цим критерієм довірча власність у контексті українського права повинна відмежовуватися від англо-американської конструкції трасту. Засновник і вигодонабувач довірчої власності мають тільки зобов'язальні права вимоги й тому не є власниками цього майна [2, с. 203–204]. Однак це питання (питання правової природи довірчої власності) залишається питанням тлумачення існуючих норм даного інституту. ЦК України називає довірчу власність особливим видом права власності (ч. 2 ст. 316 ЦК України), автоматично наповнюючи цей інститут речово-правовим змістом.

У суб'єктів цивільних правовідносин існує цивільне суб'єктивне право передавати майно в довірчу власність. При цьому виникають певні юридичні можливості, надані суб'єкту, – *правомочності*. До них відносяться *правомочності на власні дії* – заснувати (передати майно) та припинити довірчу власність; *правомочності вимоги* – можливість вимагати від управителя тих дій із довірчою власністю, що передбачені законом або договором, надання звіту засновнику управління тощо; *право вимоги до третіх осіб утримуватися від зазіхань на майно, передане в довірчу власність*. Це абсолютне право, що переходить за річчю й у такий спосіб його набуває управитель довірчої власності. Однак цілісність і зберігання майна, переданого в довірчу власність, становить охоронюваний законом інтерес і самого засновника. Також слід згадати про *правомочності захисту*, що передбачають можливість використання різних юрисдикційних і неюрисдикційних форм захисту, речово-правових і зобов'язально-правових способів захисту порушених прав при довірчій власності.

Довірча власність устанавлюється в інтересах засновника або зазначеної ним третьої особи – бенефіціарія (вигодонабувача). При цьому інтерес як категорія соціогуманітарного пізнання визначається поведінкою людини в соціумі та розвитком самого соціуму. А інтерес як правова категорія зумовлює формування об'єктивного права, існує до закріплення в суб'єктивних правах і поза таким закріпленням. *Правова сфера* – це сфера соціального життя, що складається із сукупності нестабільних соціальних систем. Ця нестабільність дає імпульс динамічності всьому, що її стосується: праву, правовідносинам, правосвідомості, правовій культурі, правовій системі в цілому. Тому закон як об'єктивне нормативно виражене право не здатне все охопити та передбачити своїм регулюванням усі аспекти людського життя.

Дослідження правової сфери через категорію «інтересу», його сутність, роль, поняття, структуру, систему, безумовно, означає розширення обріїв, збагачення вже існуючих методологічних підходів, пов'язаних із розумінням потенціалу права як соціального регулятора. Інтерес здатний опосередковувати «нормативну природу права й усунути погіршеності імперативів правового регулювання як індикатор пристосова-

ності поведінки індивідів до всіх факторів, зумовлених дією права в суспільстві [3, с. 385]. Саме собою право також здатне виробляти інтереси, реагуючи на виклики реального життя. В цьому сенсі інтереси як юридична категорія продовжують виконувати завдання права – вони також регулюють суспільні відносини, але вже на іншому, більш тонкому рівні. Інтереси страхують від неефективності дії права або від його «недії» у тих чи інших ситуаціях; у такий спосіб вони доносять конкретно бажане благо конкретній особі, навіть тоді, коли право таких можливостей не дає. Р. Майданик виділяє види довірчих відносин залежно від спрямованості інтересу фідучіарія: у власному інтересі, за рахунок третьої особи, у власному та чужому інтересі та змішані (автор називає їх порівняльні) інтереси різних осіб цих правовідносин [4, с. 43]. Він вказує на двоаспектність специфіки інтересу в довірчих правовідносинах: по-перше, довірена особа одночасно діє в своєму і чужому інтересі, але з пріоритетом чужого; по-друге, «юридична заінтересованість фідучіарія визначається інтересом довірителя», отже довірчі правовідносини здійснюються юридично заінтересованими (за посадою, в силу професійної належності чи іншої особистої заінтересованості тощо) особами, зобов'язаними на свій розсуд, виключно в інтересах довіритель та/або переважно перед власним інтересом, надавати послуги з реалізації охоронюваних законом чужих інтересів [4, с. 44].

Висновки

Право породжує інтереси, регулює їх, а інтереси, у свою чергу, породжують право, у тому числі право на юридичні засоби гарантії здійснення й охорони. На реалізацію інтересів при здійсненні обмежених речових прав великий вплив справляє їх сутність: який саме інтерес

реалізується – приватний чи публічний. Цей факт тягне за собою низку подальших кроків у механізмі правового регулювання.

При встановленні обмежених речових прав значна сфера відносин залишається нерегульованою, а категорія охоронюваних законом інтересів – це саме той юз, що дасть змогу захистити інтереси як засновника та вигодонабувача, так і управителя довірчої власності в рамках ст. 16 ЦК України й інструментарію процесуальних кодексів. Що стосується реалізації конкретних охоронюваних законом інтересів в обмежених речових правах, то до них можна віднести публічні та приватні інтереси в активізації цивільного обороту, трансформації економічних відносин, уніфікації цивільного законодавства в європейському або світовому масштабі, збільшенні акумуляції капіталу, одержанні швидкого ефекту від розпорядження об'єктами народного господарства.

Приватний інтерес полягає в користуванні, отриманні прибутків, примноженні майна або збереженні його в належному стані тощо. Засоби захисту охоронюваних законом інтересів в обмежених речових правах зумовлені системою правових засобів, що втілені в принципи, гарантії, дозволи та можливості в цивільному праві, які послідовно організовані з метою реалізації охоронюваних законом інтересів, їх захисту.

Список використаних джерел

1. *Гражданское право*: В 4 т. – М., 2006. – Т. 2. – 496 с.
2. Майданик Р. А. Институт доверительной собственности в праве Украины: состояние и перспективы // Альманах цивилистики. – К., 2008. – Вып. 1.
3. Субочев В. В. Теория законных интересов: дис. ... д-ра юрид. наук. – Тамбов, 2009. – 496 с.
4. Майданик Р. А. Проблемы доверческих отношений в гражданском праве. – К., 2002. – 502 с.

Стаття надійшла до редакції 11.01.2013 р.

The article is devoted to the analysis of the existence, realization and legal defense the interests protected by law in separate constructions of limited property rights – servitutis, superficies, trust.

Статья посвящена анализу существования, реализации и защиты охраняемых законом интересов в отдельных конструкциях ограниченных вещных прав – сервитуте, суперficie, доверительной собственности.



Анна Шалиганова,

ад'юнкт кафедри охорони інтелектуальної власності,
цивільного права та процесу
Харківського національного університету внутрішніх справ

ПРАВО ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ НА ІНДИВІДУАЛЬНІСТЬ ЯК ВТІЛЕННЯ МОНІСТИЧНОЇ КОНЦЕПЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

У статті досліджуються існуючі концепції розуміння кількісного складу особистих немайнових прав, аналізується доктринальне обґрунтування, нормативне закріплення та практичне застосування загального права особистості в зарубіжних юрисдикціях.

Ключові слова: моністична концепція особистих немайнових прав, плюралістична концепція особистих немайнових прав, загальне право особистості, право на індивідуальність, право на публічність.

Закріплення в сучасних конституціях права на вільний розвиток особистості (ст. 23 Конституції України, ст. 2 Конституції Німеччини, ст. 10 Конституції Іспанії, ст. 1 Конституції Швеції тощо) свідчить про те, що особистість визнається соціальною цінністю в державі. У зв'язку з цим у юридичній літературі підкреслюється, що найбільш важливим принципом сучасних конституцій є особистісний принцип [1, с. 227], який, зокрема, проявляється в існуванні відкритого переліку прав і свобод людини. Існування положення про невичерпність прав має на меті підтримання динамічного взаємозв'язку конституції та суспільства шляхом можливості впровадження непоіменованих прав. Подібний підхід є відображенням у законодавчій практиці так званої теорії природного права.

Концепція вичерпності прав, з іншого боку, має більш позитивістський характер і спрямована на недопущення концентрації дискреційних повноважень у руках юристів (передусім суддів). Також у межах цієї концепції впровадження нових прав розглядається можливим лише за умови покладання відповідних обов'язків на інших осіб [2]. У кінцевому рахунку, обидва підходи щодо переліку прав і свобод людини базуються не стільки на логічних чи концептуальних аргументах, скільки на ідеологічному підґрунті (природно-правовому чи позитивістському праворозумінні).

Метою цієї статті є дослідження доктрини, законодавства та правозастосовної практики зарубіжних країн (США, Німеччини, Італії) як країн, що справили визначальний вплив на розвиток приватноправової концепції загального права особистості.

Як у Конституції України (ст. 22), так і в Цивільному кодексі (далі – ЦК) України (ч. 3 ст. 270) міститься положення про те, що законодавчо встановлений перелік особистих немайнових прав не є вичерпним. Можемо побачити

подібну дискусію в приватному праві щодо обрання одного з двох підходів щодо кількісного складу особистих прав – плюралістичної чи моністичної концепції особистих немайнових прав [3, с. 114–117; 1, с. 232–234].

Представники плюралістичної концепції методологічно виходять із необхідності закріплення множинності особистих немайнових прав. Так, С. Братусь свого часу зазначав, що право охороняє не будь-який, нехай навіть не протиправний інтерес індивіда, а лише ті особисті блага, які визнані соціально цінними, а тому підлягають з точки зору держави юридичному захисту [4, с. 204]. Близьку позицію обіймав О. Іоффе, який вважав, що ЦК може містити норми, якими регламентуються окремі особисті немайнові права, однак лише особисті немайнові права, що підлягають відновленню після їх порушення [5, с. 66].

Моністична концепція у своєму загальному вигляді виходить із необхідності існування єдиного особистого немайнового права. На підтримку цього С. Аскназій зазначав, що навряд чи видається можливим шляхом особливого переліку в ЦК вичерпати ці своєрідні особисті інтереси, які можуть вимагати цивільно-правової охорони [6, с. 38].

Основна відмінність моністичної концепції від плюралістичної, на думку Дж. Піно, полягає в тому, що відповідно до першої, будь-які втручання в особисту сферу заборонені, за винятком тих, що прямо дозволені; відповідно ж до плюралістичного підходу, будь-які втручання в особисту сферу допускаються, за винятком тих, що явно заборонені [1, с. 232].

На нашу думку, саме моністична концепція найкраще розвиває конституційно-правове положення щодо відкритого переліку особистих прав і є більш ліберальною. Вона набула свого закріплення в юрисдикціях багатьох розвинутих країн світу; зокрема, охорона загального особистого права передбачена в законодавстві Німеччини у вигляді однойменної правової конст-

рукції (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), що покликана захищати різноманітні прояви особистості як окремо, так і в комплексі. У США існує подібне до німецького загального особистого права право на публічність (*right of publicity*) [7]; в Італії – право на особисту ідентичність (індивідуальність) (*identità personale*) [1] тощо. В Україні схоже право передбачене ст. 300 ЦК України – право фізичної особи на індивідуальність.

Коріння історичного розвитку німецького загального особистого права (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*) сягають післявоєнних часів, коли, починаючи з 1945 р., суспільство, пам'ятаючи гіркий досвід різноманітних порушень особистих прав, передусім приниження людської гідності, в період панування нацизму, стало поступово змінювати власну думку по відношенню до загального особистого права. Поштовхом до цієї зміни стало проголошення Основного закону Німеччини (*Grundgesetz*) 1949 р., у ст. 1 якого зазначається, що гідність людини є неотторканною; поважати та захищати її – обов'язок всієї державної влади, а ст. 2 передбачається, що кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості.

Прогалини в захисті конкретних видів прав стали більш очевидними з появою нових технологій і розвитком засобів масової інформації, у зв'язку з чим почали з'являтися досі невідомі порушення особистих прав. Як зазначає К.-В. Канаріс, те, що раніше розглядалося як проблема правової політики, яка може бути вирішена тільки прийняттям відповідного закону, стало все частіше розглядатися як прогалина в законі, яка має бути заповнена судовою практикою [8, с. 492]. Так, в рішенні від 25.05.1954 р. Федеральний суд Німеччини (*Bundesgerichtshof*) дійшов висновку, що конституційні права, закріплені статтями 1, 2 Основного закону, потребують визнання загального особистого права в приватному праві [9].

В юридичній літературі виділяють такі групи справ, до яких застосовується загальне особисте право: втручання в особисту сферу; публікації особистої інформації; справи про дифамацію; висвітлення у викривленому світлі; справи про присвоєння окремих аспектів особистості [8, с. 498].

Право на публічність у США захищає інтереси фізичної особи під час комерційного використання її індивідуалізаційних ознак. Змістом його є виключна правомочність суб'єкта цього права видавати дозвіл (ліцензію) третім особам на комерційне використання його індивідуальності [7, с. 1]. Основними випадками, до яких застосовується право на гласність, є справи про присвоєння окремих аспектів особистості, а саме – імені, псевдоніму, подоби, голосу, характерних фраз, інших аморфних ознак особистості, сукупність яких індивідуалізує людину (характерний стиль одягу, зачіска, поза) тощо [10, с. 70].

Право на особисту ідентичність (індивідуальність) (*il diritto all'identità personale*), відповідно до поширеної думки в італійській правовій доктрині, можна визначити як право фізичної особи бути представленою в суспільному житті (перш за все в засобах масової інформації) таким чином, що відповідає або хоча б не

викривлює та не спотворює її особистої історії [1, с. 225]. Іншими словами, відповідно до тлумачення, яке надається італійськими судовими органами, йдеться про те, що культурний, професійний, релігійний, політичний, соціальний досвід фізичної особи не повинен бути спотворений, перекручений, сфальсифікований тощо за допомогою приписування помилкових заяв або дій [11].

Як і німецьке загальне особисте право, італійське право на особисту ідентичність (індивідуальність) сформульоване судовою практикою і за висловом Дж. Піно «it is possible to regard the introduction of the right to personal identity as an interesting example of a common-law technique in a civil-law system» (запровадження права на особисту ідентичність (індивідуальність) можна розглядати як цікавий приклад запровадження техніки прецедентної правової системи в континентальну правову систему) [1, с. 232].

Схоже на описані складні правові конструкції, які покликані захищати особистість комплексно, право закріплене і в ЦК України – особисте немайнове право фізичної особи на індивідуальність. Відповідно до ст. 300 ЦК України воно визначається як право на збереження своєї національної, культурної, релігійної, мовної самобутності, а також як право вільно обирати форми та способи прояву своєї індивідуальності, якщо вони не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. Як свідчить викладене, індивідуальність як об'єкт даного права не визначається законодавцем, що змушує науковців-правників, які займаються дослідженням особистих немайнових прав, самостійно визначати в інтересах юридичної теорії та практики це поняття. При цьому судова влада в Україні, на відміну від німецької й італійської, стоїть осторонь формування наведеного поняття – судова практика застосування ст. 300 ЦК України є надзвичайно обмеженою.

Найбільш вдалим на сьогодні визначенням індивідуальності як об'єкта права, на нашу думку, є визначення, запропоноване Р. Стефанчуком, який пропонує розуміти її як «особисте немайнове благо фізичної особи, яке є сукупністю фізичних даних, психічних властивостей, характерних рис і досвіду кожної особистості, що відрізняють її від інших фізичних осіб» [3, с. 442–443]. Індивідуальність охоплює низку особливостей фізичної особи, пов'язаних із її національною, культурною, релігійною, мовною й іншою самобутністю, які можуть, на думку вченого, виражатись у зовнішньому вигляді фізичної особи, її голосі, манері поведінки, інтелектуальному, культурному, освітньому рівні [3, с. 444–445].

Таким чином, індивідуальність як особисте немайнове благо є багатоаспектною категорією, яка охоплює всі можливі прояви (аспекти) особистості, окремі з яких нині закріплені в цивільному законодавстві як об'єкти самостійних цивільних прав. З огляду на це, В. Бобрик робить висновок, що за ст. 300 цивільно-правовій охороні повинні підлягати лише ті риси людини, які не знайшли визнання як окреме немайнове благо [12, с. 115–116]. У цілому погоджуючись із цією думкою, додамо, що, на нашу думку, ст. 300 ЦК України повинна застосовуватися до випадків, в яких йдеться про охорону не окремого

аспекту (риси) особистості, а про комплексну охорону особистості. У цьому і полягає співвідношення так званого загального особистого права (права на особисту ідентичність чи права на індивідуальність) та окремого позитивного особистого немайнового права. Це співвідношення можна проілюструвати судовим прецедентом *Ran-grazi* та *Silveti* проти Комітету з референдуму від 06.05.1974 р., що мав місце в Італії, який на сьогодні вважається початковим пунктом у виробленні концепції права на особисту ідентичність. Факти цієї справи заслуговують на увагу.

Так, у дні проведення референдуму стосовно скасування розлучень в Італії агітаційний комітет проти розлучень у своїй рекламній кампанії використав фотографію чоловіка та жінки, які працюють у полі. Фото мало викликати почуття «традиційної» атмосфери (показувати традиційну сім'ю) і надсилати поглядачу відповідне повідомлення проти розлучень. Проблема полягала в тому, що, по-перше, фотознімок був зроблений без згоди зображених на ньому людей; по-друге, вони не були одружені; по-третє, вони взагалі підтримували чинне законодавство про розлучення.

Окружний суд прийняв скаргу двох позивачів до розгляду, маючи припущення, що подібне використання зображення, перш за все, порушує їх права на власну подобу, які захищаються відповідно до ст. 10 ЦК Італії. Однак суддя додав, що публікація фотографії порушує й інші інтереси позивачів, які можна об'єднати під правом на особисту ідентичність. З цього приводу суддя зазначив, що закон захищає право людини на визнання та підтвердження власних поглядів, переконань і дій та право відмовитися від дій, яких вони ніколи не вчиняли, оскаржити інформацію про себе, що не відповідає дійсності, тобто, право на особисту ідентичність.

Можна стверджувати, що право на особисту ідентичність (індивідуальність) характеризується певною «еластичністю», оскільки може бути застосоване до широкого діапазону випадків посягань на правдивість особистої історії людини.

Висновки

Короткий огляд зарубіжної практики застосування моністичного підходу до охорони особистих немайнових прав свідчить, що ефективність такого підходу можлива лише за впровадження окремих елементів прецедентної системи права в континентальну систему. Як зазначає В. Суховерхий, якщо концепція множинності особистих прав не забезпечує всебічності охорони інтересів особистості та небезпечна утворенням «моря» правових норм, то ідея єдиного особистого права відкриває широкий простір для суддівського розсуду [13, с. 30].

Стаття надійшла до редакції 31.10.2012 р.

The author examines the pluralistic and monistic conceptions of the personal rights. The problems of the doctrinal construction, legislative regulation and practical application of the general right to personality in the foreign jurisdictions are analyzed.

В статье исследуются существующие концепции понимания количественного состава личных неимущественных прав, анализируется доктринальное обоснование, нормативное закрепление и практическое применение общего права личности в зарубежных юрисдикциях.

На нашу думку, незначне практичне застосування норми, закріпленої ст. 300 ЦК України, пояснюється саме бездіяльністю судової влади в тлумаченні змісту даного права, закореністю позитивістського праворозуміння, що вже давно довело свою неспроможність, проте, з огляду на досить тривалу власну історію, продовжує, на жаль, посідати почесне місце у вітчизняній правовій системі.

Список використаних джерел

1. *Pino G.* The Right to Personal Identity in Italian Private Law: Constitutional Interpretation and Judge-Made Rights // *The Harmonization of Private Law in Europe*, edited by M. Van Hoecke and F. Ost, Hart. – Oxford, 2000. – P. 225–237.
2. *Pino G.* The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States // *Law and Philosophy*. – 1999. – Vol. 18. – P. 513–536.
3. *Стефанчук Р. О.* Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту). – К., 2008. – 625 с.
4. *Гражданское право: Т. 1 / М. М. Агарков, С. Н. Братусь, Д. М. Генкин и др.; Под ред. М. М. Агаркова, Д. М. Генкина.* – М., 1944. – 419 с.
5. *Иоффе О. С.* Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР // *Советское государство и право.* – 1956. – № 2. – С. 55–66.
6. *Аскназий С.* Основные вопросы Гражданского кодекса СССР в свете решений XVIII съезда ВКП(б) // *Советская юстиция.* – 1939. – № 14. – С. 37–44.
7. *Kimbrough M.* The right of publicity / Kimbrough M., Cummings T. for Philadelphia Volunteer Lawyers for the Arts [E-resource]. – Access mode: <http://www.artsandbusinessphila.org/pvla/documents/Right of Publicity.pdf>.
8. *Larenz K.* Lehrbuch des Schuldrechts / Larenz, K. und Canaris, C.-W. – Vol. II (13th edn.). – München: Beck, 1994. – 734 s.
9. *Bundesgerichtshofs* in Zivilsachen (BGHZ) 13, 334 [E-resource]. – Access mode: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bz013334.html>.
10. *Beverly-Smith H.* Privacy, Property and Personality. Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation / H. Beverly-Smith, A. Ohly, A. Lucas-Schloetter. – Cambridge Studies in Intellectual Property Rights, 2005. – 284 p.
11. *Corte di Cassazione, I, 22.6.1985, n. 3769* [E-resource]. – Access mode: <http://www.giappichelli.it/appendici/3489380/SENTENZE%20PDF/2%20Persona/2%20Identit%20personale/08%20Cass.%2022%20giugno%201985%20n.%203769.pdf>.
12. *Бобрик В. І.* Особисте життя як об'єкт цивільно-правової охорони. – К.; Тернопіль, 2008. – 208 с.
13. *Суховерхий В. Л.* О развитии гражданско-правовой охраны личных неимущественных прав и интересов граждан // *Правоведение.* – 1972. – № 3. – С. 27–34.



Михайло Панченко,здобувач кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ОСНОВНІ ЕТАПИ РОЗВИТКУ НАУКОВОЇ ДУМКИ ЩОДО ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ПОРУКИ

Стаття присвячена дослідженню питання історичного розвитку договірних відносин поруки, передумов виникнення інституту поруки, а також впливу на його розвиток процесу рецепції.

Ключові слова: договір поруки, заручництво, кругова порука, стипуляція, реценція.

Незважаючи на стрімкий розвиток вітчизняної цивілістики, проблемні питання, що стосуються договірних відносин поруки, залишаються. Для всебічного осмислення правового змісту інституту поруки необхідно звернутися до першоджерел.

Дослідженню передумов виникнення договору поруки приділяли увагу такі відомі російські вчені в галузі приватного права, як Й. Покровський, Д. Дождев, І. Новицький. Із сучасних українських учених-цивілістів це питання досліджували О. Підпригора, Є. Харитонов, П. Федосєєв, О. Михальнюк, Л. Смельянова та ін. В їх дослідженнях основна увага приділялася висвітленню положень про інститут поруки у римському приватному праві.

Мета цієї статті полягає у дослідженні питання історичного розвитку договірних відносин поруки, а також впливу на їх розвиток процесу рецепції.

Примітивному суспільству абсолютно чуже уявлення про те, що кожен договір сам собою створює зобов'язання між сторонами. Звичайно, в нерозвиненому побуті зав'язуються певні відносини між людьми: вони обмінюються речами, позичають гроші тощо. Але ці стосунки ще не мають характеру зобов'язань в юридичному сенсі. Обман при обміні, недовіра до слова тощо викликають таку саму психологічну реакцію потерпілого, як і будь-яка інша образа, призводять до тих самих наслідків, тобто до помсти. Стародавній час не знає нашого розмежування між кримінальним злочином і цивільним правопорушенням, між деліктом і невиконанням договору. Цим пояснюється та обставина, що навіть після того, як деякі види договорів отримали визнання, наслідки їх невиконання значною мірою ще мають ознаки примітивної помсти: стягнення спрямовується на особу боржника, причому за відомих умов воно дає кредитору навіть право на вбивство цього боржника [1, с. 382].

Вважається, що передумовою виникнення поруки є її первісна форма – заручництво, тобто передача в заставу певної особи. Цей вид забезпечення виконання зобов'язань був більш на-

дійним, ніж передача будь-якого рухомого майна особи. Застава нерухомості існувала лише у вигляді іпотеки (термін «іпотека» введений в обіг відомим афінським реформатором і законодавцем Солоном на початку VI ст. до н. е. [2]), тобто відповідальності боржника перед кредитором певними земельними володіннями, що до правовідносин поруки ніяким чином не застосовувалася.

Серед найдавніших форм суспільних відносин існував так званий інститут кругової поруки, на якому трималася вся поліцейська та судово-організація стародавності. Не маючи у своєму розпорядженні достатньої кількості органів для нагляду за населенням, інших засобів забезпечення явки осіб, які викликаються до суду, уряд закликав до участі в нагляді та виконанні адміністративно-судових зобов'язань все населення, поєднуючи його в певні групи або встановлюючи окрему поруку на кожен випадок. За кримінальні злочини та правопорушення проти прав державної влади відповідав круговою порукою рід. Після його розпаду особи, яких підозрювали у вчиненні правопорушення, зобов'язувалися знайти собі для забезпечення миру приватних поручителів, на яких і покладався нагляд за ними [3, с. 638].

Низка вчених-цивілістів пов'язує правову природу та підстави виникнення інституту поруки із становленням системи римського приватного права, яка започаткувала та вдосконала договір поруки.

Договори були основною правовою формою, за якою здійснювався товарний і господарський обіг Стародавнього Риму. Правовий вплив поширювався на всі економічні, торгові й інші відносини. Римська юриспруденція створила розгалужену систему договорів, що забезпечувала надійну правову основу ділових відносин [4, с. 372].

Виникнення договору поруки вчені-романісти пов'язують із виникненням форми *sponsio* або *stipulatio* (стипуляція). До якого часу можна віднести появу стипуляції, невідомо; не підлягає сумніву, що Закони XII таблиць про неї зовсім не згадували. Разом із тим маємо певний доказ її існування в *lex Aquilia*, законі близько 287 р. до н. е.; причому *stipulatio* згадується тут в одному із своїх складних видів (*adstipulatio*); очевид-

но, до цього часу вона вже давнє, звичне явище. Завдяки своїй абстрактній і гнучкій формі, *stipulatio* незабаром після свого виникнення стала вживатися для найрізноманітніших відносин. За своїм характером *stipulatio* є сполучною ланкою між старим цивільним шаром і новим: з одного боку, це ще угода формальна, як *nexum*, а з іншого – її форма спирається вже на просту абстрактну обіцянку боржника, що надає *stipulatio* абсолютно нові, невідомі старому праву ознаки [1, с. 390–391].

Незважаючи на те, що Закони XII таблиць прямо не згадували про стипуляцію, все ж підтверджували існування інституту поруки. Отже, римське право збергло декілька стипуляційних форм поруки:

Obligatio vindicis. Де віндексом є особа, яка віддає себе в руки кредитора на той випадок, якщо боржник, якому загрожує помста кредитора, не сплатить викупу. Таким чином, поручитель виступає як захисник людини, яку інший оголошує рабом, і віддає себе у владу кредитора, якщо претензія останнього виявиться правильною [3]. Закони XII таблиць щодо такого поручителя передбачають вимогу: нехай поручителем (на судоворінні) за того, хто має своє господарство, буде (тільки) той, хто має своє господарство. За неіснуючого громадянина (*proletario*) поручителем буде той, хто побажає [5];

Vadimonium. *Vas* (поручитель в *gadimonium*), як і віндекс, зобов'язується спонукати боржника до виконання певних дій, обіцяних кредитору. Частіше *Vas* зобов'язувався нарівні з головним боржником як самостійний боржник і повинен був надати те саме, до чого зобов'язався боржник. В іншому випадку він зобов'язувався тільки відшкодувати збитки або сплатити певну грошову суму у випадку, якщо інша особа не виконає свого обов'язку [6, с. 35]. *Vadimonium* здійснювався у формі постановки питання й отримання на нього відповіді. Саме при такій формі ще до введення в цивільний обіг стипуляції-спонсії поручителя *Vas* називали спонсором (*sponsor*). Пізніше боржнику було дозволено поручатися за себе [1, с. 394];

Obligatio praedis. Ця форма поруки є найбільш суворою, схожа з формою Віндексу. При *obligatio praedis* кредитор, який не отримав задоволення своїх вимог від поручителя, міг сам стягнути належне, продавши все майно поручителя (*venditio praedis*), і, передусім особу поручителя. Продаж майна поручителя здійснювався у вигляді аукціону, що оголошувався публічно.

Після запровадження у цивільний обіг стародавнього Риму стипуляції виникають форми *adstipulatio* та *adpromissio*, ідентичні з круговою порукою. Основною метою *adpromissio* (приєднання додаткового боржника) є саме порука: за борг головного боржника бере на себе відповідальність інша особа – поручитель.

Із розвитком ділових відносин відчувалася нагальна потреба у правовідносинах поруки. Цю потребу задовольняли у формі кореальної стипуляції: поручитель був таким самим боржником, як і той, за кого він ручався, і лише звичай вимагав, щоб кредитор при стягненні звертався спочатку до головного боржника. Але потім внут-

рішня акцесорність поруки починає знаходити собі зовнішнє вираження; при цьому виникають дві старі форми поруки – *sponsio* і *fidepromissio*. Різниця між цими формами полягає тільки в словах, за допомогою яких вони укладались; юридичне значення обох абсолютно однакове. Після питання головному боржнику та його відповіді, кредитор звертався з питанням до поручителя: «*Idem spondes?*» або «*Idem fide tua promittis?*» і отримував від нього відповідь: «*Idem spondeo*» (*sponsio*) або «*Idem fide mea promitto*» (*fidepromissio*). Обидві ці форми могли мати місце, якщо головне зобов'язання було також укладене у вигляді *stipulatio*, і лише безпосередньо після цієї головної *stipulatio*; вони представляли *adpromissio* в повному значенні цього слова. Юридичні наслідки такої поруки носять на собі сліди стародавнього погляду на зобов'язання, як на деякий, суто особистий зв'язок: обов'язок поручителя погашається з його смертю і на спадкоємців не переходить (ознаки заручництва) [1, с. 407].

У римському республіканському законодавстві, крім Законів XII таблиць, існував ряд законів, які точніше намагалися регулювати правовідносини поруки (Інституції Гая. III. 121). До таких законів можна віднести *Lex Apuleia*, *Lex Furia*, *Lex Cicerelia*, *Lex Publilia*, основною особливістю яких є виконання цивільно-правових зобов'язань майновою відповідальністю, а не особистою. Впровадження зазначених законів відтіснили інститут кругової поруки.

На зміну *sponsio* та *fidepromissio*, які забезпечували тільки стипуляційні зобов'язання у I ст. до н. е. виникає нова форма – *fidejussio*, яка передбачала відповідальність поручителя за боржника, а не виконання основного зобов'язання. Саме *fidejussio* стала прототипом поруки сучасного зразка [7, с. 16].

Fidejussio – це формально самостійна стипуляція; лише матеріально вона підсилює будь-яке інше зобов'язання: стипуляційне, консенсуальне і т. д. Кредитор, вказавши у своєму запитанні те зобов'язання, яке забезпечується (наприклад, «*quod mihi Titius ex empto debet*»), питає поручителя: «*Id fide tua esse jubes?*», на що поручитель відповідав: «*Id fide mea jubeo*» (Інституції Гая. III. 115–117). За *fidejussio*, у разі смерті поручителя, відповідальність за виконання зобов'язання несли спадкоємці. Така відповідальність на той час була новелою в римському законодавстві; до неї порука припинялась у разі смерті поручителя.

Протягом усього класичного і післякласичного періоду існувало правило, за яким кредитор при невиконанні зобов'язань міг пред'явити позов на свій розсуд проти головного боржника або проти поручителя. Згодом Юстиніан реформував поруку, встановивши, зокрема, що поручитель може вимагати аби кредитор, насамперед, звернувся до стягнення на майно основного боржника. Тільки після з'ясування факту неплатоспроможності боржника настає відповідальність поручителя [4, с. 384].

Аналіз підстав виникнення та правового змісту договору поруки свідчить, що поява первісних форм і подальший розвиток поруки – це здобуток римського приватного права.

Навіть після падіння Західної Римської імперії у 476 р. римське приватне право продовжує існувати та розвиватись у Візантії (Східній Римській імперії). При Юстиніані проведена велика кодифікаційна робота, внаслідок якої створений Кодекс Юстиніана. Натомість на завойованій території Західної Римської імперії продовжувало діяти римське право. Це пов'язано з тим, що у варварських королівствах люди не підлягали дії єдиного закону; кожна етнічна група жила за своїми правовими звичаями. О. Підпригора назвав таку ознаку варварського законодавства «персоналізацією права» (адресованість певній групі населення). Тому римлянам, які опинилися на окупованій території, надавалося право судитися за власними законами. Згодом у варварських королівствах розпочався процес запозичення римського права. У 506 р. король вестготів Аларих II затвердив збірку законів *Breviarium Alaricianum*, куди входили витяги з Інституцій Гая, Кодексу Теодосія, сентенцій Павла й інші джерела римського права. Римське право суттєво вплинуло також на розвиток правової системи держави франків у X ст. Там навіть відбулася так звана суміш правових систем, яка складалась із франкського (салічного) права, римського права та романізованого лангобардського права. Отже, протягом V–XI ст. у Західній Європі стрімко розвивалося римське право; у цей період відкривались юридичні школи, зокрема в Римі, Павії, Вероні, Орлеані, Равені, де основи римського права вивчали на професійному рівні. З'являлися такі самостійні юридичні твори, як *Exceptiones legume Romano* та *Brachylogus juris civilis* (підручники з систематичним викладом римського права).

Враховуючи таке запозичення римського законодавства іншими державами світу слід згадати і про розвиток договірних відносин поруки. Незважаючи на те, що у класичному римському праві була велика кількість форм договору поруки, починаючи з розпаду Римської імперії і до сьогодення основною формою залишається *fidejussio*, яка передбачала відповідальність поручителя за боржника.

Згідно із сучасним законодавством різних країн світу порука визначається як обов'язок поручителя відповідати перед кредитором третьої особи за виконання останнього свого зобов'язання. Зміст такого визначення міститься у цивільних кодексах, Франції, Нідерландів, Квебеку, Німецькому цивільному уложенні й інших країн. Україна теж не виняток. Згідно із ст. 553 Цивільного кодексу України за договором поруки поручитель поручається перед кредитором

боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.

Характеризуючи процес рецепції римського права у більшості країн Західної Європи, Д. Азаревич звертає увагу на дві важливі особливості цього явища: те, що римське право було рециповане комплексно, а не окремим інститутом; те, що воно було рециповане субсидіарно, тобто запроваджувалося у випадках, якщо в місцевому законодавстві були прогалини, протиріччя, неточності тощо. При цьому Д. Азаревич розрізняє два підходи до засвоєння римського права: засвоєння позитивного законодавства західних європейських країн (положень римського права); засвоєння його «духу», тобто методологічної основи, на підґрунті якого виникло «теперішнє римське право», що увібрало в себе «працю, духовний розвиток і науку майже усієї сучасної Європи» [8, с. 168–169].

Аналіз римських джерел, а також існуючих правових доктрин дозволяє зробити **висновок** про те, що рецепція договірних поруки у тому числі договору поруки на території України й інших країн світу є «похідною» рецепцією, із запозиченням ідей не лише Стародавнього Риму, а й інших країн сучасної Європи, де рецепція вже відбулася раніше. Причому така рецепція була не явною, а прихованою (латентною), оскільки процеси правотворення зроблені на підґрунті системи римського права, але з проголошенням принципово інших підходів.

Список використаних джерел

1. Покровский И. А. История Римского Права. – СПб., 1998. – 560 с.
2. Брокгауз Ф. А., Эфрон И. А. Энциклопедический словарь [Электронный ресурс] // Вологодская областная универсальная научная библиотека. – Режим доступа: <http://www.booksite.ru/fulltext/brokgabrokefr/1/1838.htm>.
3. Брокгауз Ф. А., Эфрон И. А. Энциклопедический словарь. – СПб., 1898. – Т. 24.
4. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право. – К., 2009. – 528 с.
5. Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. – М., 1997.
6. Михальнюк О. В. Формування інституту поруки у римському приватному праві // Юридична Україна. – 2005. – № 2.
7. Белов В. А. Поручительство: опыт теоретической конструкции и обобщения арбитражной практики. – М., 1998. – 234 с.
8. Підпригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право. – К., 2007. – 512 с.

Стаття надійшла до редакції 19.11.2012 р.

The article is devoted to examination of the question of the historical development of the contractual relations of the guarantee. Special attention focuses on the premises of the Institute of guarantees, as well as the impact on the development of process of reception.

Статья посвящена исследованию вопроса исторического развития договорных отношений поручительства, предпосылок возникновения института поручительства, а также влияния на его развитие процесса рецепции.



Катерина Добкіна,

старший викладач кафедри правосуддя юридичного факультету
Київської державної академії водного транспорту
ім. гетьмана П. Конашевича-Сагайдачного

ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ДЖЕРЕЛ ФОРМУВАННЯ МАЙНА ТОРГОВО-ПРОМИСЛОВИХ ПАЛАТ

У статті розкриваються особливості формування майна торгово-промислових палат, аналізуються положення чинного національного законодавства стосовно понять «цивільна правосуб'єктність юридичних осіб», зокрема Торгово-промислової палати України, «цивільне правове регулювання майна».

Ключові слова: цивільна правосуб'єктність, правоздатність, дієздатність, майно торгово-промислових палат.

Виникнення права власності юридичних осіб, у тому числі торгово-промислових палат тісно пов'язане з поняттям «цивільна правосуб'єктність. Поняття «цивільна правосуб'єктність юридичної особи» включає в себе дві складові: правоздатність та дієздатність [1]. В. Мусіна також зазначає, що правоздатність є лише однією стороною правосуб'єктності, другим компонентом є дієздатність [2]. Категорії правоздатності та дієздатності як елементи правосуб'єктності мають певну спільність, але є різними правовими категоріями. Якщо правоздатність окреслює коло того, що може мати, то дієздатність – передусім те, що може створити для себе своїми діями суб'єкт права. Дієздатність тісно пов'язана із правоздатністю та нібито базується на ній. У зв'язку із цим можна вести мову про відсутність єдиного теоретичного обґрунтування особливостей правового режиму майна торгово-промислової палати. Це неминуче призвело до ігнорування законодавчого закріплення особливостей правового режиму майна торгово-промислових палат як непідприємницьких юридичних осіб.

Торгово-промислова палата як недержавна неприбуткова організація є суб'єктом цивільного права і, як будь-який суб'єкт правовідносин володіє майном, що підлягає цивільному обороту. Правоздатність юридично виражає можливість, наприклад, мати право власності. Правоздатність – це ще не саме суб'єктивне право, а можливість правоволодіння. У силу своєї специфічності правовий режим майна юридичної особи порівняно із фізичними особами має особливий характер. Торгово-промислова палата зрозуміло, є но-

сієм таких майнових прав та обов'язків, які за своєю природою можуть належати тільки юридичній особі.

Законодавче закріплення категорія «правоздатність» знайшла в ст. 91 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, відповідно до якої цивільна правоздатність юридичної особи – це здатність мати цивільні права й обов'язки. Цивільна майнова правоздатність виникає з моменту її створення та припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення.

Дієздатність юридичної особи також має певну особливість порівняно з дієздатністю фізичної особи. Якщо у фізичної особи дієздатність з'являється лише після спливу певного часу після виникнення правоздатності (статті 30–35 ЦК України), а в певних випадках зовсім не виникає або втрачається (статті 39–41 ЦК України), то у юридичної особи правоздатність і дієздатність виникають одночасно. Як зазначає з цього приводу В. Мусіна, виникнення в юридичної особи дієздатності пізніше за правоздатність свідчило б про те, що вона до цього моменту не могла б здійснювати свої права та, відповідно, діяльність, яку ці права опосередковують [2].

Поняття цивільне правове регулювання дієздатності торгово-промислової палати як юридичної особи міститься в ст. 92 ЦК України. Цивільна майнова дієздатність торгово-промислової палати – це здатність організації набувати майнових прав та обов'язків. Однак слід зазначити, що майнова правосуб'єктність торгово-промислової палати як непідприємницької юридичної особи приватного права, як самостійного суб'єкта цивільних правовідносин має певну специфіку.

На нашу думку, особливість, що зумовлює специфічний характер майнової правосуб'єктності, полягає в меті її створення.

Однією з найважливіших складових майнової правосуб'єктності торгово-промислової палати як суб'єкта цивільних відносин є право володіти майном (майнова правосуб'єктність). Відповідно до вітчизняної доктрини кожна юридична особа повинна мати майно, відокремлене, по-перше, від майна членів колективу; по-друге від майна держави та територіальної громади; по-третє, від майна інших організацій, у тому числі вищестоящих органів [3]. Деякі науковці, зокрема, зазначають, що майнова самостійність необхідна також тим юридичним особам, які безпосередньо не є суб'єктами підприємництва, а вступають у цивільно-правові відносини для забезпечення виконання соціально-культурних, управлінських та інших завдань. З цього приводу в юридичній літературі інколи вживається термін «матеріальна основа діяльності». Так, Г. Кудрявцева визначає це поняття як матеріально-фінансові ресурси (матеріальні об'єкти та грошові кошти), що дозволяють здійснювати функціонування та постійний розвиток неприбуткових організацій з метою реалізації їх статутних завдань [4].

Джерелами формування майна торгово-промислових палат є вступні та членські внески, прибуток від господарської діяльності торгово-промислових палат, створених ними підприємств та інших організацій, інші доходи і надходження, отримання яких не суперечить законодавству України. Майнову відокремленість торгово-промислової палати від майна її членів підкреслює те, що у разі виходу або виключення відповідно до статуту із складу членів торгово-промислової палати сплачені членські внески не повертаються і претензії на частину майна торгово-промислової палати не задовольняються. Майно та кошти торгово-промислової палати в разі виходу або виключення із складу її членів поділу не підлягає (ст. 12 Закону «Про торгово-промислові палати в Україні»).

Майно торгово-промислових палат використовується для забезпечення їх статутної діяльності. Таким чином, майно, що знаходиться у власності торгово-промислової палати, створює матеріальну основу її діяльності. Більше того, діяльність торгово-промислової палати залежить від стійкості матеріальної бази, оскільки саме вона забезпечує можливість здійснювати необхідні витрати на проведення, розширення та вдосконалення роботи із виконання статутних завдань. Саме у зв'язку з викладеним досить важли-

вим є питання з'ясування та встановлення обсягу і меж майнової правосуб'єктності торгово-промислової палати.

Матеріально-речові об'єкти власності у цілому характеризуються своїм невиробничим характером. З цього приводу Є. Суханов зазначає, що матеріальні засоби, які перебувають у власності непідприємницьких організацій, використовуються як одна з матеріальних гарантій вирішення статутних цілей і завдань цих організацій» [5].

Майно торгово-промислової палати, на відміну від суб'єктів підприємницької діяльності, призначене для здійснення статутної діяльності і не передбачає одержання прибутку. Господарська діяльність торгово-промислової палати допускається тільки з метою виконання статутних цілей і завдань. Саме за цих обставин правове визначення обсягу майнової правосуб'єктності торгово-промислових палат відрізняється від регулювання цього питання щодо інших суб'єктів цивільно-правових відносин.

Реалізувати власну правосуб'єктність торгово-промислова палата здатна шляхом вступу у цивільні правовідносини, але для цього необхідна самостійна майнова база. Норми, що визначають обсяг майнової правосуб'єктності торгово-промислових палат, відрізняються від подібних норм щодо суб'єктів підприємницької діяльності, зокрема підприємницьких товариств. Дійсно, корпоративне законодавство не містить спеціального переліку джерел належного господарським товариствам майна. Отже, основним джерелом формування майна підприємств, створених торгово-промисловими палатами, є дохід від здійснюваної ними підприємницької діяльності та матеріальні надходження від засновників (учасників). Підприємства не можуть існувати без наявності у них майна та прибутку від здійснюваної ними діяльності.

Відповідно до ст. 10 Закону «Про торгово-промислові палати в Україні» діяльність торгово-промислової палати припиняється шляхом її ліквідації, відповідно має вирішуватися і доля майна, що їй належить. Ліквідація торгово-промислової палати провадиться за рішенням засновників торгово-промислової палати або за рішенням її вищого керівного органу. Майно та кошти ліквідованої торгово-промислової палати після задоволення вимог усіх кредиторів розподіляються у порядку, передбаченому законодавством. Але детально цей механізм у Законі «Про торгово-промислові палати в Україні» та ЦК не передбачений. Тому необхідно повернутися до аналізу джерел фор-

мування майна торгово-промислових палат як складової, що опосередковує майнову правосуб'єктність. Слід зазначити, що наведений перелік джерел формування майна використовується торгово-промисловими палатами диференційовано залежно від її цілей і завдань. У разі виходу або виключення відповідно до статуту із складу членів торгово-промислової палати майно не повертається і претензії на частину майна торгово-промислової палати не задовольняються.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що основна особливість, яка зумовлює спеціальний характер майнової правосуб'єктності торгово-промислової палати, полягає в меті її створення. Вихід за межі цієї мети діяльності призведе до втрати зазначеною юридичною особою та створеними нею підприємствами й іншими організаціями свого призначення. У зв'язку з цим доцільно із запро-

вадженням ЦК України загальної правоздатності для всіх юридичних осіб (ст. 91) зберегти спеціальний характер майнової правоздатності Торгово-промислових палат, визначений законом.

Список використаних джерел

1. *Лещенко Д. С.* Непідприємницькі юридичні особи: особливості організаційно-правових форм // Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ. – 2008. – № 1. – С. 67–72.
2. *Мусина В. А., Чечина Н. А., Чечота Д. В.* Гражданский процесс. – М., 1998. – 480 с.
3. *Мейер Д. И.* Русское гражданское право. – М., 2000. – 246 с.
4. *Кудрявцева Г. А.* Материальная основа деятельности общественных организаций на современном этапе (правовой аспект). – М., 1988. – 188 с.
5. *Суханов Е. А.* Лекции о праве собственности. – М., 1991. – 240 с.

Стаття надійшла до редакції 26.12.2012 р.

The features of forming of property of commercial and industrial chambers open up in the article. Positions of current national legislation are analysed in relation to the concepts of civil personality of legal entities, in particular the Commercial and industrial chamber of Ukraine, civil legal adjusting of property.

В статье раскрываются особенности формирования имущества торгово-промышленных палат, анализируются положения действующего национального законодательства относительно понятий «гражданская правосубъектность юридических лиц», в частности Торгово-промышленной палаты Украины, «гражданское правовое регулирование имущества».



Юлія Коросташивець,

здобувачка Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПРИРОДУ ДОГОВОРУ НА ГОТЕЛЬНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ

У статті висвітлюються питання правової природи договору на готельне обслуговування, особливості його правового регулювання, доводиться цивільно-правова природа цього договору.

Ключові слова: договір на готельне обслуговування, готель, аналогічні засоби розміщення, споживач, проживаюча особа.

Питання правової природи договору на готельне обслуговування тривалий час залишається поза увагою вітчизняних науковців. Серед авторів, чий дослідження присвячені зазначеному питанню на теренах колишнього СРСР, можна назвати тільки російських дослідників – М. Цалікову, А. Тихомирову, Д. Жмуліну¹. Проте російське законодавство дещо відрізняється від українського. Крім того, багато аспектів договору на готельне обслуговування залишилися поза увагою зазначених авторів.

Метою цієї статті є вивчення правової природи договору на готельне обслуговування, особливостей його правового регулювання.

На нашу думку, відносини, що виникають між готелем і туристом (споживачем готельних послуг) на підставі договору на готельне обслуговування, мають цивільно-правову природу, оскільки цей вид договору є різновидом договорів про надання послуг.

У науковій літературі пропонуються різні визначення поняття «договір на надання готельних послуг». Так, М. Цалікова пропонує договір на надання готельних послуг розуміти як договір, за яким виконавець зобов'язується надати замовнику послуги з тимчасового проживання в готелі, а також інші, пов'язані з проживанням послуги, а замовник зобов'язується оплатити спожиті послуги². Це визначення, на нашу думку, є універсальним.

За договором на надання готельних послуг, за визначенням А. Тихомирової, викона-

вець (готель, професійний учасник індустрії туризму) зобов'язаний надати туристу для тимчасового проживання готельний номер (місце в номері) та комплекс готельних послуг, а турист зобов'язаний сплатити за номер готелю (місце в номері) та послуги, а також дотримуватися правил проживання в готелі³. Наведене визначення має певну ваду, оскільки обмежується віднесенням до виконавця договору на надання готельних послуг тільки готелю та професійного учасника індустрії туризму.

Д. Жмуліна пропонує розглядати договір на надання готельних послуг як угоду, відповідно до якої виконавець зобов'язується за завданням замовника надати готельні послуги, тобто здійснити комплекс дій із забезпечення комфортного тимчасового розміщення та пов'язаного з ним обслуговування замовника або вказаної останнім третьою особою (гостя) в наданому готельному номері, а замовник зобов'язується оплатити ці послуги⁴. «Слабким» у цьому визначенні, на нашу думку, є те, що автор передбачає укладення такого договору «за завданням замовника», а також оплату послуг за договором з боку замовника. Тобто «за рамками» визначення залишився безпосередній отримувач послуг за договором, який може сам його укласти та виконати за ним зобов'язання із сплати. До договору на готельне обслуговування застосовуються норми як цивільного, так і господарського й адміністративного законодавства. Загальні положення щодо договору про надання послуг врегульовуються главою 63 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України; положення зазначеної глави можуть застосовуватися до всіх договорів про надання послуг, якщо це не суперечить суті зобов'язання.

Згідно із ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець)

¹Цалікова М. Б. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Краснодар, 2007. – 21 с.; Тихомирова А. В. Оказание гостиничных услуг по российскому гражданскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Челябинск, 2008. – 26 с.; Жмулина Д. А. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2009. – 26 с.

²Цалікова М. Б. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг. – С. 5.

³Тихомирова А. В. Оказание гостиничных услуг по российскому гражданскому праву. – С. 19.

⁴Жмулина Д. А. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг. – С. 8.

зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, що споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Відповідно до ст. 22 Закону «Про туризм» від 15.09.1995 р. № 324/95-ВР за договором на готельне обслуговування одна сторона (готель або інший суб'єкт, що надає послуги з розміщення) зобов'язується за дорученням іншої сторони (проживаючого) надати послуги з тимчасового проживання (ночівлі) у спеціально обладнаному жилому приміщенні (номері), виконати або організувати виконання інших визначених договором на готельне обслуговування послуг, пов'язаних із тимчасовим проживанням, а проживаючий зобов'язується сплатити за ці послуги встановлену плату.

Аналіз наведених визначень свідчить, що договір на готельне обслуговування є консенсуальним, двостороннім, оплатним, строковим, публічним і належить до договорів приєднання.

Договір на готельне обслуговування є консенсуальним – при укладенні договору на готельне обслуговування між готелем і особою, яка бажає розміститися в готелі для проживання, має бути досягнута згода. Консенсуальний договір вважається укладеним з моменту досягнення сторонами згоди щодо його істотних умов у належній формі. Істотними умовами є: предмет правочину; умови, визнані такими законом або іншими актами цивільного законодавства; умови, необхідні для правочинів певного виду; умови, щодо яких за заявою однієї із сторін має бути досягнута згода (ч. 1 ст. 638 ЦК України). Надання готельних послуг полягає у виконанні з боку виконавця договору, який набрав чинності. Слід погодитися з висловленою Д. Жмуліною думкою, що у разі збігу моменту набрання чинності договором і фактичного розміщення споживача цих послуг у номері готелю можна вести мову про особливий порядок укладення договору та про те, що він виконується в момент укладення, а не про реальний характер договору¹.

Відповідно до п. 3.6. Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг² договір

про надання основних готельних послуг споживачу вважається укладеним після оформлення документів на проживання (заповнення анкети, реєстрації) та засвідчується розрахунковою квитанцією або іншим розрахунковим документом, що підтверджує укладення договору та містить у собі найменування готелю, його реквізити (для приватного підприємця – прізвище, ім'я по батькові, інформацію про державну реєстрацію); прізвище, ім'я та по батькові споживача; інформацію про номер (місце в номері), що надається; ціну номера (місця в номері); інші необхідні дані на розсуд готелю.

Двостороннім договором є договір, у якому обидві сторони мають як права, так і обов'язки. *Оплатним є договір*, в якому обов'язку однієї сторони вчинити певну дію з надання певного блага кореспондує такий самий зустрічний обов'язок іншої сторони³. Так, за договором на готельне обслуговування обов'язку готелю (іншого суб'єкта, що надає послуги з розміщення) надати послуги з тимчасового проживання (ночівлі) кореспондує обов'язок проживаючої особи сплатити за ці послуги встановлену плату.

Договір на готельне обслуговування має строковий характер, оскільки передбачає тимчасове проживання в ньому, незалежно від тривалості строку. *Досліджуваний договір є публічним*. Згідно з ч. 1 ст. 633 ЦК України публічним є договір, в якому одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо).

Поняття публічного договору є узагальненим щодо цивільно-правових договорів, завдяки яким забезпечуються потреби широкого кола споживачів, зокрема у сфері готельного обслуговування. Цим договорам притаманним є визначене коло суб'єктів (ними, з одного боку, є особи (підприємці), що в установленому порядку здійснюють підприємницьку діяльність в одній із зазначених сфер, з іншого – кожен, хто до них звертається для задоволення своїх потреб у товарах чи послугах). Умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Підприємець не повинен надавати переваги одному споживачеві перед іншим щодо укладення публічного договору, якщо інше не встановлено законом. Оскільки діяльність

¹Жмулина Д. А. Правовое регулирование деятельности по оказанию гостиничных услуг. – М., 2010. – С. 55.

²Про затвердження Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг: Наказ Державної туристичної адміністрації України від 16.03.2004 р. № 19, зареєстровано в Міністерстві юстиції України 02.04.2004 р. за № 413/9012 [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0413-04>.

³Цивільне право: У 2 т. / За ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. – Х., 2011. – Т. 1. – С. 274–275, 277.

підприємців із обслуговування широкого кола споживачів (наприклад громадян) є публічною, то й договори, що опосередковують цю діяльність, названі публічними¹.

Згідно з частинами 5, 6 ст. 633 ЦК України актами цивільного законодавства можуть бути встановлені правила, обов'язкові для сторін при укладенні та виконанні публічного договору. Умови публічного договору, що суперечать цим обов'язковим правилам, а також є неоднаковими для всіх споживачів (за винятком тих, кому за законом надані відповідні пільги), вважаються нікчемними.

Публічність договору на готельне обслуговування реалізується в тому, що одна сторона – підприємець (готель) бере на себе обов'язок надати послугу (послугу розміщення) кожному, хто до неї звернеться. Готель не має права відмовитися від укладення договору на готельне обслуговування за наявності у нього можливості надати споживачеві відповідні послуги. У разі необгрунтованої відмови готель має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою. Відмова вважається вмотивованою і готель не несе відповідальності, якщо доведе, що відмова зумовлена технічними причинами (відсутність вільних номерів чи номерів відповідної категорії).

Умови договору на готельне обслуговування мають бути однаковими для всіх споживачів, окрім тих, кому за законом надані відповідні пільги. Законодавством визначені категорії туристів, які мають переважне право на укладення договору на готельне обслуговування. При цьому принцип свободи договору, за яким сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору, в даному випадку не порушується. Так, відповідно до п. 4.3 Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг готель зобов'язаний надати пільги категоріям споживачів, для яких такі пільги передбачені в порядку та на умовах, визначених чинним законодавством.

Позачергове отримання номера в готелі незалежно від його відомчої підпорядкованості передбачене, наприклад, для народного депутата (ст. 22 Закону «Про статус народного депутата України» від 17.11.1992 р. № 2790-ХІІ). Це право також поширюється на особу, яка супроводжує народного депутата, зазначену у його посвідченні на відрядження.

Відповідно до п. 2 ч. 5 ст. 105 Повітряного кодексу України від 04.05.1993 р. № 3167-ХІІ у разі скасування рейсу авіаперевізником і про-

довження пасажиром подорожі іншим рейсом (рейсами) або за іншим маршрутом пасажирам має бути безплатно запропоновано та забезпечено місця в готелі, якщо пасажир змушений чекати на відправлення впродовж однієї чи більше ночей або якщо час додаткового очікування відправлення більший, ніж передбачалося.

Договір на готельне обслуговування є договором приєднання, оскільки умови договору встановлюються готелем і друга сторона не може запропонувати свої умови договору. Як зазначає В. Луць, договір приєднання, як і публічний договір, є узагальненою категорією таких цивільно-правових договорів, в яких умови договору встановлені однією із сторін у формах або інших стандартних формах і які укладаються лише шляхом приєднання другої сторони до запропонованого тексту договору в цілому. Друга сторона при цьому не може запропонувати свої умови договору. Безумовно, друга сторона сама вирішує, укладати чи не укладати договір на запропонованих їй умовах, тобто тут не порушується принцип свободи договору. Але необхідність укладення особою договору приєднання, передусім у підприємницькій діяльності, часто зумовлена економічними чи географічними чинниками, коли можливість вибору контрагента є обмеженою². Якнайбільше ці правила стосуються договорів на надання готельних послуг.

Сторонами договору на готельне обслуговування є одна сторона – готель або інший суб'єкт, що надає послуги з розміщення, інша сторона – проживаюча особа. Стороною з розміщення може бути готель або аналогічні засоби розміщення, визначення яких наводиться у ст. 1 Закону України «Про туризм» та п. 1.3 Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг. Готелем є підприємство будь-якої організаційно-правової форми та форми власності, що складається із шести та більше номерів і надає готельні послуги з тимчасового проживання з обов'язковим обслуговуванням. Аналогічні засоби розміщення – це підприємства будь-якої організаційно-правової форми власності, що складаються з номерів і надають обмежені готельні послуги, включно із щоденним заправлінням ліжок, прибиранням кімнат і санвузлів.

Що стосується іншої сторони договору на готельне обслуговування, то тут законодавчі норми виглядають дещо неоднозначно. Так, ст. 22 Закону України «Про туризм» називає таку сторону «проживаючий»; в іншій нормі цього Закону таку сторону називають споживачем (розміщення споживача – ст. 1).

¹Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. – К. – С. 439.

²Там само. – С. 440.

Споживачем цю сторону названо також у 1.3 Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг. За визначенням, наведеному в Правилах, споживач – це фізична особа, яка придбаває, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити товари, роботи, послуги для власних (побутових) потреб.

Оскільки готельні послуги можуть замовлятися як безпосередньо стороною договору, так і за участю посередників, у п. 1.3 Правил користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг надано також визначення поняття «замовника», яким є фізична або юридична особа, у тому числі суб'єкт туристичної діяльності, яка укладає відповідний договір на надання готельних послуг від імені та на користь споживача та здійснює оплату за цим договором (надає гарантії щодо оплати за цим договором). Таким чином, договір на готельне обслуговування може бути *договором на користь третьої особи*. При цьому слід пам'ятати, що ні туроператор, ні турагент не можуть надавати послуги особисто, тому туроператор завжди укладає договори з безпосередніми надавачами послуг з готельного обслуговування. Виконання договору на готельне обслуговування здійснюється безпосереднім виконавцем туристу. Виникає питання, на підставі якого договору турист може вимагати надання послуг – договору на готельне обслуговування, укладеного між туроператором (турагентом) і готелем, чи на підставі договору про надання туристичних послуг, укладеного між туристом і туроператором (турагентом). На нашу думку, така вимога впливає із договору про надання туристичних послуг, в якому має бути вказаний відповідний готель чи інший засіб розміщення.

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є укладеним, якщо сторони в належній

формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договору даного виду, а також усі умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнута згода.

Згідно із Законом «Про туризм» та Правилами користування готелями й аналогічними засобами розміщення та надання готельних послуг, готельна послуга складається з основних і додаткових послуг, що надаються споживачу відповідно до категорії готелю. Відповідно до п. 1.2 Правил *основні послуги* – це обсяг послуг готелю (проживання, харчування тощо), що включається до ціни номера (місця) і надається споживачу згідно з укладеним договором, а *додаткові послуги* – обсяг послуг, що не належать до основних послуг готелю, замовляються та сплачуються споживачем додатково за окремим договором.

Аналіз законодавчих вимог щодо договору на готельне обслуговування дає змогу віднести його до цивільно-правових договорів і запропонувати таке його визначення: *за договором на готельне обслуговування одна сторона (суб'єкт підприємницької діяльності, що надає послуги з розміщення) зобов'язується надати послугу другій стороні (споживачу та/або замовнику) з тимчасового проживання (ночівлі) у спеціально обладнаному жилому приміщенні (номері), виконати або організувати виконання інших визначених договором на готельне обслуговування послуг, пов'язаних із тимчасовим проживанням, а споживач (замовник) зобов'язується сплатити за ці послуги встановлену плату.*

Питання щодо правової природи договору на готельне обслуговування тісно пов'язані з умовами зазначеного договору і потребують свого висвітлення в окремій публікації.

Стаття надійшла до редакції 11.01.2013 р.

The article highlights the issues of the legal nature of the contract for the hotel service, especially its legal regulation, proved civil and legal nature of the contract.

В статье освещаются вопросы правовой природы договора на гостиничное обслуживание, особенности его правового регулирования, доказывається гражданско-правовая природа данного договора.



УДК 347.961

Григорій Забарний,*канд. юрид. наук, доцент,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін,***Світлана Мороз,***магістр кафедри цивільно-правових дисциплін
Національного університету державної податкової служби України*

ФОРМУВАННЯ ФУНКЦІЙ ПРИВАТНОГО НОТАРІАТУ В УМОВАХ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ УКРАЇНИ

У статті розглядаються та аналізуються основні функції українського приватного нотаріату, що є актуальними та мають важливе значення для організації нотаріальної діяльності в умовах європейської інтеграції України.

Ключові слова: нотаріат, приватний нотаріус, функції нотаріату, нотаріальна контора, вчинення нотаріальних дій, євроінтеграція.

Сучасні світові й євроінтеграційні тенденції, які все частіше знаходять власне відображення в українському суспільстві, вимагають відповідного реагування з боку органів державної влади. Тому, розглядаючи перспективи формування та трансформації іміджу сучасного нотаріату в Україні, слід звернути особливу увагу на новітній світовий та європейський досвід формування відносин між приватними нотаріусами й учасниками суспільних відносин.

У процесі розгляду, визначення й узагальнення фундаментальних складових діяльності приватного нотаріату в Україні заслуговує на увагу позитивний зарубіжний досвід у контексті організації нотаріальної діяльності, який у поєднанні з вітчизняними, передовими науковими дослідженнями сфери приватних і публічних цивільних правовідносин дозволить законодавцю та науковцям систематизувати найкращі надбаня даної галузі, забезпечити їх практичну реалізацію.

В умовах сьогодення приватна нотаріальна діяльність в Україні переживає період свого подальшого становлення та реформування. Зазначене вимагає застосування нової парадигми та формування гуманістичного світогляду в діяльності органів приватного нотаріату, що має позитивно позначитися на забезпеченні стабільності регулювання правовідносин в українському суспільстві.

Незважаючи на значні зміни та реформи у соціально-політичному, економічному і правовому житті українського суспільства, роль та значення органів нотаріату зростає.

Питання, що характеризує поняття та зміст функцій нотаріату, у тому числі приватного, досліджувалося такими практиками та вченими-

цивілістами, як В. Баранкова, В. Комаров, М. Дякович, В. Самосонов, В. Ефімова, Л. Радзівська, С. Пасічник, С. Фурса, Є. Фурса та ін. Разом із тим між науковцями немає єдності щодо визначення поняття та класифікації функцій, які реалізують приватні нотаріуси в Україні. Зазначене дає підстави для організації подальших наукових досліджень у визначеному напрямі.

Мета цієї статті полягає у дослідженні особливостей реалізації функцій органів приватного нотаріату в умовах євроінтеграції України.

Нотаріат в Україні представлений системою органів і посадових осіб, на яких покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені чинним законодавством.

На нашу думку, розгляд питання щодо подальшого формування функцій приватного нотаріату в умовах євроінтеграції України має здійснюватись у двох площинах: науково-правовій та організаційно-практичній.

Розглядаючи науково-правовий аспект формування функцій приватного нотаріату в Україні, маємо звернутися до теоретичних напрацювань дослідників у зазначеному напрямі. Так, на думку дослідників, змістом діяльності приватного нотаріату є два глобальних і стратегічних завдання – правоохоронна та правозахисна діяльність, які покладені державою на спеціальну структуру органів і додатково на окремих посадових осіб. Разом із тим нотаріат необхідно розглядати у ширшому плані як соціальне явище, пов'язане з потребою суспільства у забезпеченні охорони та захисту цивільних прав фізичних і юридичних осіб, держави [1, с. 46].

У свою чергу, В. Комаров та В. Баранкова визначають функції нотаріату як забезпечення безспірності та доказової сили документів, законності та надання правової допомоги особам, які звернулися за вчиненням нотаріальних дій [2, с. 57–58]. На думку М. Дяковича, функції нотаріату – це основні напрями діяльності, що відображають його особливості як унікального правового інституту, який має своїм завданням охорону та захист суб'єктивних прав громадян і юридичних осіб у приватноправовій сфері [3, с. 23]. І. Черемних вважає, що основною функцією нотаріату є надання кваліфікованої юридичної допомоги [4, с. 51].

Оскільки С. Я. Фурса й Є. І. Фурса відносять нотаріат до правоохоронних і правозахисних органів залежно від виконуваних ним функцій та пропонують відокремити основні функції нотаріату залежно від виконуваного ним завдання – охорони або захисту прав. Крім того, вони вважають, що нотаріату властива правоаналізуюча функція. Тобто нотаріус має право визначати межі дозволеної поведінки у правовідносинах, що врегульовані законом, а також коли така регулятивна функція надає можливість для декількох альтернативних варіантів правової поведінки, які не мають прямої заборони закону і не порушують прав інших суб'єктів, навіть коли такі правовідносини не мають аналогів [1, с. 47].

Узагальнення наведених теоретичних позицій дозволяє зробити висновок, що науковці при визначенні основних функцій приватного нотаріату, в основному, акцентують увагу на законодавчому підґрунті діяльності нотаріуса як відповідного суб'єкта цивільних правовідносин, що реалізує надані повноваження.

Характеризуючи нормативну складову забезпечення нотаріальної діяльності в Україні, необхідно узагальнити відповідні законодавчі акти, що здійснюють регулювання зазначеної сфери. Так, основними нормативними актами, що регулюють порядок здійснення нотаріальної діяльності, є: Конституція України, Закон України «Про нотаріат» від 02.09.1993 р. № 3425-ХІІ, накази Міністерства юстиції України: «Про затвердження Положення про Вищу кваліфікаційну комісію нотаріату» від 31.08.2011 р. № 923; «Про затвердження положень про територіальні органи Міністерства юстиції України» від 23.06.2011 р. № 759; «Про затвердження Положення про державний нотаріальний архів» від 24.12.2010 р. № 3290 та ін.

В Україні основним і базовим законодавчим актом, що визначає правовий статус нотаріату, зміст, функції й організацію його діяльності, у тому числі приватного нотаріуса, є Закон України «Про нотаріат», положення якого конкретизовані та деталізовані іншими нормативно-правовими актами.

Поняття «нормативне регулювання нотаріальної діяльності» відображає певний комплекс правовідносин, що виникають у процесі організації та функціонування приватної форми здійс-

нення нотаріальної діяльності. Це поняття затверджене на законодавчому рівні відповідно до ст. 21 Закону України «Про нотаріат».

Аналіз законодавчої бази свідчить, що основна функція нотаріату в Україні чітко визначена ст. 1 Закону України «Про нотаріат», згідно з якою на нотаріат «покладено обов'язок посвідчувати права, а також факти, що мають юридичне значення, та вчиняти інші нотаріальні дії, передбачені цим Законом, з метою надання їм юридичної вірогідності». Необхідно з'ясувати, чи слід на цій підставі вважати нотаріат державним органом. Відповідно до ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Нотаріат не входить структурно до жодної з перелічених гілок влади, не є організаційно державним органом. Разом із тим все більш широке визнання в науці теорії держави і права та практиці державного будівництва отримує думка, згідно з якою в окремих виняткових випадках недержавні структури й їх представники мають право за спеціальним дорученням держави здійснювати деякі функції держави. Тому з метою сприяння формуванню цілісного науково-практичного підходу до визначення функцій нотаріату та побудови чіткої структури нотаріальних органів для надання населенню послуг правового й іншого характеру, відповідно до міжнародних стандартів, а також поступового та системного реформування українського нотаріату як інституту позасудового захисту цивільних прав фізичних і юридичних осіб наказом Міністерства юстиції від 24.12.2010 р. № 3290/5 затверджено Концепцію реформування органів нотаріату в Україні.

Щоб акти приватного нотаріуса мали силу офіційних, держава повинна наділити його певними повноваженнями, що в сукупності складають компетенцію приватного нотаріуса. Так, відповідно до ст. 24 Закону України «Про нотаріат» передбачено реєстрацію приватної нотаріальної діяльності та розташування робочого місця приватного нотаріуса у межах визначеного для нього нотаріальним округом. Наслідки здійснення процедур призначення на посаду та реєстрації досить різні. Призначатися на посаду може особа за умови наявності вакантних посад; у здійсненні процедур реєстрації не може бути відмовлено, якщо претендентом дотримані всі реєстраційні умови [5, с. 99]. Крім того, із поширенням практики застосування процедури призначення на посаду приватних нотаріусів, має бути забезпечена відповідність цих дій публічно-правовому характеру діяльності нотаріуса.

На думку науковців, ст. 17 Закону України «Про нотаріат» необхідно доповнити вимогою про призначення на посаду приватного нотаріуса органами юстиції. На користь цієї позиції у науці цивільного права та процесу висловлена точка зору, що нотаріус (навіть приватний) є посадовою особою, діяльність якої забезпечує належний правовий контроль у сфері цивільно-

го обігу. В. Комаров та В. Баранкова вважають, що приватний нотаріус володіє державно-владним характером, зачіпає найбільш важливі права і законні інтереси громадян та організацій [2, с. 55; 6].

Слід зазначити, що всі функції нотаріату взаємопов'язані між собою та системно впливають на нотаріальну діяльність, яка здійснюється як державними, так і приватними нотаріусами від імені держави, спрямовані на захист прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб. У процесі визначення законодавцем правового статусу приватного нотаріуса в Україні відбувалось і формування основних функцій приватного нотаріуса.

Аналіз практики організації нотаріальної діяльності свідчить, що на сьогодні основною є *функція надання правової допомоги особам, які звернулися за вчиненням нотаріальних дій*. В умовах євроінтеграції України ця функція набуває все більшого значення.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про нотаріат» нотаріус зобов'язаний сприяти громадянам, підприємствам, установам та організаціям у здійсненні їх прав і захисті законних інтересів, роз'яснювати права й обов'язки, попереджати про наслідки вчинюваних нотаріальних дій для того, щоб юридична необізнаність не могла бути використана їм на шкоду. Вказана функція наближає українських нотаріусів до нотаріусів латинської школи, які беруть безпосередню участь у підготовці договорів, здійснюють певну діяльність як порадника сторін, намагаючись виключити саму можливість появи правових спорів [7, с. 27].

Функція забезпечення законності при вчиненні нотаріальних дій впливає з суті інституту нотаріату як органу, що вповноважений державою на здійснення правової діяльності із забезпечення законності у сфері цивільного обороту.

На сьогодні не існує нормативного визначення понять правоохоронна та правозахисна діяльність у нотаріальній сфері. Це питання неодноразово дискутувалось у юридичній літературі, однак єдиної точки зору не досягнуто. Вбачається, що правоохоронна діяльність у діяльності приватного нотаріату – це застосування комплексу повноважень спрямованих на недопущення порушень правоохоронюваних прав особи (фізичної чи юридичної). А правовий захист, у свою чергу, пов'язаний із відновленням порушених прав особи.

На нашу думку, правоохоронна діяльність нотаріату здійснюється шляхом вчинення лише тих нотаріальних дій, які передбачені законом. Вчиняючи нотаріальні дії, передусім посвідчуючи правочини, нотаріус перевіряє наявність усіх необхідних юридичних фактів для їх укладення та посвідчення. Зокрема, він встановлює та перевіряє правоздатність і дієздатність сторін правочинів, належність суб'єктивних прав, які вони передають іншим особам, тощо. Також нотаріус зобов'язаний на стадії вчинення нотарі-

альних дій охороняти законні права й інтереси громадян, фізичних осіб, які звернулися до нього за вчиненням нотаріальних дій шляхом надання консультацій, роз'яснень законодавства щодо наслідків укладення правочинів або вчинення тих чи інших дій [7, с. 29]. У такому випадку нотаріус виступає органом превентивного (попереджувального) правосуддя, захищаючи права й інтереси учасників правочину, щоб їх необізнаність не могла бути використана їм на шкоду.

Важливою є і *правореалізаційна функція* як одна з найбільш поширених у діяльності нотаріату, що віддзеркалює місце нотаріату у системі суб'єктивних прав і виконання зобов'язань. За загальним правилом, застосування права – це особлива форма правореалізації, владна правова діяльність органів держави, спрямована на реалізацію правових принципів, що відбувається в особливому порядку та має результатом видання правозастосовних актів дій [5, с. 98].

Правореалізаційна функція залежно від способів поділяється на: виконання, використання, дотримання та застосування права. На нотаріуса покладено обов'язок забезпечити належні правові умови для правореалізаційної функції учасників нотаріальної дії, зокрема, шляхом забезпечення умов правомірної поведінки учасників цивільного обороту відносно яких вчиняються нотаріальні дії. Нотаріус, вчиняючи нотаріальні дії, виконує, використовує та дотримується вимог правових норм (матеріального та процесуального характеру) у зв'язку з наданням йому повноваженнями [8, с. 58].

Важливе значення має й *упереджувальна функція*. Ця функція останнім часом набуває все більшого значення, оскільки нотаріус, посвідчуючи правочин за участю сторін, повинен сприяти попередженню правопорушень. Зокрема, свою діяльність він спрямовує на попередження виникнення конфліктів і спорів у цивільно-правових відносинах як при укладенні правочину, так і тих, які виникнуть у майбутньому. На відміну від судової діяльності предметом нотаріальної діяльності є безспірні справи.

Таким чином, інституту нотаріату в правовій державі в умовах євроінтеграції відводиться ключова роль не тільки в наданні правової допомоги громадянам, юридичним особам у процесі забезпечення їх правової безпеки, а й запобіганні спорів між учасниками договірних відносин. Участь нотаріуса при розробленні умов правочину перед його практичним виконанням дозволяє уникнути виникнення спорів про право між сторонами по укладеному та нотаріально посвідченому правочину, а також робить їх відносини більш стабільними та передбачуваними, особливо в умовах ринку. Участь нотаріуса дозволяє забезпечити кожну із сторін правочину правовим захистом вже на стадії оформлення права та договору (судовий захист може бути необхідний пізніше, на стадії спору) [2, с. 49].

Функція забезпечення безспірності та законності доказів. Недійсність договору, правочину

визнається лише в судовому порядку. Однак, у випадку виникнення спору в суді щодо нотаріально посвідченого договору сторони мають можливість швидше довести безспірність своїх прав, оскільки зміст прав та обов'язків сторін правочину, справжність їх підписів і час посвідчення офіційно підтверджені в нотаріальному порядку [1, с. 47]. Нотаріальну діяльність слід розглядати як специфічну правову форму діяльності, суть якої полягає в тому, що в межах її здійснюється застосування правових норм шляхом реалізації нотаріусом юрисдикційних повноважень по безспірних справах.

В. Аргунов зазначає, що нотаріус оформляє волю суб'єктів угоди, а суд та інші правоохоронні органи вирішують спори учасників, які склалися в результаті правовідносин суб'єктів угоди [7, с. 27]. Нотаріальна діяльність має попереджувальний (превентивний) характер, оскільки захищає права та законні інтереси громадян від можливих порушень у майбутньому, надаючи нотаріальним документам безспірний характер. Участь нотаріуса у підготовці правочину, обговоренні із сторонами його умов дозволяє уникнути виникнення спорів про право між сторонами по укладеному та нотаріально посвідченому правочину, а також робить їх відносини більш стабільними та передбачуваними.

За визначенням дослідників, *фіскальна функція нотаріату* покликана вирішувати низку державних завдань. У контексті розуміння даної функції, на думку М. Дяковича, нотаріат слід розглядати як допоміжний орган держави, на який покладено обов'язок контролювати сплату фізичними й юридичними особами, які звертаються за вчиненням нотаріальних дій, податків і зборів, визначених законодавством України (пенсійний збір за придбання нерухомості тощо) [3, с. 24].

Стаття надійшла до редакції 13.11.2012 р.

The basic functions of Ukrainian private notariatu, which have a rich in content value of notarial activity in the conditions of European advancement of Ukraine, are considered in the scientific floor and investigational.

В статье рассматриваются и анализируются основные функции частного нотариата в государстве, которые имеют важное значение для организации нотариальной деятельности в условиях европейской интеграции Украины.

Висновки

Роль приватного нотаріату в житті українського суспільства у більшості випадків виражається в його функціях, які не є сталими, а постійно змінюються та трансформуються під впливом різноманітних факторів і процесів. Нормативне визначення та законодавче розмежування функцій приватного нотаріату дозволило б конкретизувати його місце в сучасному суспільстві як особливого правового інституту створеного державою.

Список використаних джерел

1. Фурса С. Я. Правові аспекти охорони спільної часткової власності в нотаріальному процесі // Підприємництво, господарство і право. – 2001. – № 4. – С. 46–49.
2. Баранкова В. В. Проблемы нотариальной формы охраны и защиты прав: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1997. – 185 с.
3. Дякович М. М. Як нотаріусу спрощенцем стати? // Нотаріат. – 2004. – № 1. – С. 23–30.
4. Черемных И. Г. Теоретические основы становления независимого нотариата в России: проблемы и перспективы. – М., 2005. – 334 с.
5. Ясинская Л. Становлення та функціонування органів нотаріального самоврядування (історико-правовий аспект) // Вісник Львівського університету. Сер. юрид. – 2011. – Вип. 53. – С. 93–100.
6. Нотаріат в Україні / За ред. В. В. Комарова. – К., 2006. – 320 с.
7. Аргунов В. Н. Каким быть нотариату в России // Вестник Моск. ун-та: Сер. 2. Право. – 1994. – № 2.
8. Павлова Л. Модернизация законодательства о нотариате: огосударствление области или развитие самоуправления? // Юридическая газета. – 2006. – № 22 (82). – С. 56–64.



Василь Непочатих,

здобувач Науково-дослідного інституту приватного права
і підприємництва НАПрН України,
суддя Чернігівського окружного адміністративного суду

ВІДКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ, ЩО ВИНИКАЮТЬ ІЗ ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН: окремі аспекти

Стаття присвячена розкриттю специфіки відкриття провадження у цивільній справі, що виникає із трудових правовідносин.

Ключові слова: позовна заява, трудовий спір, відкриття провадження у справі, судовий збір, альтернативна підсудність, заінтересованість осіб, стадія цивільного процесу, забезпечення позову.

Відкриття провадження у справі є початковою й обов'язковою стадією цивільного судочинства. Дуже важливим є той факт, що відмова від права на звернення до суду за захистом є недейсною. Порушене, невизнане або оспорюване право є загалом об'єктом судового захисту у справах позовного провадження та безпосередньо об'єктом судового захисту у справах, що виникають із трудових правовідносин. Наявність такого права зумовлює виникнення спору між суб'єктами позовного провадження – працівником і власником (уповноваженим ним органом).

Дослідження проблеми відкриття провадження у справі, що виникає із трудових правовідносин, становить чималий науковий інтерес з огляду на відсутність комплексних теоретичних досліджень із цього питання у сучасному цивільному процесуальному праві. Окремі питання вирішення судами трудових спорів стали предметом досліджень вітчизняних науковців – представників як науки цивільного процесу, так і трудового права, серед яких В. Бурак, С. Васильєв, Ю. Белоусов, С. Бичкова, В. Бобрик, І. Дашутін, С. Косак, В. Лазор, С. Лозовой, П. Пилипенко, Н. Плахотіна, Б. Стичинський, Ю. Цал-Цалко, С. Фурса та ін.

Метою цієї статті є теоретичне з'ясування правової природи та значення стадії відкриття провадження у цивільній справі з трудових правовідносин із наданням практичних рекомендацій щодо вдосконалення чинного законодавства.

Основною (загальною) метою стадії відкриття провадження по справі є реалізація права на звернення за судовим захистом, гарантованого ст. 55 Конституції України. Щоб

реалізувати право на судовий захист у справах, що виникають із трудових правовідносин, необхідне звернення до суду працівника або власника (уповноваженого ним органу), що має право вимагати відкриття провадження у цій справі [1, с. 88].

Реалізувавши своє конституційне право на звернення до суду, позивач учинив певну процесуальну дію. Однак це ще не означає, що цивільна справа з трудових правовідносин буде відкрита і виникне процес із розгляду та вирішення цієї справи. Відкриття провадження за цією цивільною справою відбудеться у випадку, якщо суддя прийме позовну заяву та відкриє провадження у справі, постановивши при цьому відповідну ухвалу суду.

Відкриття провадження у справі є самостійною стадією цивільного процесу, під якою слід розуміти сукупність процесуальних дій суду й осіб та органів, які мають право подавати позовну заяву і мають на меті початок провадження у справі.

Досліджуючи процесуальний порядок розгляду трудових спорів, слід пам'ятати, що у позивача та відповідача по цим категоріям справ є пряма матеріальна і процесуальна заінтересованість у результаті розгляду справи. Крім сторін, матеріальну та процесуальну заінтересованість у результаті розгляду справи мають також і треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета трудового спору. Ними можуть бути, наприклад, співавтори службового твору, близькі особи, які мають право на аліменти відповідача-працівника у справі тощо.

Щоб відкрити провадження у справі, суддя, перш за все, має з'ясувати питання, чи наявні в особи, яка звертається з позовом передумови на пред'явлення позову. Враховуючи обсяг наукової статті, звернемо увагу лише на

те, що об'єктивні передумови права на пред'явлення позову можна поділити на позитивні та негативні. Позитивними об'єктивними є передумови, наявність яких є необхідною для реалізації права на пред'явлення позову. Негативними об'єктивними вважаються передумови, з відсутністю яких закон пов'язує звернення до суду з позовною заявою [2, с. 227].

Аналіз пунктів 1–4 ст. 122 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України та позицій деяких учених-процесуалістів, дозволяє виділити такі негативні передумови відкриття провадження у справі [3, с. 210]:

- позовна заява підлягає розгляду в судах загальної юрисдикції в порядку цивільного судочинства;

- відсутні рішення чи ухвала суду про закриття провадження у справі у зв'язку з відмовою позивача від позову або укладення мирової угоди сторін у спорі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, що набрали законної сили. Відмова від позову не позбавляє іншу сторону права пред'явити такий самий позов до особи, яка відмовилася від позову;

- у провадженні цього чи іншого суду відсутня справа із спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав;

- відсутнє рішення третейського суду, прийняте в межах його компетенції, щодо спору між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, за винятком випадків, коли суд відмовив у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду або скасував рішення третейського суду і розгляд справ у тому самому третейському суді виявився неможливим.

Викладені умови застосовуються і до справ, які виникають із трудових правовідносин, окрім п. 4, оскільки Закон України «Про третейські суди» від 11.05.2004 р. № 1701-IV не відносить до компетенції третейських судів розгляд справ, що виникають із трудових відносин (п. 9 ст. 6).

Особа, яка пред'являє позов у трудових правовідносинах, повинна оформити позовну заяву відповідно до вимог статей 118, 119 ЦПК України. Лише за умови дотримання чітко визначених у вказаних статтях вимог позовна заява виконуватиме роль процесуального засобу порушення судової діяльності, спрямованої на захист суб'єктивних прав та охоронюваних законом інтересів фізичних і юридичних осіб.

Позовна заява підписується позивачем або його представником, зазначається дата її подання. До позовної заяви додаються документи, що підтверджують сплату судового збору. Також, якщо позов пред'являється особою, яка діє на захист прав, свобод та інтересів іншої особи, в заяві мають бути зазначені підстави такого звернення. Якщо позовна заява подана після вжиття заходів забезпечення доказів або позову, то вона повинна містити

також відомості про ці процесуальні дії [4, с. 543].

Якщо вимога про забезпечення позову у справі, коли позов подається працівником до юридичної особи господарського товариства, заявляється на стадії відкриття справи, суд повинен чітко з'ясувати чи не призведе забезпечення такого позову до паралічу або припинення діяльності такої юридичної особи. Так, суд повинен брати до уваги, що зупинення дії рішення уповноважених органів про їх звільнення із займаних посад, оспорованого керівниками організацій, членами колегіальних виконавчих органів (генеральними директорами тощо), а також членами рад директорів (спостережних рад) організацій, які уклали трудові угоди з такими організаціями, вважається неприпустимим. У випадку винесення судом ухвали про забезпечення такого позову, суд фактично здійснює вирішення позовних вимог, не розглядаючи справу по суті. Крім того, суд повинен з'ясувати, чи відноситься конкретний спір до цивільної юрисдикції, оскільки на сьогодні корпоративні спори належать до компетенції господарських судів [1, с. 297].

Сама собою позовна заява не може виступати достатнім процесуальним засобом, що порушує судову діяльність. Чинне процесуальне законодавство зобов'язує особу, яка пред'являє позов, додавати до позовної заяви її копії та копії всіх документів, що додаються до неї, відповідно до кількості відповідачів і третіх осіб, однак ст. 120 ЦПК України у своєму змісті прямо передбачає звільнення від подання таких копій документів у позовах, що виникають із трудових правовідносин. У цих випадках законодавець надає пільговий режим звернення до суду з метою максимального створення умов доступності правосуддя.

Відповідно до ст. 11 ЦПК України суд розглядає справи не інакше як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданим відповідно до вимог цього Кодексу, в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі.

Трудові спори, якщо вони не подаються до суб'єкта владних повноважень, розглядаються судами у порядку цивільної юрисдикції. Так, ст. 15 ЦПК України визначає компетенцію судів щодо розгляду цивільних справ. Суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорованих прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин. Пункт 3 ч. 1 зазначеної статті конкретизує, що суди можуть розглядати справи щодо інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ провадиться за правилами іншого судочинства. Такими випадками, у контексті нашого дослідження та відповідно до ст. 2 Кодексу адміністративного судочинства (далі – КАС) України, можуть висту-

пати спори фізичних осіб із приводу їх порушених прав, свобод та інтересів посадових і службових осіб, інших суб'єктів при здійсненні ними владних управлінських функцій (владних повноважень).

Процесуальний порядок відкриття провадження у справах, які виникають із трудових правовідносин, відбувається за одноособовою ухвалою судді за наявності передумов права на пред'явлення позову й умов реалізації цього права, визначених у ЦПК України. Відповідно до ч. 1 ст. 122 ЦПК України суддя відкриває провадження у справі не інакше як на підставі заяви, поданої й оформленої у порядку, встановленому чинним Кодексом. Іншими словами, відкриття провадження у цивільних справах, що виникають із трудових правовідносин, відбувається шляхом пред'явлення позивачем або його представником позову щодо захисту трудових прав та одноособового рішення судді, що відображається в ухвалі про відкриття провадження у справах:

- про поновлення на роботі; позови про стягнення заборгованості по заробітній платі;
- про стягнення середнього заробітку за час вимушеного прогулу при затримці виконання рішення суду;
- про стягнення середнього заробітку за час затримки розрахунку при звільненні;
- про зобов'язання видати трудову книжку;
- про зміну формулювання причин звільнення;
- про скасування наказу про накладення дисциплінарного стягнення;
- про визнання трудового договору укладеним;
- про визнання колективного договору не дійсним і зобов'язання його переукласти;
- про зобов'язання приведення колективного договору у відповідність із вимогами чинного законодавства;
- про визнання незаконним страйку;
- про відшкодування шкоди, завданої працівником підприємству, установі організації;
- по інших трудових спорах (трудовах правовідносинах).

Виконуючи свої процесуальні обов'язки щодо своєчасного та правильного відкриття провадження у справі, суд, тим самим, здійснює також і контрольні функції, які йому призначені, протягом усього цивільного процесу. Д. Луспеник також зазначає, що, враховуючи відповідальний статус, яким володіє суддя, наслідки постановленої ним ухвали на цій стадії процесу не можна визнати правильною практикою, що існує в деяких судах, коли вирішення питань, пов'язаних із відкриттям провадження у справі, суддя делегує консультанту, помічнику чи секретарю, які не мають статусу судді [6, с. 19].

При прийнятті позовної заяви щодо захисту трудових прав суддя вирішує процесуальні питання про відкриття провадження у справі, виходячи з наявності зазначених у стат-

тях 121, 122 ЦПК України передумов права на пред'явлення позову й умов його реалізації. Питання про відкриття провадження у справі суддя повинен вирішити не пізніше десяти днів із дня надходження заяви до суду або закінчення строку, встановленого для усунення недоліків. Про відкриття провадження у справі суддя постановляє ухвалу відповідно до ч. 4 ст. 122 ЦПК України.

При відкритті справ, що виникають із трудових правовідносин, необхідно враховувати особливості ст. 233 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України щодо можливості працівника звернутися із заявою про вирішення трудового спору безпосередньо до районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду в тримісячний строк із дня, коли він дізнався або повинен був дізнатися про порушення свого права, а у справах про звільнення – в місячний строк із дня вручення копії наказу про звільнення або з дня видачі трудової книжки.

Отже, суддя при вирішенні питання щодо відкриття справи, що виникає із зазначених спорів, має встановити, чи не пропущений позивачем процесуальний строк звернення до суду із заявою. Якщо позивачем такий строк пропущено, необхідно встановити, чи містить позовна заява клопотання про поновлення строку звернення до суду із вказаною позовною заявою та аргументацію позивача щодо пропущення строків, унаслідок чого суддя зобов'язаний прийняти одне із процесуальних рішень: постановити ухвалу про відкриття провадження або про відмову у відкритті із викладенням мотивів такого рішення.

У трудових спорах позивачі часто звертаються до суду із пропуском строку такого звернення, тому питання прийняття позовної заяви судом чи залишення її без розгляду є актуальним. Так, на відміну від позовної давності, положення про яку регулюється гл. 19 розділу V Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, в деяких законодавчих актах, зокрема у КЗпП України, ЦПК України, встановлюється не позовна давність, у межах якої особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу, а строк звернення до суду (наприклад, ст. 385 ЦПК України встановлений строк звернення до суду із скаргою на рішення, дії чи бездіяльність державного виконавця; ст. 233 КЗпП України встановлений строк звернення до суду за вирішенням трудових спорів).

Суддя не вправі відмовити у відкритті провадження у справі з мотивів пропуску без поважних причин строку звернення до суду або строку на оскарження рішення комісії по трудовим спорам (ст. 228 КЗпП України), оскільки Кодекс не передбачає такої можливості. Отже, суддя при вирішенні питання щодо відкриття справи, що виникає із зазначених спорів, повинен встановити, чи не пропущений позивачем процесуальний строк звер-

нення до суду із заявою. Якщо позивачем такий строк пропущено, необхідно встановити, чи містить позовна заява клопотання про поновлення строку звернення до суду із вказаною позовною заявою та аргументацію позивача щодо пропущення строків, унаслідок чого суддя зобов'язаний прийняти одне із процесуальних рішень: постановити ухвалу про відкриття провадження або про відмову у відкритті із визначенням мотивів такого рішення.

Як зазначають М. Балюк та Д. Луспенник, виходячи із змісту частин 1 і 2 ст. 10 ЦПК України про те, що цивільне судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін, сторони й інші особи, які беруть участь у справі, мають рівні права щодо подання доказів, їх дослідження та доведення перед судом їх переконливості; питання про пропуск позивачем строку звернення до суду може вирішуватися судом за умови, якщо про це заявлено відповідачем [5, с. 235].

Однією з вимог, що висувається до порядку реалізації права на пред'явлення позову – сплата судового збору й оплата витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи. Тому до позовної заяви необхідно додати документи, що підтверджують їх оплату (для фізичних осіб – квитанція про сплату судового збору й оплату витрат на інформаційно-технічне забезпечення розгляду справи; для юридичних осіб – платіжне доручення) [4, с. 245]. Разом із тим законодавець встановив пільги для низки категорій справ щодо звільнення сплати судового збору, і справ, що виникають із трудових правовідносин, передбачені ст. 5 Закону України «Про судовий збір» першою позицією від 08.07.2011 р. № 3674-VI: позивачі – за подання позовів про стягнення заробітної плати, поновлення на роботі та за іншими вимогами, що впливають із трудових правовідносин. У цьому пріоритетному фіксуванні можна простежити соціальну функцію держави щодо здійснення захисту законодавчо гарантованих прав працівників.

У разі відкриття провадження у справі суддя постановляє відповідну мотивовану ухвалу, однак на практиці не завжди в ухвалі про відкриття провадження у трудових справах зазначається зміст позовних вимог, а вказуються узагальнені дії судді або взагалі у

змісті ухвали фіксується лише предмет позову, що вважаємо неправильним і таким, що не є корисним для здійснення ефективного судочинства у конкретній справі. Крім того, ухвали про відкриття провадження у справі, що виникає з трудових правовідносин, не завжди чітко визначають строк, до якого відповідачеві пропонується подати свої обґрунтовані заперечення на позов із обов'язковим посиленням на докази.

У випадку, якщо прийнято рішення про відмову у відкритті провадження у трудовому спорі, суд відповідно до ч. 4 ст. 122 ЦПК України постановляє ухвалу, яка може бути оскаржена в апеляційному порядку відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 293 ЦПК України. Дуже важливим моментом є те, що відмова у відкритті провадження у справі перешкоджає повторному зверненню до суду із таким самим позовом [1, с. 98].

Викладене дозволяє зробити **висновок**: відкриття провадження у справі, що виникає із трудових правовідносин, зумовлює виникнення процесуальних відносин між судом і позивачем, а також між судом і відповідачем та їх представниками, якщо вони беруть участь у справі. Відповідно, виникнення процесуальних відносин породжує виникнення відповідних процесуальних прав та обов'язків у осіб, які беруть участь у справі, та суду щодо розгляду справи.

Список використаних джерел

1. Цал-Цалко Ю. Ю. Процесуальні особливості розгляду спорів щодо поділу спільного майна подружжя: дис. ... канд. юрид. наук. – О., 2010. – 238 с.
2. *Позовне провадження* / В. В. Комаров, Д. Д. Луспенник, П. І. Радченко та ін.; За ред. В. В. Комарова. – Х., 2011. – 552 с.
3. *Цивільне процесуальне право України* / За ред. С. С. Бичкової. – К., 2007. – 404 с.
4. *Курс цивільного процесу* / В. В. Комаров, В. А. Бігун, В. В. Баранкова та ін.; За ред. В. В. Комарова. – Х., 2011. – 1352 с.
5. Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях): Коментарії, рекомендації, пропозиції. – Х., 2008. – 708 с.
6. Луспенник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. – Х., 2006. – 480 с.

Стаття надійшла до редакції 01.11.2012 р.

The article is devoted to the specifics of the opening of civil proceedings arising as a result of labor relations.

Статья посвящена раскрытию специфики открытия производства по гражданскому делу, возникающему вследствие трудовых правоотношений.



Леся Шаповал,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Національної академії внутрішніх справ

ПРОБЛЕМИ ПАТРОНАТНОГО ВИХОВАННЯ Й ОСОБЛИВОСТІ ВЛАШТУВАННЯ ВИХОВАНЦІВ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ У ПАТРОНАТНУ СІМ'Ю

Стаття присвячена розкриттю деяких проблем патронатного виховання, а також особливостям влаштування вихованців дитячого будинку у патронатну сім'ю.

Ключові слова: патронатне виховання, патронатні вихователі, дитячий будинок.

Втрата сім'ї, самотність, сирітство – трагедія в житті дитини. Виховання в умовах державних сирітських установ – це необхідність, вихід із ситуації, що склалася в державі, яка травмує психіку дитини, різко змінює її долю, руйнує звичну систему відносин із оточуючим світом, робить неможливим реалізацію потенційних можливостей дитини.

Проживання у сім'ї навіть протягом короткого проміжку часу може дати для розвитку дитини набагато більше, ніж роки, перебування в казенній установі. У сім'ї дитина усвідомлює різноманітність соціальних ролей, свою статеву належність, формує уявлення про сімейні звичаї, традиції, етику [1, с. 13].

Одне з основних завдань будь-якого суспільства та держави – реалізація права дитини на виховання у сім'ї. Ці права дитини зафіксовані як у міжнародних документах (Конвенція про права дитини), так і в українських законодавчих актах. У будь-якій країні створюється, розвивається й укріплюється система соціальних альтернативних рішень, що стосуються виховання та розвитку дитини: збереження дитини у рідній сім'ї; повернення у сім'ю; усиновлення всередині країни; усиновлення в іншій країні; передання на виховання в сім'ю; передання у спеціальні виховні заклади.

На сучасному етапі держава та суспільство не можуть забезпечити всім дітям-сиротам і дітям, які залишилися без батьківської опіки, виховання в прийомних сім'ях. Гостра проблема росту сирітства потребує пошуку шляхів реалізації права дитини жити та виховуватись у сім'ї.

Найбільш складна категорія дітей, які залишилися без опіки батьків (за віком, психологічними властивостями, статусом тощо), досягають свого повноліття, виховуючись у дитячому будинку. Вихованці дитячого бу-

динку за рядом істотних психологічних параметрів відрізняються від дітей, які виховуються у сім'ї. Для них характерно порушення мотиваційної, пізнавальної, емоційно-вольової сфер розвитку особистості, що як наслідок часто призводить до затримки психічного розвитку. Ці проблеми не можуть бути вирішені в інтернатному закладі будь-якого рівня. Безумовно, всі діти не можуть бути передані в сім'ю, адже є установи для дітей із відхиленнями у розвитку, для дітей інвалідів, які потребують спеціального догляду. Завдання держави та суспільства – допомогти маленькій людині набути позитивного досвіду сімейного життя, підготуватися до проживання в сімейному оточенні, а в подальшому створити власні повноцінні сім'ї. У зв'язку з цим необхідним є пошук нових форм виховання дітей, які залишилися без опіки батьків. Однією з таких форм є *патронатне виховання*, яке дає можливість оптимально поєднати сімейне виховання та високий професійний рівень супроводження дитини і сім'ї.

Слід зазначити, що історичний аспект питання патронату як системи передачі дітей-сиріт на утримання та виховання (часткове чи повне) до підприємств, військових частин, громадських організацій (колективний патронат) або сімей (індивідуальний патронат) досліджували чимало науковців – Н. Несмеянов, С. Чіганова, П. Шахов, І. Назарова, А. Зінченко, В. Козубовський та ін. О. Карпенко, розглядаючи питання розвитку різних форм утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, на нашу думку, достатньо обґрунтовано довела, що «відмова від патронату була передчасною ... проблема виховання дітей, які залишилися без батьківського піклування, не тільки не вирішена, а, навпаки, стає дедалі гострішою» [2, с. 191].

Соціально-правовим захистом дітей, які залишилися без батьків, суспільство переймалося з найдавніших часів. Батьківщиною сімейного патронату вважається Шотландія, де його застосовували з початку XIX ст. [3]. Зарубіжні країни й нині активно застосовують патронат (фостерне виховання) [4], вирішуючи питання стабільного розвитку дитини, позбавленої належного сімейного піклування. Патронатна форма виховання щодо безпритульних та осиротілих дітей, які перебували в інтернатних закладах, застосовувалася в 20–40 роки минулого століття й у радянських республіках [5].

Перебування дитини у патронатній сім'ї – один із реальних шансів подальшого влаштування її життя, оскільки є надія, що дитина залишиться в цій сім'ї. Особливо важливе значення має патронатне виховання для дітей старше 12 років, оскільки їх навряд чи усиновлять. Більшість віддають перевагу всиновленню немовляти, щоб стати йому з самого початку рідними. Тому влаштування на патронат для дітей шкільного віку, можливо, єдиний шанс відчувати тепло домашнього вогнища.

Патронатне виховання означає як батьківську любов, так і професійну роботу. У патронатного вихователя дві ролі: батьківська та професійна. Дитина живе в прийомній сім'ї та розцінює її як свою. У той самий час укладається трудовий договір. Це найбільш гнучка форма пристрою і для дитини, і для родини.

Мета цієї статті – розкрити деякі проблеми патронатного виховання, а також особливості влаштування вихованців дитячого будинку у патронатну сім'ю.

Патронатне виховання – порівняно нова форма влаштування дітей, які залишилися без опіки батьків, тому її позитивне значення для дітей – вихованців держзакладів не всіма і не завжди правильно розуміється. Подібна система позитивно впливає на процес адаптації дитини в сім'ї, завдяки чому патронатні вихователі в подальшому нерідко усиновлюють дитину, яка виховується в їх сім'ї. У соціумі ці діти вважаються не такими, як інші, а й у дитячих закладах патронатні вихователі іноді стикаються з незрозумінням того блага, яке надається дітям при переданні в патронатну сім'ю. Самі ж діти швидко адаптуються в сім'ях патронатних вихователів, починають звати їх мамами чи (і) татами, не бажають контактувати із спеціалістами дитячого закладу з групи супроводження при відвідуванні за місцем проживання, поки не усвідомлять, що вони не заберуть їх із патронатної сім'ї.

Можна назвати такі переваги патронатного виховання:

- влаштування довгострокове дітей дошкільного та молодшого шкільного віку в сім'ю з подальшим спільним майбутнім (опіка, усиновлення);

- влаштування дітей складної категорії – дітей середнього шкільного та підліткового віку в сім'ю з метою отримання оптимального рівня освіти й їх соціальної адаптації;

- патронатне виховання – це професійна діяльність вихователя, спрямована на безперервну та послідовну корекцію особистості дитини, яка проживала в неблагополучній сім'ї чи в інтернатному закладі;

- патронатне виховання передбачає розмежування відповідальності із захисту прав і законних інтересів дитини між батьками, патронатним вихователем і закладом, який надає патронатне виховання, що має на меті професійний (юридичний, матеріальний, психологічний, медичний) супровід дитини та сім'ї.

Неможливо передбачити всі труднощі патронатного виховання та підготуватися до них. Ці труднощі пов'язані із звичайними процесами адаптації дитини й сім'ї один до одного, з кризами, що виникають у розвитку будь-яких відносин із плином часу. Не може бути 100-відсоткового оформлення в сім'ю. «Серед 16–17-річних вихованців дитячих домів немало дітей, які, поживши в сім'ї, свідомо роблять вибір на користь дитячих будинків» [6, с. 25].

Супроводження патронатної сім'ї (відвідування, бесіди з дітьми та патронатними вихователями, складання актів обстеження) дозволяють виявити проблеми і труднощі, з якими стикаються патронатні вихователі, діти. Відвідування патронатних сімей у період літніх канікул; бесіди з батьками, дітьми дозволяють зробити висновки про те, що існують певні проблеми як у дітей, так і патронатних вихователів у справі виховання дітей дитячого будинку. Як правило, це порушення дітьми режиму дня, недостатньо сформовані навички самообслуговування, протиправні дії, куріння, зловживання спиртними напоями.

На нашу думку, необхідна спільна робота над проблемою патронатного виховання всього педагогічного колективу дитячого будинку, корекційно-розвиваюча робота з дітьми дитячого будинку за спеціально розробленою системою підготовки дітей до інтеграції в патронатну сім'ю. Робота із підбору сім'ї для дитини повинна носити ретельний, систематичний характер. При цьому мають враховуватися вік, особливості характеру дитини, медичні та психологічні характеристики. Недопустимим є формальний підхід до влаштування дітей-сиріт і дітей, які залишилися без батьківського піклування, в сім'ю без ура-

хування цих факторів. Необхідно вести пошуки сім'ї для дитини, а не дитини для сім'ї.

Іншою проблемою є взаємовідносини з сім'єю, в якій проживала дитина. Не завжди дитину, яка проживає в сім'ї патронатного вихователя, вирішують залишити на тривалий час. Як правило, це договір на період літніх канікул. Перш за все це стосується сільської місцевості, коли дитину беруть на виховання в патронатну сім'ю на літні канікули для того, щоб вона допомагала патронатним вихователям по господарству (працювати на городі, доглядати худобу тощо). У подальшому в кращому випадку все обмежується прийомом дітей на канікули, вихідні та святкові дні.

Великою проблемою при оформленні вихованців дитячих будинків на патронатне виховання є позиція органів опіки та піклування. Провідна позиція органу опіки та піклування в останні роки була ними втрачена. На даний час ці органи практично не беруть участі в підборі сім'ї для дітей, які виховуються в дитячих будинках. Як правило, вони виконують лише функції з надання договорів у вищі органи.

Значні труднощі для тих, хто вирішив взяти дитину у свою сім'ю, створює достатньо довгий і складний процес формування документів і проходження медичної комісії, отримання довідки про відсутність судимості.

Велику роль у розвитку патронатного виховання відіграє сумісна діяльність спеціалістів дитячого будинку з освітніми закладами, керівниками підприємств, адміністрацією сільської ради.

Заслуговує на увагу аналіз складу патронатних вихователів за віком, освітою, мотивами прийому дітей в сім'ю. На нашу думку, для патронатних вихователів необхідні такі ознаки:

- вони проживають недалеко від місця, де проживала дитина раніше. При цьому не припиняються особисті та соціальні зв'язки дитини, а набуті під час знаходження в патронатній сім'ї особисті та соціальні зв'язки зберігаються у дорослому житті. Дитина проживає в оточенні, яке знає її біологічних батьків. Таким чином дитина краще поінформована про своїх біологічних батьків; соціум впливає на біологічних батьків; менш трав-

муючим є залишення біологічної сім'ї та перехід до патронатної сім'ї та, навпаки, повернення в біологічну сім'ю;

- наявність родинних зв'язків із біологічною сім'єю;
- різноманітні джерела прибутку (заробітна плата, присадибна ділянка, підприємство тощо);
- власні діти більш старшого віку;
- наявність хоббі у членів сім'ї (туризм, спорт і т. п.);
- високий освітній рівень.

Висновки

Щоб забезпечити ефективний розвиток патронатної форми влаштування дітей, яка передбачена Сімейним кодексом України, слід розробити заходи соціальної підтримки патронатної сім'ї на державному рівні. У цьому сенсі доцільно внести зміни до глави 20 Сімейного кодексу України щодо патронату та прийняти відповідний закон, яким визначити статус патронатних вихователів, функції уповноважених органів і служб із супроводження патронатних сімей і роботи з батьками дитини, заходи державної підтримки як дітей у патронатних сім'ях, так і патронатних вихователів. Це підвищить престижність діяльності з патронатного виховання, зменшить ризики виникнення складних життєвих обставин через відсутність належного батьківського піклування.

Список використаних джерел

1. Гончар П. На каникулы – в семью // Защити меня. – 2006. – № 1.
2. Карпенко О. І. Правові засади утримання та виховання дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського виховання: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002.
3. Доклад Н. Несмеянова о признании детей на Всероссийском совещании 17–20 марта 1916 года по признанию детей в связи с войной. – <http://innewfamily.narod.ru/index.html>.
4. Козубовський В. В. Соціальний захист неповнолітніх у Великій Британії (порівняльний аналіз). – Ужгород, 2004. – 129 с.
5. Зінченко А. Г. Досвід подолання дитячої безпритульності в Україні у 20-х роках. – К., 1998. – 35 с.
6. Черниговский М. Родители согласно договору // Деньги. – 2006. – № 47.

Стаття надійшла до редакції 21.11.2012 р.

This article is concerning on some problems of patronage education as well as on features of arrangement of orphanage pupils to the patronage family.

Статья посвящена раскрытию некоторых проблем патронатного воспитания, а также особенностям устройства воспитанников детского дома в патронатную семью.



Ірина Діковська,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка

ІМПЕРАТИВНІ НОРМИ Й ЇХ РОЛЬ У РЕГУЛЮВАННІ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

У статті досліджується значення імперативних норм для регулювання договірних зобов'язань.

Ключові слова: імперативні норми, договірні відносини, обмеження свободи договору.

Практично всі правові системи визнають свободу сторін приватного договору. І хоча різні дослідники по-різному визначають зміст свободи договору, схематично її можна визначити як свободу укладати договір (у тому числі свободу вибору контрагента), свободу визначати зміст договору, свободу змінювати та припиняти договір, а також свободу обирати певні регулятори договору (наприклад, звичаї або застосовуване право у випадках, дозволених законодавством). Оскільки одне із завдань права – не допустити свавілля та заподіяння шкоди одним особі іншим (або принаймні мінімізувати таку можливість), більшість правових систем встановлюють обмеження свободи договору, одним із яких є імперативні норми.

Метою цієї статті є аналіз ознак імперативних норм, що обмежують свободу сторін договору.

Імперативні норми були предметом дослідження багатьох учених. В основу цієї статті покладені роботи Г. Дмитрієвої, О. Жильцова, В. Звєкова, В. Канашевського, Н. Марішевої.

Імперативні норми можуть обмежувати матеріальну свободу сторін договору (тобто свободу укладати договір, визначати контрагента, зміст договору, змінювати та припиняти його). Крім того, імперативні норми можуть бути бар'єром проти застосування права певної держави, тому опосередковано вони обмежують свободу сторін договору обирати застосовуване право.

Обмеження матеріальної свободи сторін договору імперативними нормами закріплене ст. II – 1:102 (1) проекту Спільних підходів (далі – DCFR), яка, зокрема, встановлює, що сторони можуть укласти договір або інший юридичний акт і визначити його зміст

із урахуванням будь-яких застосованих імперативних норм [1, с. 183].

У законодавстві України обмеження матеріальної свободи договірних сторін міститься у абзаці 2 ч. 3 ст. 6 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, згідно з яким сторони у договорі не можуть відступити від актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це.

Схожі обмеження містяться у законодавстві й інших держав. Так, відповідно до ч. 1 ст. 380 ЦК Республіки Казахстан громадяни й юридичні особи вільні в укладенні договору; примушування до укладення договору не допускається, за винятком випадків, коли обов'язок укладати договір передбачений цим Кодексом, законодавчими актами або добровільно прийнятим зобов'язанням [2]. Зокрема, відповідно до ч. 6 ст. 101 Закону Республіки Казахстан «Про державне майно» продавець не вправі ухилятися від підписання протоколу про результати торгів і договору купівлі-продажу, якщо особа, яка виграла торги, не відповідає вимогам ст. 93 цього Закону [3].

Згідно із ст. 667 ЦК Республіки Молдова договірні сторони вільні в укладенні договорів у межах імперативних норм права й у визначенні їх змісту. Імперативними нормами є, наприклад, норми, що регулюють позовну давність (статті 267–283 ЦК Республіки Молдова). При цьому правочин про зміну строку позовної давності чи порядку його обрахування або відмову про право посилається на позовну давність є недійсним (ст. 270 ЦК Республіки Молдова) [4].

Обмеження застосування іноземного права імперативними нормами, а також обмеження сторін щодо вибору застосовуваного права міститься у ст. 14 Закону України «Про міжнародне приватне право», яка, зокрема, встановлює, що правила цього Закону не обмежують

дії імперативних норм права України, що регулюють відповідні відносини, незалежно від права, яке підлягає застосуванню; суд, незалежно від права, що підлягає застосуванню відповідно до цього Закону, може застосовувати імперативні норми права іншої держави, які мають тісний зв'язок із відповідними правовідносинами, за винятком, встановленим ч. 1 цієї статті. При цьому суд повинен брати до уваги призначення та характер таких норм, а також наслідки їх застосування або незастосування. Слід зазначити, що законодавець при цьому не вказує ознак імперативних норм, що може призвести незастосування норми права іноземної держави за наявності будь-якої імперативної норми права України, яка за змістом не збігається з нормою права іноземної держави.

Заслугує на увагу те, що імперативні норми є однією з найпроблемніших правових категорій. Г. Дмитрієва виділяє найбільш дискусійні у доктрині питання щодо імперативних норм: їх коло; взаємовідносини таких норм із публічним порядком; питання про те, чи захищати імперативні норми лише свого права, чи потрібно захищати імперативні норми іноземного права, з якими відношення тісно пов'язано; чи слід обмежити застосування правила про застосування імперативних норм лише договірним правом, чи застосовувати його до всієї сфери приватно-правових відносин [5, с. 163].

Загальновизнаним є те, що імперативні норми, які підлягають застосуванню замість застосовуваного іноземного права, не є звичайними імперативними нормами. Як зазначає Н. Маришева, вони сильніші, ніж звичайні імперативні норми [6, с. 72].

В інших державах імперативні норми також обмежують можливість застосування права іноземної держави, проте визначаються певні ознаки таких норм. Так, відповідно до ст. 3076 ЦК Квебеку застосування норм, що містяться у кн. 10 «Міжнародне приватне право», не повинно суперечити нормам права, які діють на території Квебеку та підлягають застосуванню в силу їх особливої цілі [7]. Згідно із ст. 1192 ЦК Російської Федерації підлягають застосуванню імперативні норми законодавства Російської Федерації, в яких прямо про це зазначено або які мають особливе значення, у тому числі для забезпечення прав та охоронюваних законом інтересів учасників цивільного обороту [8]. У юридичній літературі норми ст. 1192 ЦК РФ іменуються «зверхімперативними» [6, с. 75; 9, с. 201]. Досліджуючи історію створення ст. 1192 ЦК РФ Н. Маришева дійшла висновку, що намір законодавця полягав у тому, щоб віднести до категорії імперативних норм, про які йдеться у ст. 1192 ЦК РФ, норми ЦК

РФ про основні засади цивільного законодавства, про межі здійснення цивільних прав, про недійсність правочину, вчиненого з метою, що суперечить основам правопорядку та моралі, про свободу договору [6, с. 74].

Тлумачачи ст. 1192 ЦК РФ, В. Звєков зазначає, що до норм, які мають особливе значення, належать різного роду цивільно-правові настанови, які як частина цивільного права виражають публічно-правові інтереси, виступають ніби продовженням публічно-правових засад у приватному праві. Як такі правила він пропонує розглядати, наприклад, положення п. 3 ст. 1 ЦК РФ (про вільне переміщення товарів, послуг і фінансових послуг на всій території Росії), п. 3 ст. 162 ЦК РФ (про наслідки недотримання простої письмової форми зовнішньоекономічного правочину) та ст. 208 ЦК РФ (про вимоги, на які позовна давність не поширюється) [9, с. 204–205].

О. Жильцов виділяє такі властивості імперативних норм: імперативна норма повинна мати характер норми безпосереднього застосування; держава, що видала відповідну норму, повинна мати обґрунтований інтерес у її застосуванні; імперативна норма повинна мати не лише виправдану мету, а й метод, за допомогою якого така мета досягається; держава, що видала імперативну норму, повинна бути достатньо тісно пов'язана з відповідним правовідношенням [10, с. 38].

На думку В. Канашевського, до імперативних норм належать норми транснаціонального публічного порядку. До них він, зокрема, відносить ті, що встановлюють недопустимість обмеження основних матеріальних і процесуальних прав, заборону незаконної експропріації, корупції тощо. Крім того, до імперативних норм належать норми, які захищають загальновизнані цінності та права, наприклад норми, що встановлюють захист культурних цінностей, охорону навколишнього природного середовища, а також норми, які захищають публічні інтереси держави чи міжнародних утворень, зокрема, норми про конкуренцію, антимонопольні закони, валютне регулювання тощо [11, с. 43].

Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, що підлягає застосуванню до договірних зобов'язань» («Рим I») від 17.06.2008 р. розрізняє «переважні імперативні положення» («overriding mandatory provisions») та «положення, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди» («provisions which cannot be derogated from by agreement»). У пункті 37 Преамбули Регламенту зазначається, що поняття «переважні імперативні положення» підлягає обмеженому тлумаченню. При цьому переважними імперативними положеннями є положення, дотримання яких визнано країною як

такі, що мають принципове значення для охорони її публічних інтересів (політичний, соціальний чи економічний устрій) тією мірою, якою вони підлягають застосуванню до будь-якої ситуації, що підпадає під їх дію, незалежно від того, яке право в іншому випадку підлягало б застосуванню до договору відповідно до цього Регламенту. Ніщо у Регламенті не обмежує застосування імперативних положень права суду. Крім того, можуть застосовуватися переважні імперативні положення права країни, де зобов'язання, що виникають на підставі договору, повинні бути виконані тією мірою, якою ці положення договору роблять виконання договору незаконним. При вирішенні питання про надання дії цим положенням мають враховуватися їх характер і мета, а також наслідки їх застосування або незастосування.

Що стосується «положень, від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди», то згідно з п. 15 Преамбули Регламенту та ч. 3 ст. 3 Регламенту ними є положення права країни, у якій «перебувають усі елементи ситуації». При цьому на застосування таких положень не впливає вибір застосовуваного права, а також суду.

Із змісту п. 25 Преамбули Регламенту випливає, що «положеннями від яких не дозволяється відступати за допомогою угоди» є норми права країни звичайного проживання споживача, які встановлюють його захист за умови, що договір із споживачем укладений у рамках підприємницької діяльності, яка здійснюється споживачем у відповідній країні. Крім того, до таких положень згідно з п. 35 Преамбули Регламенту належать і норми, що надають захист найманим працівникам, від яких дозволяється відступати лише у тому випадку, якщо це на користь працівників.

У силу ч. 4 ст. 3 Регламенту не дозволяється відступати від положень права Співтовариства (у тому числі трансформованих у законодавство держави – члена суду), якщо у момент вибору права всі елементи ситуації знаходилися в одній або декількох державах – членах ЄС.

Свобода сторін договору обмежується імперативними нормами й відповідно до Принципів європейського договірного права (далі – PECL). При цьому PECL розрізняють імперативні норми, які містяться у них (ст. 1:102 (1) PECL), а також імперативні норми національного, наднаціонального та міжнародного права (ст. 1:103 (2) PECL). Так, відповідно до ст. 1:102 (1) PECL сторони вільні вступати у договір і визначати його зміст, дотримуючись вимог добросовісності та чесної ділової практики, а також імперативних норм, встановлених цими Принципами.

Сторони не можуть уникнути застосування імперативних норм Принципів, якщо вони обрали Принципи як право, що застосовується до договору. Якщо ж сторони вирішили включити до договору Принципи як окремі умови договору, а договір підпорядкувати національному праву, то застосовуватися до договору будуть імперативні норми національного права. Чи зможуть у цьому випадку сторони виключити імперативні норми Принципів залежить від обставин. Такий маневр може бути ухиленням, що суперечить публічному порядку держави форуму (див. ст. 1:201). Згідно із ст. 1:103 PECL у випадку, якщо це допускається застосовуваним правом сторони можуть обрати ці Принципи для регулювання свого договору, внаслідок чого імперативні норми національного права не застосовуються. Однак підлягають застосуванню ті імперативні норми національного та міжнародного права, які згідно з відповідними нормами міжнародного приватного права застосовуються незалежно від права, що регулює договір [12, с. 100].

Коментар до ст. 1:103 PECL наводить таку ілюстрацію застосування ч. 1 ст. 1:103 PECL: шведський продавець С та французький покупець Б уклали договір купівлі-продажу літака у Франції. Продавець є виробником літаків, покупець – професіонал, який використовує літаки у своєму бізнесі, але не має кваліфікованих знань щодо літака. Вони домовилися, що їх договір буде регулюватися Принципами (в іншому випадку він би регулювався нормами французького права). Вони також домовилися, що продавець не нестиме відповідальності за приховані дефекти, положення яке за французьким правом є недійсним відповідно до імперативних норм французького права щодо *vices cachés*. Відповідно до ст. 8:109 Принципів посилання продавця на це положення не буде суперечити добросовісності та чесності. Справу розглядає арбітр у Франції. Оскільки доктрина *vices cachés* у французькому праві не підпадає під категорію норм, що є імперативними незалежно від застосовуваного права, й оскільки відповідно до французького права сторони можуть обрати Принципи як право, що регулює договір, арбітр повинен підтримати це договірне положення. Питання, що не охоплюються Принципами регулюватимуться правом, що застосовується до договору.

Що стосується імперативних норм, які застосовуються судом чи арбітражем в силу ч. 2 ст. 1:103 PECL, то ці норми є виразом фундаментального публічного порядку країни та повинні застосовуватися, якщо договір має тісні зв'язки з нею [12, с. 101]. При цьому в силу ст. 15:102 PECL, якщо договір суперечить імперативній нормі права, що застосовується відповідно до ст. 1:103 PECL, наслідка-

ми такого протиріччя є наслідки, прямо встановлені відповідною імперативною нормою. У випадках, коли імперативна норма прямо не встановлює наслідки цього протиріччя для договору, він може бути визнаний таким, що має юридичну силу повністю, частково, таким, що не має юридичної сили або підлягає зміні.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що імперативні норми є обмежуючим фактором свободи сторін договору. Це обмеження може стосуватися як свободи укладати договір, визначати його зміст, обирати контрагента, змінювати та припиняти його, так і свободи обирати застосовуване право. Імперативність норми впливає з її змісту, а також мети, яка повинна бути особливою, зокрема захищати особливо важливі цінності правопорядку, соціального й економічного устрою.

Список використаних джерел

1. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition.* Prepared by the Study Group on European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.
2. *Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая часть)* (с изменениями и дополнениями по состоянию на 22.06.2012 г.) [Електронний ре-

сурс]. – Режим доступу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1006061.

3. *Закон Республики Казахстан «О государственном имуществе»* (с изменениями и дополнениями по состоянию на 10.07.2012 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30947363.

4. *Гражданский кодекс Республики Молдова № 1107 от 06.06.2002 г.*, с изменениями [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://lex.justice.md/index.php?action=view&view=doc&lang=2&id=325085>.

5. *Международное частное право.* – М., 2010. – 656 с.

6. *Марышева Н. И.* Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. – М., 2007. – 328 с.

7. *Civil Code of Quebec* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://ccq.lexum.org/ccq/home.do?lang=en>.

8. *Гражданский кодекс РФ* [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.grazkodeks.ru/statia/gzk-glava-66/gz-statia-1192/>.

9. *Звеков В. П.* Коллизии законов в международном частном праве. – М., 2007. – 416 с.

10. *Жильцов А. Н.* Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // *Международный коммерческий арбитраж.* – 2004. – № 2. – С. 16–42.

11. *Канашевский В. А.* Императивные нормы в практике международного коммерческого арбитража // *Внешнеторговое право.* – 2007. – № 2. – С. 43–45.

12. *Principles of European Contract Law. Parts I and II.* Prepared by the Commission on European Contract Law. Edited by Ole Lando and Hugh Beale. Kluwer Law International. – The Hague, 2000. – 561 p.

Стаття надійшла до редакції 17.11.2012 р.

The article contains an analysis of the role of mandatory rules in regulation of contractual relations.

В статье исследуется значение императивных норм для регулирования договорных отношений.



Ірина Новосельська,

канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права
Київської державної академії водного транспорту

ВИЗНАЧЕННЯ МЕЖІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАЦЮ

Стаття присвячена аналізу значення адміністративної відповідальності за порушення зобов'язань, передбачених трудовим договором.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, юридична відповідальність, правова поведінка, дисциплінарна відповідальність, дисциплінарний проступок, правовий вчинок, соціальна корисність, соціальна шкідливість.

На сучасному етапі розвитку в Україні суттєво зросло значення адміністративної відповідальності за порушення зобов'язань, передбачених трудовим договором. Особливості адміністративної відповідальності, які відрізняють її від інших видів юридичної відповідальності, полягають у тому, що:

- вона настає, як правило, за особливий вид правопорушень – адміністративний;
- її заходи можуть застосовуватися у разі звільнення від кримінальної відповідальності, тобто за діяння, що містять ознаки злочинів, які не становлять значної суспільної небезпеки;
- вона виявляється в накладенні на порушників певних видів адміністративних стягнень, специфічних за змістом і відмінних від заходів кримінального покарання, дисциплінарного впливу та майнової відповідальності;
- адміністративні стягнення накладають спеціальні органи та посадові особи. Вичерпний перелік стягнень і органів, уповноважених їх застосовувати, наведено в спеціальному розділі Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП).

Адміністративна відповідальність регулюється багатьма нормативними актами різної юридичної сили, які становлять законодавство про адміністративні правопорушення. Важливе значення для визначення адміністративної відповідальності мають підходи до її дослідження, які зумовлюють різне розуміння цієї правової категорії. На думку М. Студенікіної, це застосування частини заходів адміністративного примусу, а саме – адміністративних стягнень [1]. Г. Бондаренко вважає, що «адміністративна відповідальність – це форма реагування держави на правопорушення, яка виявляється в застосуванні повноважними державними органами, службовими особами, громадськістю до винної особи адміністративних санкцій у межах і порядку, встановлених законодавством; це обов'язок правопорушника звітувати за свою протиправну поведінку і зазнавати за неї не-

сприятливих наслідків, передбачених санкцією правової норми» [2].

І. Галаган визначає адміністративну відповідальність як застосування у встановленому порядку уповноваженими на це органами та службовими особами адміністративних стягнень, сформульованих у санкціях адміністративно-правових норм, до винних у вчиненні адміністративних проступків [3]. А. Комзюк сформулював визначення адміністративної відповідальності так: «Це застосування до осіб, які вчинили адміністративні проступки, адміністративних стягнень, що тягнуть для цих осіб обтяжливі наслідки майнового, морального, особистісного чи іншого характеру і накладаються уповноваженими на те органами чи посадовими особами на підставах і у порядку, встановлених нормами адміністративного права» [4].

З позиції С. Гончарука, «адміністративна відповідальність як різновид правової відповідальності – це специфічна форма негативного реагування з боку держави в особі її компетентних органів на відповідну категорію протиправних проявів (передусім адміністративних проступків), згідно з якою особи, які скоїли ці правопорушення, повинні дати відповідь перед повноважними державними органами за свої неправомірні дії і понести за це адміністративні стягнення в установленому законом порядку» [5].

Отже, *адміністративна відповідальність* – це застосування до осіб, які вчинили адміністративні проступки, адміністративних стягнень, що спричиняють для цих осіб обтяжливі наслідки майнового, морального, особистісного чи іншого характеру. Стягнення накладають уповноважені на те органи чи посадові особи на підставах і в порядку, встановлених нормами адміністративного права. Підставою адміністративної відповідальності є *адміністративний проступок* – протиправне, винне діяння, що посягає на встановлений правопорядок, але, на відміну від злочину, не містить значної суспільної небезпеки.

Сьогодні більшість підприємств, передусім приватної форми власності, мають свою так звану систему штрафів, яка передбачає накладення на працівників, які порушили правила внутрішнього трудового розпорядку (вчинили дисциплінарний проступок), адміністративної відповідальності у формі штрафів. Причиною такої ситуації є різні чинники: від недосконалості законодавства до суб'єктивного розуміння власником своєї розпорядчої чи управлінської функції. Загалом можна виділити такі групи причин:

правового характеру – норми Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) України, які визначають дисциплінарну відповідальність, створювалися для регулювання трудових відносин у країні, де превалювала державна форма власності. Деякі з цих норм не діють, є нелогічними для підприємств приватної форми власності. Перелік видів дисциплінарних стягнень, зазначених у ст. 147 КЗпП, надто короткий і не дає змоги роботодавцю застосувати об'єктивне покарання;

організаційного характеру зумовлені зміною ставлення до такого виду дисциплінарного стягнення, як догана. На приватних підприємствах матеріальне стягнення (штраф) є більш дієвим, аніж моральне – догана;

економічного характеру – наявність багатьох податків і зборів призводить до того, що частина заробітної плати не висвітлюється в бухгалтерських документах і не оподатковується. Ця частина й є базою для штрафних санкцій. Описана ситуація є незаконною, її необхідно виправляти.

Адміністративна відповідальність може застосовуватися лише за адміністративні проступки, визначені КУпАП та іншими законами України. Запізнення на роботу чи неналежне виконання своїх обов'язків, прогул тощо не визначені як адміністративне правопорушення жодним законодавчим актом і не можуть бути підставою для застосування адміністративної відповідальності. Адміністративні стягнення накладають державні органи й їх посадові особи, яким таке право надане законом. Їх перелік закріплений у розділі III КУпАП. Притягнення до адміністративної відповідальності за адміністративні проступки є обов'язком державних органів, а не роботодавця. Законодавством встановлено чіткий порядок застосування адміністративної відповідальності, який не передбачає накладення адміністративного стягнення наказами керівника підприємства.

Окремого розгляду потребує питання про визнання штрафу дисциплінарним стягненням у правилах внутрішнього трудового розпорядку. Така ситуація також видається незаконною, оскільки КЗпП містить вичерпний перелік видів дисциплінарних стягнень (догана та звільнення), що можуть застосовуватися за вчинення працівниками дисциплінарних проступків. Визначення штрафу як виду дисциплінарних стягнень у Правилах внутрішнього трудового розпорядку є не правомірним, оскільки прави-

ла – це локальний акт, норми якого не можуть суперечити КЗпП України. Отже, штраф за вчинення дисциплінарного проступку не правомірний. Для вирішення цієї проблеми, на нашу думку, слід законодавчо розширити перелік видів дисциплінарних стягнень, удосконалити систему контролю відповідних державних органів за станом виконання на підприємстві законодавства про працю.

Важливою частиною адміністративної відповідальності є поняття «поведінка», багатозначність якого у суспільних науках зумовила різноманіття її тлумачень у правознавстві. Правова наука та практика правового регулювання називають поведінкою людську активність, яка характеризується певними соціальними й юридичними ознаками. Основними ознаками правової поведінки є: соціальна значущість; вираження у формі діяння (дії чи бездіяльності); свідомо-вольовий характер; регламентованість правовими нормами; властивість зумовлювати юридичні наслідки.

Соціальна значущість є важливою ознакою правової поведінки та має дві форми – соціальну корисність і соціальну шкідливість. Суть соціальної значущості правової поведінки зумовлена її властивістю впливати на стан суспільних відносин, змінювати зв'язки між суб'єктами, сприяти чи гальмувати нормальний процес взаємодії між людьми. Правова поведінка може впливати на відносини суб'єктів. Правова поведінка виявляється у формі дій, що впливають на відносини між суб'єктами, чи у формі бездіяльності. Оскільки правову поведінку здійснюють суб'єкти, то вони повинні адекватно усвідомлювати обставини, характер поведінки та мати можливість виражати свою волю, осмислювати вчинки.

З формально-юридичної позиції соціальна поведінка є правовою у випадку, коли вона регламентується нормами права. Умови й ознаки правових учинків можуть бути прямо описані в текстах правових документів. Властивість правової поведінки впливати на стан суспільних відносин пов'язана не тільки з соціальною значущістю, а й із реалізацією суб'єктами своїх інтересів. Тому правова поведінка зумовлює для них певні юридичні наслідки.

Правова поведінка є видом юридичних фактів – конкретних життєвих обставин, з якими норми права пов'язують виникнення, зміну чи припинення правовідносин. У цьому випадку правова поведінка є підвалиною зміни стану правовідносин, конкретних життєвих обставин, виникнення яких залежить від волі людей і які описані в гіпотезах правових норм. Правова поведінка складається з певних дій, які виявляють ставлення суб'єкта до інших суб'єктів права. Правовий вчинок є елементом правової поведінки. В нормах права, як правило, моделюється не правова поведінка загалом, а її елементи – правові вчинки.

Правовий вчинок – це діяння, що має такі складові: суб'єкт; суб'єктивна сторона; об'єкт;

об'єктивна сторона. Суб'єктом вчинку може бути фізична чи юридична особа, державний орган, які визнані дієздатними та деліктоздатними, тобто можуть реалізувати свої права й обов'язки, нести юридичну відповідальність. Суб'єкти правового вчинку – це суб'єкти, за якими визнається здатність усвідомлювати та скеровувати свої діяння. До цієї категорії суб'єктів належать тільки правоздатні особи. Суб'єктивна сторона правового вчинку відображає внутрішнє ставлення суб'єкта до свого діяння та його наслідків, тобто суб'єктивна сторона є тією частиною правосвідомості суб'єкта, що безпосередньо пов'язана з фізичною формою діяння, складається з цілей, мотивів, правових установок. Об'єкт правового вчинку – це явища навколишнього середовища, на які спрямовані діяння. Ними є суспільні відносини та соціальні цінності. Об'єктивна сторона правового вчинку – це елементи зовнішнього вираження: діяння (дія чи бездіяльність, засоби), суспільно значущі наслідки (корисні чи шкідливі), причинний зв'язок між діянням і його наслідком.

Отже, *правова поведінка* – це сукупність соціально значущих, виражених у вигляді дій чи бездіяльності вчинків, що мають свідомо-вольовий характер, регламентовані нормами права та зумовлюють правові наслідки. Правова поведінка має два протилежні за спрямованістю види: поведінка правомірна та протиправна. Правомірна поведінка характеризується соціальною корисністю, відповідністю правовим нормам, позитивними юридичними наслідками. Основною юридичною ознакою правомірної поведінки є, з формального боку, її адекватність правовим нормам, а з погляду правової природи – правомірність: відповідність поведінки нормам права, праву взагалі; одиниця виміру, за допомогою якої, з погляду права, оцінюють поведінку як таку, що має правову природу; здатність права регулювати певну поведінку суб'єктів, а також властивість цієї поведінки бути врегульованою правовими засобами.

Правомірна поведінка пов'язана з правовідносинами не тільки як юридичний факт. Якщо правовідносини – це суспільні відносини, врегульовані нормами права, то правомірна поведінка є їх соціальним змістом, засобом втілення суб'єктивних прав і обов'язків у життя. Це дає підстави описати зв'язок правомірної поведінки та реалізації норм права, правового регулювання загалом. Правомірна поведінка – це загальна форма реалізації суб'єктивних прав і обов'язків, втілення правових настанов у життя, форма застосування юридичних можливостей і потреб у соціальній дійсності.

Як загальна форма реалізації суб'єктивних прав і обов'язків правомірна поведінка, на підставі відповідних норм права, здійснюється у вигляді їх дотримання, виконання та використання, а також правозастосування, тобто становить єдність юридичного і соціального змісту реалізації норм права. Правомірна поведінка в механізмі правового регулювання відображена

в нормах права як модель; у юридичних фактах – як конкретні життєві обставини; у правовідносинах – як суб'єктивні права й обов'язки; в їх реалізації – як загальна форма і засіб; у правопорядку – як його зміст. Це характеризує правомірну поведінку як явище, що об'єднує елементи механізму правового регулювання в єдине ціле.

За різними критеріями правомірна поведінка поділяється на види:

- в аспекті юридичних фактів – на юридичні вчинки й індивідуальні акти; правоутворюючі, правозмінюючі, правоприпиняючі діяння;
- у плані реалізації норм права – на дотримання, виконання, використання та правозастосування;
- як зміст правовідносин – на здійснення суб'єктивних прав, обов'язків, законних інтересів суб'єктів;
- за зовнішньою формою виразу – на дії та бездіяльність;
- за способом детермінації – на активну, зумовлену внутрішніми причинами, і пасивну, зумовлену зовнішніми обставинами;
- за способом формування в текстах правових документів – на прямо чи безпосередньо передбачену правовими нормами;
- за характеристиками суб'єктів – на індивідуальну та колективну, посадову, професійну тощо.

Протиправна поведінка є антиподом правомірної поведінки. Протиправна поведінка також здійснюється у сфері права, але вона є не формою свободи, а формою несвободи чи свавілля. *Протиправна поведінка* є механізмом правового регулювання тільки як юридичний факт, тобто як конкретна обставина, що є причиною виникнення охоронних правовідносин. Протиправна поведінка належить до суспільно шкідливих (небезпечних) життєвих обставин. Їх шкідливість полягає у тому, що вони можуть спричинити такі зміни у функціонуванні суспільних відносин, які не відповідають соціальному прогресу, нормальним умовам існування людини та суспільства. На відміну від юридичних фактів-подій, юридичні факти-правопорушення характеризуються свідомо-вольовим характером і здійснюються тільки дієздатними суб'єктами.

Важливою юридичною ознакою правопорушення є його протиправність. У формально-юридичному аспекті *протиправність* – це порушення вимог норм права, невиконання юридичних обов'язків, закріплених у нормативно-правових актах. Сутністю правопорушення є свавілля суб'єкта, тобто таке зовнішнє виявлення його волі, що не відповідає закономірностям розвитку суспільства, зазіхає на свободу інших суб'єктів. Правопорушення характеризується невиконанням встановлених норм у формі дій чи бездіяльності. Не вважається правопорушенням невикористання суб'єктивного права, оскільки можливість його реалізації залежить від власного розсуду суб'єкта.

Не всі об'єктивно протиправні вчинки можуть бути правопорушеннями. Для останніх обов'язковою ознакою є наявність вини – внутрішнього негативного ставлення суб'єкта до інтересів людей, суспільства. Вина відрізняє правопорушення від тих видів протиправної поведінки, що суспільно шкідливі, свідомо-вольові, порушують норми права, але не відображають негативного ставлення суб'єкта до вимог правових приписів (наприклад, необхідна оборона). Наявність вини передбачає іншу ознаку правопорушення – можливість покарання, тобто застосування до правопорушника заходів юридичної відповідальності у вигляді втрат особистого, організаційного або матеріального характеру.

Правопорушення зумовлене: чинниками суб'єктивного характеру – низьким рівнем правосвідомості, правовим нігілізмом, деформаціями в ціннісних орієнтаціях людей; конкретними суспільними протиріччями; недоліками у правовому регулюванні, неефективною діяльністю правоохоронних органів тощо. Суспільна небезпека адміністративних правопорушень передбачає, у свою чергу, необхідність закріплення їх нормами права, а тому юридичним вираженням небезпеки правопорушення для суспільства є його протиправність, тобто воно порушує встановлені державою відповідні правила поведінки [6, с. 265; 7, с. 31]. Протиправними є будь-які діяння, що не відповідають вимогам чинного законодавства та суперечать йому.

З позиції протиправності правопорушення можуть суперечити нормам не тільки адміністративного законодавства, а й інших галузей права. Це характерне і для дисциплінарної відповідальності. Але протиправність дисциплінарного проступку, на відміну від адміністративного, як правило, не виражена в чітко сформульованому юридичному складі, має абстрактний характер. Це значний недолік дисциплінарного законодавства, оскільки дозволяє органу, що накладає стягнення, самому вирішувати питання щодо протиправності того чи іншого діяння, що на практиці може призвести до ущемлення службових прав підлеглих осіб. У зв'язку з цим у деяких галузях господарства актуальним є розроблення дисциплінарного кодексу, де містилися б загальна та особливі частини, а також розділ про дисциплінарне провадження з переліком органів (посадових осіб), які правомочні застосовувати заходи дисциплінарного стягнення.

Крім обов'язкових ознак, що включені законодавцем у визначення адміністративного правопорушення, його можуть характеризувати також інші ознаки й обставини (зокрема, обставини, що нівелюють, пом'якшують або обтяжують адміністративну відповідальність за адміністративне правопорушення, тощо).

Фактичні підстави відмежування адміністративної відповідальності від дисциплінарної пов'язані, насамперед, із різними об'єктами цих протиправних посягань. Так, внутрішній трудовий розпорядок забезпечують дисциплінарні

санкції, а відповідні відносини не є об'єктами адміністративних проступків. Об'єктом адміністративного правопорушення є суспільні відносини, що виникають і розвиваються у сфері як зовнішнього управління, що не пов'язане з виробничою, службовою, навчальною й іншою діяльністю винного, так і внутрішнього управління (наприклад, порушення правил протипожежної безпеки, санітарно-епідеміологічних правил тощо). Адміністративний проступок, як правило, зазіхає на зовнішні управлінські відносини, що перебувають за межами виконання особою своїх трудових обов'язків. Зважаючи на «зовнішній» характер скоєння правопорушення, адміністративна відповідальність, на відміну від дисциплінарної, настає перед органами та посадовими особами, яким винний по службі не підлеглий. Іншими словами, адміністративний проступок полягає в порушенні загальнообов'язкових правил, обов'язків, встановлених для всіх громадян незалежно від місця та характеру виконуваної роботи.

Об'єктивною стороною адміністративних правопорушень є сукупність ознак, що характеризують зовнішній прояв протиправного діяння, що посягає на охоронюваний законом об'єкт. Центральними в об'єктивній стороні є безпосередньо протиправне діяння, його шкідливий результат, причинний зв'язок між діянням і результатом, місце, час, спосіб, засоби та знаряддя скоєння правопорушення. Кожне правопорушення є вольовим актом, який має дві форми: дія (активна поведінка суб'єкта, яка порушує правові заборони); бездіяльність (пасивна поведінка, що полягає у невиконанні правових приписів).

Протиправне діяння також є ознакою об'єктивної сторони дисциплінарного проступку, який набуває форми порушення трудової дисципліни (наприклад, прогул без поважних причин, поява на роботі у нетверезому стані тощо). Перелік таких діянь довгий і неоднорідний, що й є причиною відсутності в дисциплінарному законодавстві цілісної системи складу дисциплінарних проступків.

Адміністративна відповідальність, як правило, не супроводжується негативними для правопорушника наслідками в його службовій діяльності (за винятком випадків застосування позбавлення права керувати транспортними засобами). Провадження у відповідних справах вирізняється серед інших проваджень низкою критеріїв: особливість повноважень органів, що здійснюють провадження, специфіка актів процесуальної діяльності, процедури їх оформлення, її швидкість, економічність. Процесуальна діяльність розвивається послідовно та має відповідні стадії, чітко регламентовані в чинному адміністративному законодавстві: порушення справи про адміністративне правопорушення; розгляд справи та винесення щодо неї постанови; оскарження й опротестування постанови; виконання винесеної постанови [8].

Ступінь суспільної небезпеки – критерій відмежування адміністративної відповідальності

ті від інших видів юридичної відповідальності (зокрема дисциплінарної), тісно пов'язаний з іншими ознаками адміністративної відповідальності (об'єктом і предметом посягання, об'єктивною стороною проступку тощо). Адміністративна відповідальність у разі порушення законодавства про працю настає у випадках і межах, передбачених КУпАП. Так, ст. 41 цього Кодексу передбачено, що порушення встановлених термінів виплати пенсій, стипендій, заробітної плати, виплата їх не в повному обсязі, а також інші порушення вимог законодавства про працю тягнуть за собою накладення штрафу на посадових осіб підприємств, установ і організацій (незалежно від форми власності) та громадян-суб'єктів підприємницької діяльності від 30 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

КУпАП встановлює також адміністративну відповідальність за ухилення від участі в переговорах щодо укладення, зміни або доповнення колективного договору, угоди (ст. 41¹); порушення чи невиконання колективного договору, угоди (ст. 41²); ненадання інформації для ведення колективних переговорів і здійснення контролю за виконанням колективних договорів, угод (ст. 41³); порушення вимог законодавчих та інших нормативних актів із безпечного ведення робіт у галузях промисловості (ст. 93).

Органи спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з нагляду за охороною праці розглядають справи: про порушення законодавчих та інших нормативних актів про охорону праці, щодо безпечного ведення робіт, зберігання, використання й обліку вибухових матеріалів у галузях промисловості, на об'єктах, підконтрольних органам спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з нагляду за охороною праці, про порушення законодавства про надра, а також невиконання законних вимог органів спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з нагляду за охороною праці.

Відповідно до статей 287, 288 КУпАП постанова про накладення адміністративного стягнення може бути оскаржена особою, стосовно

якої її винесено – вищестоящій посадовій особі інспекції або до місцевого суду. Скарга на постанову про накладення штрафу може бути подана впродовж десяти днів з дня винесення постанови. Постанова про накладення штрафу є обов'язковою для виконання особою, щодо якої вона винесена, і підлягає виконанню з моменту її винесення. У разі оскарження або опротестування постанови вона підлягає виконанню після залишення скарги або протесту без задоволення.

Висновки

Адміністративна відповідальність – це застосування до осіб, які вчинили адміністративні проступки, адміністративних стягнень, що спричиняють для цих осіб обтяжливі наслідки майнового, морального, особистісного чи іншого характеру. Стягнення накладають уповноважені на те органи чи посадові особи на підставах і в порядку, встановлених нормами адміністративного права. Підставою адміністративної відповідальності є адміністративний проступок – протиправне, винне діяння, що посягає на встановлений правопорядок, але, на відміну від злочину, не містить значної суспільної небезпеки.

Список використаних джерел

1. *Советское административное право* / Под ред. В. И. Поповой, М. С. Студеникиной. – М., 1988. – 464 с.
2. *Бондаренко Г. П.* Адміністративна відповідальність в СРСР. – Л., 1975. – 150 с.
3. *Галаган И. А.* Административная ответственность в СССР. – Воронеж, 1970. – 251 с.
4. *Административна відповідальність в Україні* / За ред. А. Т. Комзюка. – Х., 2001. – 112 с.
5. *Гончарук С. Т.* Адміністративна відповідальність за законодавством України. – К., 1995. – 75 с.
6. *Явич Л. С.* Общая теория права. – Л., 1976. – 287 с.
7. *Жуковский А. Г.* Административная ответственность в сфере предпринимательских отношений: вопросы теории и практики. – Х., 2000. – 224 с.
8. *Бандурка О. М., Тищенко М. М.* Административный процесс. – К., 2002. – 288 с.

Стаття надійшла до редакції 26.12.2012 р.

The article discusses the importance of administrative responsibility for violation of obligations under the employment contract.

Статья посвящена анализу значения административной ответственности за нарушение обязательств, предусмотренных трудовым договором.



Алла Апанасенко,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри правових дисциплін

Інституту історії, етнології і правознавства ім. О. М. Лазаревського

Чернігівського державного педагогічного університету ім. Т. Г. Шевченка

ІСТОРИЧНІ ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ СОЦІАЛЬНОЇ ФУНКЦІЇ ТРУДОВОГО ПРАВА

У статті аналізуються тенденції розвитку соціальної функції трудового права, визначаються історичні періоди становлення та розвитку соціальної функції трудового права.

Ключові слова: трудове законодавство, соціальне призначення, соціальна функція, права працівників.

Соціально-економічні та політичні зміни в суспільстві справляють суттєвий вплив на формування нового трудового законодавства. Врахування особливостей становлення та розвитку трудового права, зокрема його функцій, надасть можливість у майбутньому уникнути помилок при кодифікації трудового законодавства України.

Аналізу історичного розвитку трудового права присвячені праці М. Александрова, С. Іванова, С. Соболева, О. Пашерстника, І. Кисельова, А. Лушнікова та ін. Висновки, зроблені цими вченими, і сьогодні зберегли актуальність, наукову цінність. Разом із тим на розвиток трудового законодавства вплинули нові соціально-економічні умови, з'явилися нові суспільні зв'язки, а старі організаційно-правові форми наповнилися новим соціальним змістом. У зв'язку з цим вважаємо, що необхідно звернути увагу на історичний аспект виникнення та розвитку саме соціальної функції трудового права, оскільки її сутність полягає не тільки в охороні праці, а й у турботі про найбільш повне закріплення та послідовний розвиток прав людини у сфері праці [1, с. 31].

Метою цієї статті є аналіз і узагальнення тенденцій і закономірностей розвитку соціальної функції трудового права.

Дослідження особливостей становлення та розвитку соціальної функції трудового права дає можливість спрогнозувати вдосконалення законодавства про працю.

Збільшення кількості робітників на промислових підприємствах (мануфактурах, фабриках, заводах), жорстока експлуатація їх праці спровокували виступи, протести працюючих. Все це стало передумовою для прий-

няття низки законодавчих актів, які хоча б деякою мірою обмежували свавілля пануючого класу, зменшували соціальну напругу серед робітників.

Трудове законодавство *царської Росії*, до складу якої з кінця XVIII ст. входила переважна частина українських земель, базувалося на досвіді провідних країн світу. З появою робітничого класу з'явилась і боротьба його за свої соціальні права й інтереси. Спочатку боротьба робітників носила розрізнений і неорганізований характер, унаслідок чого впродовж XVIII ст. не вдавалося домогтися значимих результатів [2, с. 32–33].

У Російській імперії, як і в інших державах того часу, кодифікованого законодавства про працю не існувало. Трудове право в Росії регулювалося окремими законами. Це, зокрема, закон «Про малолітніх, які працюють на заводах, фабриках і мануфактурах» від 01.06.1882 р., який визначав мінімальний вік дитини, з якого вона може залучатися до праці (12 років). За своєю сутністю він не мав ні історичного, ні практичного значення, оскільки фабриканти порушували норми цього закону.

Закон «Про заборону нічної праці неповнолітнім та жінкам на фабриках, заводах та мануфактурах» від 03.06.1885 р. задовольнив практично всі вимоги страйкуючих робітників: заборонені безпідставні стягнення штрафів, видача заробітної плати товарами та купонами, встановлена її обов'язкова виплата не менше двох разів на місяць. Законодавча заборона використовувати штрафні гроші на користь господарів і направлення їх на потреби робітників помітно обмежила практику штрафування. Але Правила «Про нагляд за підприємствами фабричної промисловості та про взаємні відносини фабрикантів і робітників» від 03.06.1886 р. [3, с. 135], лише

декларували права робітників, але не гарантували їх.

Однак не можна повністю ідеалізувати законодавство про працю того часу, оскільки існували певні недоліки у сфері регулювання праці. Зокрема, до 1912 р. до робітника за самовільне залишення місця роботи застосовувалося кримінальне переслідування, передбачалася кримінальна відповідальність за незаконну участь у страйках [4, с. 111]. Тривалість роботи, розмір штрафів установлювалися на локальному рівні без додержання вимог законодавства, що погіршувало становище працюючих.

Такі особливості, як установлення низької заробітної плати, зниження штрафних санкцій за незначні порушення, невпорядкованість робочого часу і часу відпочинку, дискримінація жіночої та підліткової праці не мають соціальної спрямованості, але не слід залишати їх поза увагою. Такі явища зумовлюють виникнення боротьби з боку робітників за свої соціальні права.

Період з 1917 р. по 1922 р. пов'язаний із формуванням соціальної функції трудового права. 29 жовтня (11 листопада) 1917 р. прийнята постанова «Про восьмигодинний робочий день і час відпочинку». 14 червня 1918 р. вона доповнена постановою «Про щорічні відпустки для робітників і службовців із збереженням заробітної плати». У листопаді–грудні 1917 р. прийняті постанови про соціальне страхування. Була створена інспекція праці; вона обиралася організаціями робітників (профспілками, страховими касами) та наділялася широкими повноваженнями у сфері нагляду за охороною здоров'я робітників [5, с. 80].

В Україні на трудові відносини періоду, що розглядається, поширювалася дія Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) РРФСР від 10.12.1918 р., в якому проголошувався загальний обов'язок працювати, право на працю, на її оплату, обов'язок дотримуватися трудової дисципліни. Значного поширення набули трудова повинність і трудова мобілізація. На підприємствах створювалися умови, подібні до військових [6, с. 414].

КЗпП 1918 р. встановив трудову повинність у формі примусового залучення до виконання громадських робіт стосовно осіб, не зайнятих суспільно корисною працею. Але вже в період воєнного комунізму згідно із декретом РНК РРФСР «Про всезагальну трудову повинність» від 29 січня 1920 р. [7] трудова повинність застосовувалася для залучення працюючих до разового або періодичного виконання суспільно необхідних робіт незалежно від їх постійної праці та роду занять. На думку С. Головіної, така підстава для залучення до праці в порядку трудової повинності була сформульована достатньо

широко, що залишало простір для зловживань з боку державних органів [8, с. 24].

КЗпП 1918 р. був складним документом. З одного боку, він містив норми, які певною мірою відповідали інтересам трудящих і були здатні захистити їх права в конкретній сфері трудового права. Встановлювалося право на працю, передбачалася робота інспекції праці разом із представниками робітників, надання місячної відпустки за роботу не менше одного року тощо. З іншого боку, він містив норми, які обмежували права й інтереси робітників, зокрема, це стосується встановлення трудової повинності, яка в обмеженому вигляді перейшла до КЗпП 1922 р. [9, с. 37].

КЗпП УРСР, уведений у дію з 15.11.1922 р. [10], став основним нормативним актом, на підставі якого відбувалося регулювання трудових відносин у початковий період непу. Але згодом в Україні приймалися загальносоюзні акти в галузі трудового права.

Період 1922–1934 pp. пов'язаний із скасуванням трудової повинності, заміною регулювання нормування праці та відродженням договірних засад [11, с. 16, 17].

Істотні зміни у правовій системі України в основному пов'язані із загальносоюзним законодавством [6, с. 456]. Після 1934 р. колективні договори не переукладалися і продовжували діяти в тій частині, яка не була скасована окремими законодавчими актами.

Розвиток трудового законодавства в радянський період вказує на очевидну некорисність і навіть небезпеку шляхом примусу домогатися соціальних змін у суспільстві [4, с. 112].

У другій половині 50-х років прийняті законодавчі акти, спрямовані на скорочення тривалості робочого часу. Соціальна спрямованість трудового права характеризується прийняттям ряду нормативно-правових актів. Так, згідно з Постановою Ради Міністрів СРСР «Про укладання колективних договорів на підприємствах» від 04.02.1947 р. відновилося укладання колективних договорів між адміністрацією підприємств і установ, з одного боку, та ФЗМК – з іншого [12]. 25.04.1956 р. Президія Верховної Ради СРСР прийняла указ «Про скасування судової відповідальності робітників і службовців за самовільне залишення підприємств і установ і за прогул без поважної причини». 15.07.1958 р. затверджено Положення «Про права фабричного, заводського, місцевого комітету професійної спілки», яким установлено, що робітники та службовці не можуть бути звільнені з роботи без згоди відповідного комітету профспілки. Проте, незважаючи на вдосконалення норм трудового права, на виробництві все більше посилювалися негативні тенденції. Справедливий принцип оплати за працю

порушувався, тарифна ставка як основна частина заробітної плати доповнювалася різними надбавками та доплатами. Заміна підрядно-прогресивної форми оплати праці почасово-преміальною та підрядно-преміальною також не давала очікуваного результату. Широке залучення робітників і службовців через професійні спілки до управління виробництвом мало формальний характер. Ці й інші обставини зумовлювали застійні явища в економіці [13, с. 438].

Важливою подією було прийняття Основ законодавства Союзу РСР та союзних республік про працю від 15.07.1970 р. [14], які послужили правовою базою для прийняття КЗпП Української РСР [15]. Кодекс не просто відтворює норми Основ та інших союзних актів, а конкретизував їх основні положення, що полягали в деталізації регулювання трудових відносин [16, с. 47].

Прийняття Кодексу законів про працю УРСР, який уведений у дію з 01.06.1972 р., спрямоване на забезпечення єдності правового регулювання на всій території СРСР. Його норми регламентували питання з охорони праці. Негативною тенденцією було прийняття низки правових актів, спрямованих на підвищення дисциплінарної відповідальності (постанови ЦК КПРС, Ради Міністрів СРСР і ВЦРПС «Про посилення роботи по зміцненню трудової дисципліни», «Про додаткові заходи щодо зміцнення трудової дисципліни» (1983 р.), а також Указ Президії Верховної Ради СРСР «Про внесення змін до трудового законодавства» від 12.08.1983 р. [17, с. 480]. Все це, безумовно, порушувало права й інтереси робітника.

Слід зазначити, що у КЗпП 1971 р. було чимало позитивного, що забезпечувало більш-менш сприятливі умови праці, зокрема відсутність безробіття, регулярність виплати заробітної плати, соціальну підтримку профспілок [9, с. 40].

Соціально-економічні та політичні зміни в суспільстві потребували реформування трудового законодавства. Було встановлено новий порядок розроблення й укладення колективних договорів. Інститут трудового договору доповнився контрактною формою прийняття на роботу. Тривалість випробування при прийомі на роботу стала визначатися за погодженням сторін трудового договору. Серед змін у трудовому законодавстві заслуговує на увагу скасування ряду обмежень роботи за сумісництвом, розширення пільг для жінок тощо. Проте половинчастість економічних реформ, орієнтація на виробництво, а не на працівника, низький рівень умов праці, слабкість інституту колективного договору негативно впливали на розвиток трудового права [18, с. 611], на розвиток соціальної функції.

Про розвиток соціальної функції трудового права можна вести мову лише з моменту набуття Україною незалежності.

Початковий етап незалежності України ознаменувався прийняттям ряду нормативно-правових актів соціальної спрямованості. Починаючи з 1991 р. прийняті закони України «Про зайнятість населення» від 01.03.1991 р., «Про колективні договори та угоди» від 01.07.1993 р., «Про охорону праці» в редакції від 21.11.2002 р. та інші правові норми, які, у свою чергу, були підтвердженням демократичного, гуманного і соціального характеру трудового законодавства. Про соціальну спрямованість трудового права свідчить і те, що чинне законодавство України про працю базується на міжнародно-правових нормах. Починаючи з 1991 р., Верховна Рада України ратифікувала більше 50 конвенцій Міжнародної організації праці.

Актуальним для трудового права є приведення у відповідність із міжнародно-правовими стандартами національного трудового законодавства. У зв'язку з прийняттям України у члени Ради Європи необхідною є підготовка до ратифікації Європейської соціальної хартії, підписаної від імені України, яка спрямована на захист основних соціальних та економічних прав і доповнює Європейську конвенцію про права людини, що забезпечує дотримання цивільних і політичних прав [19, с. 15].

Висновки

Особливості історичного розвитку трудового права, його соціальної спрямованості дозволяють виділити такі історичні періоди становлення та розвитку соціальної функції трудового права:

прийняття декларативного законодавства (1917 р.) – період виникнення соціальної функції трудового законодавства;
кодифікація трудового законодавства (КЗпП 1918 р., 1922 р.) – період становлення соціальної функції трудового права;
кодифікація трудового законодавства (КЗпП 1971 р.) та проголошення України незалежною державою (з 1991 р. до сьогодення) – період розвитку соціальної функції трудового права.

Список використаних джерел

1. Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М., 1999. – 728 с.
2. Шельмагин И. И. Фабрично-трудовое законодательство в России (2-я половина XIX века). – М., 1947. – 186 с.
3. Свод законов Российской империи. – СПб., 1887. – Т. 11, ч. 2. – 250 с.

4. *Соболев С. А.* Трудовое право России и социальное развитие // Государство и право. – 1997. – № 4. – С. 108–116.
5. *Александров Н. Г.* Советское трудовое право. – М., 1959. – 408 с.
6. *Правова система України: історія, стан та перспективи: У 5 т. – Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України / За ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. – Х., 2008. – 728 с.*
7. *О всеобщей трудовой повинности: Декрет СНК РСФСР от 29.01.1920 г. // СУ РСФСР. – 1920. – № 8. – Ст. 49.*
8. *Головина С. Ю.* Понятийный аппарат трудового права. – Екатеринбург, 1997. – 180 с.
9. *Иванов С. А.* Российское трудовое право: история и современность // Государство и право. – 1999. – № 5. – С. 36–45.
10. *Кодекс законів про працю УСРР від 15.11.1922 р. // СУ УССР. – 1922. – № 52. – Ст. 751.*
11. *Варшавский К. М.* Трудовое право СССР. – Л., 1924. – 180 с.
12. *О заключении коллективных договоров на предприятиях: Постановление Совмина СССР от 04.02.1947 г., № 226] // Сборник законодательных актов о труде. – М., 1964. – 844 с.*
13. *Історія держави та права України / За ред. А. С. Чайковського. – К., 2003. – 512 с.*
14. *Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о труде от 15 июля 1970 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1970. – № 29. – Ст. 265.*
15. *Кодекс законів про працю УРСР від 10 грудня 1971 р. // Відомості Верховної Ради Української РСР. – 1971. – № 50. – Ст. 375.*
16. *Волкова О. Н.* История развития советского трудового законодательства. – М., 1986. – 63 с.
17. *Історія держави і права: У 2 т. / За ред. В. Я. Тация, А. Й. Рогожина, В. Д. Гончаренка. – К., 2003. – Т. 2 – 580 с.*
18. *Музиченко П. П.* Історія держави і права України. – К., 1999. – 662 с.
19. *Европейская социальная хартия: Справочник. – М., 2000. – 264 с.*

Стаття надійшла до редакції 25.11.2012 р.

The article analyzes and summarizes the development trends for social function of labor law. Historical periods of the social function of labor law formation and development are defined.

В статтє аналізуються тенденції розвитку соціальної функції трудового права, определяются исторические периоды возникновения и развития социальной функции трудового права.



Ліна Дорошенко,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри гражданского права и процесса
Донецкого национального университета



К ВОПРОСУ О ПРАВОПРЕЕМСТВЕ ПРИ ЛИКВИДАЦИИ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ

В статье анализируются подходы к наличию правопреемства при ликвидации хозяйственных организаций, обосновывается отсутствие не только универсального, но и сингулярного правопреемства, доказывается неидентичность правопреемства и возложения на конкретное лицо обязанности осуществить выплаты в связи с ликвидацией хозяйственной организации в определенных законом случаях.

Ключевые слова: универсальное или сингулярное правопреемство, ликвидация, хозяйственная организация, возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью, гарантированная часть вклада, выплаты страховщику.

В юридической науке наблюдается подход, при котором ряд авторов, не оспаривая отсутствие универсального правопреемства при ликвидации юридических лиц, обосновывает наличие сингулярного (частичного) правопреемства. В последние годы число сторонников этой точки зрения увеличивается. Так, Е. Суханов, указывая на возможность лишь частичного (сингулярного) правопреемства, отмечают, что отдельные права переходят к кредиторам прекращаемого юридического лица в ходе расчетов с ними, а после их удовлетворения – к участникам (учредителям), а обязанности (долги) могут возлагаться на лиц, несущих дополнительную (субсидиарную) ответственность по долгам ликвидируемого предприятия [1, с. 252–253]. Фактически, указывая те же случаи частичного правопреемства, П. Повар допускает, что при распределении имущества к учредителям может переходить и право требования ликвидированного предприятия, т. е. не исключается сингулярное правопреемство как вещных, так и обязательственных прав [2, с. 141–142]. Е. Титова, отмечает возможность перехода прав и обязанностей в порядке правопреемства в случаях, предусмотренных законом [3, с. 70], но не конкретизирует права и обязанности, о которых идет речь. В то же время Т. Шишмарева ведет речь о правопреемстве в отношении обязанностей по возмещению вреда, причиненного жизни или здоровью работника [4, с. 63]. В связи с изложенным представляет интерес обоснование отсутствия правопреемства при ликвидации хозяйственной организации (не только универсального, но и сингулярного), что и является **целью настоящей статьи.**

Обоснование наличия сингулярного правопреемства при ликвидации построено на

общетеоретической работе Б. Черпахина, в которой предпринята попытка доказать наличие частичного правопреемства и замену стороны в обязательстве, в том числе при заключении отчуждательных сделок (купли-продажи, поставки, мены, дарения) [5, с. 330–351]. Следует отметить, что В. Рясенцев обращал внимание на условность термина «переход права собственности», так как осуществляется передача во владение другому лицу вещи, а не права, поскольку права и обязанности – категории идеологические и их движение как перемещение в пространстве невозможны [6, с. 253]. «Переход права собственности» как специальное юридическое понятие в действительности означает, что при известных юридических фактах (например, при договорах купли-продажи) правовые нормы предусматривают прекращение права собственности у одного лица и причинно-следственное возникновение его у другого, в том или ином содержании» [7, с. 284].

Интерес в связи с указанной дискуссией представляет точка зрения В. Белова: «Аргументация подобного рода представляется странной. Б. Черпахин не опровергает суждения В. Рясенцева о том, что права и обязанности как категории идеологические не способны передвигаться в пространстве, а потому и переходить от одного лица к другому. Он просто принимает как аксиому обратное утверждение и, исходя из него, строит суждение о том, что термин «передача» имеет различное значение в зависимости от того, о «передаче» вещей или прав идет речь» [8, с. 19]. Именно эта позиция позволила В. Рясенцеву справедливо считать, что правоотношения, в которых состояло ликвидированное юридическое лицо, считаются прекратившимися и, следовательно, претензии, связанные с его де-

тельностью и имуществом, в принципе приниматься не должны [6, с. 254].

Исследуя закрепление обязанности третьих лиц по обязательствам ликвидированного общества, интерес представляет развитие законодательства о ликвидации. В определенной мере вывод об отсутствии правопреемства при ликвидации подтверждается генезисом отечественного законодательства.

Вначале в законодательстве не устанавливалась ответственность третьих лиц по долгам ликвидированного предприятия. Нормы об этом отсутствовали как в положениях главы II «Лица юридические» проекта Гражданского уложения Российской империи, так и в Гражданском кодексе (далее – ГК) УССР 1922 г., в положениях о государственных промышленных трестах от 29.06.1927 г. (раздел IX), о порядке прекращения кооперативных организаций при их ликвидации, слиянии и разделении от 15.07.1927 г. Однако 25.04.1928 г. ГК УССР 1922 г. дополняется ст. 415¹, в которой указывается: «в случае ликвидации в независимости от оснований ее предприятий (государственных, смешанных, частных), обладающих правами юридического лица, общественных и кооперативных организаций, подлежащие к выплате суммы как возмещение за увечье или смерть, совершенные как до ликвидации, так и во время ее, капитализируются и вносятся органом государственного страхования или органом социального страхования, по принадлежности потерпевшему, членам его семьи...». Капитализацию платежей рассматривают как совокупность действий, совершаемых при ликвидации юридического лица, направленных на расчет, резервирование сумм денежных средств, подлежащих уплате, и передачу рассчитанной суммы государству в целях полного возмещения вреда, причиненного жизни или здоровью [9, с. 132].

В 50-е годы Госарбитраж СССР также не видел правопреемства в передаче имущества ликвидированной организации и прямо указывал в Инструктивном письме от 11.12.1953 г.: «так как организация, принявшая имущество ликвидированного юридического лица, не является его преемником, то она отвечает по долгам ликвидированной организации лишь в размере фактически принятого им имущества, на которое по закону может быть обращено взыскание».

Без указания на наличие правопреемства при ликвидации статей 37–40, ч. 4 ст. 223 ГК УССР от 18.07.1963 г. предусматривалось, что исполнение обязательств ликвидированного лица может быть возложено на другое юридическое лицо. Более того, прямо указывалось на отсутствие правопреемства в частях 2, 3 ст. 466 ГК УССР 1963 г., в которых

устанавливалось, что «при ликвидации юридического лица без правопреемника принадлежащие потерпевшему платежи должны быть капитализированы по правилам государственного страхования. В случае ликвидации юридического лица иски о возмещении вреда, причиненные ликвидированным юридическим лицом, связанные с повреждением здоровья или смертью лица, предъявляются вышестоящей организации или организации, указанной в решении о ликвидации юридического лица». Следует отметить, что такой же подход сохранен в ст. 609 ГК Украины, названной «Прекращение обязательства ликвидацией юридического лица».

Таким образом, положения о возложении обязанности по законодательству досоветского периода и начала советского периода, регулируя ликвидацию, не допускали возложения обязанностей ликвидированного юридического лица на третье лицо. Лишь в 1928 г. были предусмотрены меры по возмещению вреда, причиненного жизни, здоровью работника, которые судебная практика не признавала правопреемством.

Указанные дополнения положений о прекращении обязательств ликвидированного юридического лица послужили причиной поиска исследователями их теоретических обоснований.

Что касается советского периода развития законодательства о ликвидации, то представляется совершенно справедливой с экономической точки зрения позиция С. Братуся: «в социалистическом хозяйстве невозможны случаи прекращения госпредприятий с ликвидацией их дел и имущества, т. е. ликвидации в точном смысле этого слова» [10, с. 129]. При этом, указывая на признаки сингулярного правопреемства при ликвидации [10, с. 129] на том основании, что из общего правила о прекращении обязательств ликвидированного предприятия в законодательстве имеются исключения, С. Братусь ссылался на Положение о государственном социалистическом производственном предприятии, где в виде исключения претензии и иски граждан, своевременно не заявленные ликвидированному предприятию по уважительным причинам, могли предъявляться к его вышестоящему органу и после ликвидации (п. 141 Положения о производственном объединении (комбинате) от 27.03.1974 г., п. 145 Положения о научно-производственном объединении от 30.12.1975 г.). Однако такая оценка С. Братуся в принципе не согласуется с его позицией в вопросах имущественной ответственности по обязательствам ликвидированного предприятия. Он считал, что, вряд ли вышестоящие хозорганы должны нести дополнительную материальную ответст-

венность за долги ликвидированных предприятий при недостаточности средств, а потому наблюдаемая на практике тенденция к субсидиарной ответственности вышестоящего органа или организации подлежит пересмотру [10, с. 129].

А. Венедиктов, говоря о передаче активов и пассивов социалистического предприятия, видел в этом не ликвидацию, а реорганизацию: «по существу дело идет в этих случаях о реорганизации государственных хозорганов путем разделения или ликвидации одних хозорганов и присоединения входивших в их состав предприятий к другим хозорганам...» [11, с. 411].

Уже в современном национальном законодательстве Украины в случае ликвидации хозяйственных организаций закреплено: *возмещение вреда, причиненного увечьем, иным повреждением здоровья или смертью* (статьи 609, 1205 ГК Украины); *возмещение средств по вкладам вкладчику ликвидируемого банка Фондом гарантирования вкладов физических лиц (далее – Фонд)* (ч. 2 ст. 26 Закона Украины «О системе гарантирования вкладов физических лиц» от 23.02.2012 г.); *возмещение средств застрахованному лицу* (ч. 5 ст. 43 Закона Украины «О страховании», ч. 3 ст. 45 Закона Украины «О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом» от 30.07.1999 г. (далее – Закон о банкротстве)).

Закрепляя *обязанность по возмещению причиненного ликвидированной организацией вреда увечьем, иным повреждением здоровья или смертью* в ст. 609 ГК Украины, законодатель не упоминает о правопреемстве. И потому нет оснований видеть в нормах ст. 609 ГК Украины, как и в других указанных случаях, «перехода обязательств» [9, с. 134]. Считаем справедливым замечание И. Кучеренко, (к сожалению, без обоснований), что положения ст. 609 ГК Украины не делают исключений из общего положения о невозможности правопреемства при ликвидации юридического лица. Эта норма лишь регулирует порядок возложения обязательств ликвидированного лица на другое юридическое лицо [12, с. 71]. В. Болдырев, отмечая наличие сомнений относительно смысла, заложенного в основу положений о возмещении вреда, считает, что следует исходить из наиболее льготного для потерпевшего гражданина правила: причиненный вред должен быть возмещен полностью, и ликвидация юридического лица не должна отражаться на интересах потерпевшего [13, с. 73].

И законодатель, учитывая, что Украина провозглашена социальным государством (ст. 1 Конституции Украины), в котором человек, его жизнь и здоровье признаются наи-

вышей социальной ценностью (ст. 3 Конституции Украины), развивает указанные положения в отраслевых законодательных актах. Закрепление в законодательстве Украины гарантированных прав граждан объясняется и тем, что по сравнению с началом XX века, развитие экономики привело к усложнению хозяйственного оборота. И здесь уместно замечание С. Братуся: «этого требовали интересы кредиторов, хозрасчет которых был бы существенно нарушен неплатежеспособностью ликвидированного предприятия» [14, с. 357].

Термин «*правопреемник*» применен лишь в ст. 1205 ГК Украины, установившей: «В случае прекращения юридического лица, обязанного возместить вред, причиненный увечьем, иным повреждением здоровья или смертью, и установления его правопреемников выплата ежемесячных платежей возлагается на правопреемников».

Возмещение осуществляется в соответствии с Законом Украины «Об общеобязательном государственном социальном страховании от несчастного случая на производстве и профессионального заболевания, которые повлекли утрату трудоспособности» (далее – Закон о соцстраховании) от 23.09.1999 г.

В отличие от перевода долга (ст. 520 ГК Украины) как формы сингулярного правопреемства для обязательства Фонда соцстрахования по возмещению ущерба работнику или членам его семьи их согласия не требуется (ч. 1 ст. 110 Закона о соцстраховании). При наступлении страхового случая Фонд соцстрахования обязан возместить вред застрахованному лицу в соответствии со степенью утраты профессиональной трудоспособности и среднемесячным заработком (ст. 34 Закона о соцстраховании). Следовательно, возмещение вреда работнику осуществляется на основании возникшего правоотношения по социальному страхованию между Фондом (страховщиком) и работником, но в силу не договора, а прямого указания Закона о соцстраховании.

При ликвидации платежи, причитающиеся потерпевшему, должны быть капитализированы для их дальнейшей выплаты потерпевшему в порядке, установленном законом или иными нормативно-правовыми актами (ч. 2 ст. 1205 ГК Украины). Иными словами, юридическое лицо должно внести в организацию, обязанную в будущем выплачивать возмещение потерпевшим, сумму, достаточную для таких выплат [15, с. 756]. Это также отличает данное возложение обязанности по возмещению ущерба от сингулярного правопреемства.

Если говорить о втором случае возложения обязанностей, которые были у ликвидированного общества, то следует отметить,

что необходимость локализации кризисных явлений и предупреждения панических настроений в обществе, в первую очередь, выполняет система страхования вкладов [16, с. 3]. Цель применения страхования вкладов – предупреждение массового оттока инвесторов, которыми являются и вкладчики банка, так как банк не в состоянии вернуть сразу все вклады, если у вкладчиков возникли сомнения в его платежеспособности.

Пункт 4 ч. 2 ст. 4 Закона Украины «О системе гарантирования вкладов физических лиц» (далее – Закон) содержит положения о том, что Фонд осуществляет *меры по организации выплат возмещений по вкладам в случае принятия решения об отзыве банковской лицензии и ликвидации банка*. Право на выплату гарантированной суммы возмещения средств по вкладам за счет средств Фонда в пределах граничного размера возмещения средств по вкладам вкладчик приобретает после принятия указанного решения (ч. 2 ст. 26 Закона). Эти выплаты осуществляются на основании полученного от уполномоченного лица Фонда перечня вкладчиков (ч. 1 ст. 27 Закона). Статья 3 Закона Украины «О Фонде гарантирования вкладов физических лиц» от 20.09.2001 г. (утратившего силу 21.09.2012 г.) устанавливала, что Фонд гарантирует каждому вкладчику ликвидируемого банка – участнику Фонда возмещение средств по его вкладам, включая проценты, но не более 150 000 грн. В новом Законе эти положения изменились, и в ч. 1 ст. 26 закреплено, что Фонд возмещает средства в размере вклада, включая проценты, начисленные на день принятия решения НБУ об отнесении банка к категории неплатежеспособных и начале процедуры выведения Фондом банка с рынка, но не больше суммы, установленной административным советом Фонда (п. 17 ч. 1 ст. 9) на дату принятия такого решения независимо от количества вкладов в одном банке. В соответствии с ч. 2 ст. 28 Закона возмещение гарантированных сумм осуществляется Фондом через банки-агенты.

В возложении указанных гарантированных выплат по вкладам П. Повар оправданно не усматривает правопреемства [2, с. 143]. Как и при капитализации платежей на возмещение вреда жизни и здоровью пострадавших работников, выплаты осуществляются не за счет средств так называемого правопреемника, а из сформированных Фондом средств за счет начальных, регулярных и специальных сборов его участников (статьи 21–23 Закона). Обязанность по выплате гарантированной суммы возмещения вкладчикам у Фонда возникает на основании прямого указания закона, а не по соглашению сторон обязательства, что не присуще сингулярному

правопреемству. При этом согласия кредитора (вкладчика) не требуется, оно не имеет значения. Все это позволяет не видеть в обязательствах Фонда перешедших обязанностей ликвидированного банка, т. е. сингулярного правопреемства.

Менее эффективными являются меры, предусмотренные в страховом законодательстве, направленные на минимизацию рисков другой группы инвесторов – страхователей. В ч. 5 ст. 43 Закона Украины «О страховании» предусмотрено, что ликвидация страховщика, который имеет обязательства перед страхователями, в случае признания его банкротом осуществляется в порядке, установленном Законом о банкротстве. В последнем определено, что при осуществлении ликвидационной процедуры целостный имущественный комплекс страховщика может быть продан только в случае согласия покупателя *взять на себя обязательства страховщика – банкрота по договорам страхования*, по которым страховой случай не наступил до дня признания страховщика банкротом (ч. 3 ст. 45 Закона о банкротстве). При этом все трудовые договоры сохраняют силу, а права и обязанности работодателя переходят к покупателю имущества должника (ч. 4 ст. 19). В этой связи справедливо мнение, высказанное М. Агарковым: «если обязанность переходит вместе с предприятием, то тождество правоотношений сохраняется» [17, с. 123].

Выводы

Как история развития законодательства, так и действующее законодательство Украины о ликвидации прямо не связывают ликвидацию с сингулярным правопреемством. С одной стороны, развитие демократических начал, социальной функции государства сопровождается расширением круга прав человека и работника, в том числе права на жизнь, здоровье, которое государство обязуется охранять и защищать; с другой – развитие и усложнение конкуренции при привлечении инвестиционных ресурсов заставляет вводить в национальные законодательные акты меры, направленные на минимизацию риска в отношении таких особых кредиторов, как первоначальные инвесторы – при привлечении средств в форме банковских вкладов, страховых платежей. Поэтому в отдельных случаях на конкретного субъекта закон прямо возлагает обязанности произвести определенные выплаты в связи с ликвидацией хозяйственной организации. Такое возложение не тождественно правопреемству, так как:

обязанности возникают не в силу их передачи по соглашению другому лицу, а в силу прямого указания закона;

платежи осуществляются третьим лицом не из его имущества, а, как правило, из переданных капитализированных платежей или взносов ликвидированного лица. Впоследствии обязанность выплаты суммы возмещения вреда и гарантированного вклада возникает не в силу замены должника, а по отдельному обязательству – страховому, существующему между кредитором – причинителем вреда и страховой организацией – должником; не требует согласия кредитора, что обязательно при переводе долга;

его цель – охрана наиболее значимых для данного этапа развития объектов права – жизни, здоровья человека, отдельных форм инвестиций, а не замена стороны в обязательстве.

Именно охранительной функцией права объясняется вводимое прямым указанием закона возложение выплат в виде возмещения вреда, причиненного жизни, здоровью человека, гарантированной суммы вклада, страховых возмещений. При этом законодатель, указывая на прекращение обязательств при ликвидации юридических лиц применяет, возможно, теоретически спорный прием – делает исключения из общего правила, устанавливая случаи такого возложения бывших обязанностей ликвидированного лица. Фактически этим преследуется чисто практическая цель – в силу прямого указания закона минимизируются риски в отношении охраняемых объектов права через возложение возмещения вреда, причиненного таким объектам, на определенных лиц и в определенном порядке.

Список использованных источников

1. *Гражданское право*: В 4 т. – М., 2007. – Т. 1. – 720 с.
2. *Повар П. О.* Поняття ліквідації підприємства // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2009. – № 1. – С. 135–143.

Статья поступила в редакцию 10.12.2012 г.

The article deals with the approaches to existence of succession after liquidation of business organizations. The absence of not only universal, but also a singular succession is justified. Nonidentity of succession and assigning a specific person to make payments by reason of the liquidation of a business organization in the statutory cases is proved.

У статті аналізуються підходи до наявності правонаступництва при ліквідації господарських організацій, обґрунтовується відсутність не тільки універсального, а й сингулярного правонаступництва, доводиться нетотожність правонаступництва і покладання на конкретну особу обов'язку здійснити виплати у зв'язку з ліквідацією господарської організації у визначених законом випадках.

3. *Титова Е. В.* Защита имущественных интересов участников процесса ликвидации на предприятиях: дис. ... канд. юрид. наук. – Д., 2006. – 199 с.

4. *Шишмарева Т. П.* Проблемы капитализации платежей при ликвидации несостоятельных юридических лиц // Известия вузов: Правоведение. – 2007. – № 2. – С. 56–65.

5. *Черепашин Б. Б.* Труды по гражданскому праву. – М., 2001. – 479 с.

6. *Советское гражданское право*. – М., 1960. – Ч. 1. – 288 с.

7. *Советское гражданское право*: В 2 ч. / Под ред. В. А. Рясенцева. – М., 1986. – Ч. 1. – 560 с.

8. *Белов В. А.* Сингулярное правопреемство в обязательстве. – М., 2001. – 265 с.

9. *Ибрагимова С.* Возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью граждан, при ликвидации юридических лиц // Хозяйство и право. – 2009. – № 11. – С. 131–136.

10. *Советское гражданское право* / Под ред. С. Н. Братуся, А. И. Пергамента, В. А. Дозорцева. – М., 1984. – 287 с.

11. *Венедиктов А. В.* Государственная социалистическая собственность. – М.; Л., 1948. – 714 с.

12. *Кучеренко І. М.* Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права. – К., 2004. – 328 с.

13. *Болдырев В. А.* Капитализация платежей в возмещение вреда гражданину при ликвидации юридического лица // Журнал российского права. – 2004. – № 1. – С. 72–76.

14. *Братусь С. Н.* Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). – М., 1947. – 446 с.

15. *Гражданское право* / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1998. – Т. 2. – 784 с.

16. *Аржевітін С.* Чому і як слід реформувати систему гарантування вкладів // Вісник Національного банку України. – 2011. – № 11. – С. 3–7.

17. *Азарков М. М.* Избранные труды по гражданскому праву: В 2 т. – М., 2002. – Т. 2. – 452 с.



Віталій Олефір,

юрисконсульт ПАТ «Фармак»,
м. Київ

ДУАЛІЗМ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ СПОНСОРСТВА: проблеми теорії та практики

У статті розкриваються наукові погляди на правову природу спонсорства, характеризуються його основні ознаки та визначаються проблеми практичного характеру, що можуть виникнути у зв'язку з наданням спонсорської підтримки.

Ключові слова: спонсорство, благодійництво, реклама, спонсор, реципієнт.

Забезпечення сталого соціально-економічного розвитку й інтеграція України в європейський політичний, економічний, правовий простір із метою набуття членства в Європейському Союзі (далі – ЄС) проголошені засадами державної політики відповідно до Закону України «Про засади державної внутрішньої і зовнішньої політики». При цьому процес інтеграції економічної системи України до економіки ЄС потребує дедалі більшої уваги до проблем імплементації європейських стандартів соціальної спрямованості економічного розвитку у національне бізнес-середовище, їх відображення у господарській діяльності українських підприємств. У цьому контексті актуальними є дослідження правових засад залучення підприємств до реалізації соціальних програм, їх участі в інфраструктурних, культурних, благодійних проєктах, запровадження принципу відповідальності бізнесу перед суспільством. Одним із варіантів реалізації зазначених принципів, який усе виразніше виявляється у діяльності господарюючих суб'єктів, є здійснення спонсорських проєктів або спонсорство.

Враховуючи вплив кризових явищ, які мають місце у світовому економічному розвитку, на стан соціально-економічної сфери України, особлива увага при застосуванні та вдосконаленні механізмів мінімізації такого впливу з одночасним збереженням усіх позитивних факторів імплементації принципів соціальної відповідальності бізнесу має приділятися належному законодавчому врегулюванню сфери комерційної діяльності з метою, зокрема, забезпечення вигідності спонсорства як для суспільства, так і для суб'єктів господарювання.

Незважаючи на увагу, яка приділяється спонсорству у дослідженнях багатьох учених-економістів, вітчизняна юридична наука приділяє недостатньо уваги доктринальному опрацюванню цього питання. Спонсорство переважно аналізується у контексті благодійництва, яке становить сферу наукових інтересів дослідників, В. Чепурнова, О. Літвіної, В. Кацера, С. Долгого, С. Євтушок та ін. Разом із тим у літературі набуває дедалі більшої популярності розкриття комерційного, рекламного потенціалу спонсорства, що відображено, наприклад, у працях І. Сисоєнко та Ю. Палагнюк.

Метою цієї статті є дослідження правової сутності спонсорства, характеристика його ознак і визначення проблем практичного характеру, що можуть виникнути при наданні спонсорської підтримки.

В енциклопедичній юридичній літературі спонсорство визначається як добровільна безприбуткова участь фізичної чи юридичної особи (спонсора) у благодійній діяльності, матеріальній підтримці програм і проєктів гуманітарного спрямування. У межах цього підходу спонсорство розглядається як здійснення благодійних акцій із фінансування культурологічних, медичних, лікувальних, мистецьких, економічних, науково-просвітницьких, видавничих та інших програм без права на одержання фінансової чи іншої винагороди [1, с. 839]. Схожої думки дотримується С. Євтушок, вказуючи, що компанії, при наданні допомоги часто наголошують, що тим самим вони виконують соціальний обов'язок перед громадськістю. Однак, розглядаючи спонсорство у контексті благодійництва та соціальної відповідальності бізнесу, дослідник не заперечує, що спонсорські програми не позбавлені спрямованості на отримання корисного ефекту, який полягає у формуванні в очах пересічних громадян привабливого іміджу компанії [2, с. 308, 311].

Іншого погляду на природу спонсорства дотримується Г. Герасименко, стверджуючи, що спонсорство не можна розглядати у контексті соціальних проєктів компаній, оскільки йому притаманний разовий і спонтанний характер, на відміну від соціальних інвестицій, які є регулярними, стратегічними та плануються в бюджеті компанії заздалегідь [3, с. 131].

І. Сисоєнко зазначає, що спонсорство можна розглядати як систему взаємовигідних договорних відносин між спонсором і реципієнтом, загальною метою якої є досягнення комунікативно-маркетингових цілей спонсора. За твердженням дослідниці, найбільш перспективними та субсидованими з боку спонсорів галузями людської діяльності є спорт, сфера культури та мистецтва, соціальна сфера. При цьому лише в останньому випадку спонсорство наближається до поняття благодійності та може розглядатися з точки зору соціальної відповідальності бізнесу.

В цілому ж, на думку І. Сисоєнко, спонсорство є рекламою торгової марки [4, с. 215, 216, 218].

На відсутність безкорисливих засад у досліджуваному явищі також звертають увагу О. Літвіна та С. Долгий. Зокрема, за твердженням С. Долгого, спонсорство здійснюється не безкорисливо, а з метою прихованої реклами своєї продукції [5, с. 68, 70].

Дуалістичні тенденції у тлумаченні змісту спонсорства, зокрема у законодавчому невизнанні за спонсорством виключного благодійного характеру, очевидно зумовлені природою господарської діяльності. Виходячи із змісту ст. 3 Господарського кодексу (далі – ГК) України будь-яка господарська діяльність (як підприємницька, так і некомерційна) полягає у виготовленні та реалізації продукції, виконанні робіт, наданні послуг вартісного характеру, що мають цінову визначеність. У зв'язку з цим, *соціальний напрям діяльності цих суб'єктів завжди є вторинним відносно напрямку виробничого, походить від нього, ним зумовлюється та спрямовується на його забезпечення*.

Більше того, суб'єкти підприємництва, здійснюючи інвестування у сфери, не пов'язані з безпосереднім предметом їх діяльності, з метою уникнення податкових ризиків повинні керуватися «діловою метою», яка, за визначенням п. 14.1.231 ст. 14 Податкового кодексу (далі – ПК) України полягає у намірі одержати економічний ефект у результаті господарської діяльності.

В українському законодавстві офіційне визначення спонсорства міститься у двох нормативно-правових актах – законах України «Про благодійництво та благодійні організації» та «Про рекламу». Так, відповідно до ст. 1 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» спонсорство визначається як добровільна матеріальна, фінансова, організаційна й інша підтримка фізичними та юридичними особами набувачів благодійної допомоги з метою популяризації виключно свого імені (найменування), свого знака для товарів і послуг. Цією статтею спонсорство названо специфічною формою благодійництва поряд (як меценатство і волонтерська діяльність).

Схоже визначення досліджуваної категорії містить ст. 1 Закону України «Про рекламу»: спонсорство – це добровільна матеріальна, фінансова, організаційна й інша підтримка фізичними та юридичними особами будь-якої діяльності з метою популяризації виключно свого імені, найменування, свого знака для товарів і послуг. Відповідно до ст. 5 цього Закону, у теле-, радіопередачах, матеріалах в інших засобах масової інформації, видовищних та інших заходах, що створені та провадяться за участю спонсорів, забороняється наводити будь-яку інформацію рекламного характеру про спонсора та/або його товари, крім імені або найменування та знака для товарів і послуг спонсорів. Логічно-смісловне тлумачення наведеного формулювання дає підстави для висновку, що інформацію про ім'я (найменування), знак для товарів і послуг спонсора, яка наводиться під час

відповідних заходів, можна кваліфікувати як рекламу.

Незважаючи на явну схожість наведених дефініцій, слід бути обережним із їх отождествленням, яке часто має місце у правозастосовній, зокрема судовій, практиці. Тому виникає необхідність у детальнішому дослідженні закріплених законодавством ознак спонсорства. Спільними ознаками спонсорства як реклами та специфічної форми благодійництва є:

добровільність – відсутність встановленого законодавством обов'язку щодо здійснення спонсорства; вільне прийняття рішення про надання спонсорської підтримки та вільне прийняття рішення про припинення спонсорської підтримки без загрози настання будь-яких негативних наслідків (зокрема, юридичної відповідальності). Однак ознака добровільності існує лише до вступу у спонсорські відносини, які з урахуванням положень ч. 1 ст. 67 ГК України мають оформлюватися шляхом укладення договору між спонсором і реципієнтом. Після його укладення, згідно із ст. 629 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України, договір є обов'язковим для виконання сторонами.

Рішенням Господарського суду Дніпропетровської області від 26.04.2011 р. у справі № 5005/1772/2011 за позовом ФОП М. Ю. Гавриленко до ТОВ «Винний Дім Логос» про стягнення 55 300 грн позов задоволено частково. Судом встановлено, що між Позивачем (Виконавець) та Відповідачем (Спонсор) 01.09.2010 р. був укладений договір про надання спонсорської підтримки № 01/09/2010/12, відповідно до якого Спонсор матеріально підтримує проведення заходу «Святкування дня міста Дніпропетровська у 2010 р.» винятково з метою популяризації свого знака для товарів і послуг, а Виконавець сприяє на некомерційній основі популяризації знака для товарів і послуг Спонсора в рамках проведення заходу. Позивачем було доведено здійснення заходів із популяризації торгової марки Відповідача. Відповідач (Спонсор) не оплатив спонсорську підтримку, чим було порушено договірні зобов'язання. За висновком суду, між сторонами укладено змішаний договір, в якому є елементи договору про надання послуг і договору підряду. Суд дійшов висновку, що сума до стягнення за позовом є вартістю послуг Позивача щодо популяризації знаку для товарів і послуг спонсора в особі Відповідача за договором від 01.09.2010 р. № 01/09/2010/12 про надання спонсорської підтримки. Позов задоволено пропорційно обсягу фактично наданих послуг;

спрямованість на популяризацію виключно імені, найменування, знака для товарів і послуг спонсора. У законодавстві відсутнє визначення терміна «популяризація». Можна погодитись із запропонованою І. Сисоєнко думкою, за якою спонсорство стосується іміджевої реклами та використовується саме для набуття відомості торгової марки [4, с. 218].

Торговельною маркою (знаком для товарів і послуг) за визначенням ст. 1 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» є позначення, за яким товари та послуги

одних осіб відрізняються від товарів і послуг інших осіб. При цьому *важливо, щоб власником знака був саме спонсор*. Це не означає, що він повинен бути одночасно виробником товарів (послуг), які продаються під таким знаком і щодо яких формується обізнаність споживачів. Використання знака для позначення товарів (послуг) може здійснюватися іншою особою на підставі ліцензійного договору або договору комерційної концесії.

Що стосується «імені» та «найменування», то зазначені поняття диференціюються залежно від їх носія. Ім'я належить фізичній особі, складається із прізвища, власного імені та по батькові згідно із ст. 28 ЦК України. Найменування юридичної особи складається із назви й організаційно-правової форми, вноситься до Єдиного державного реєстру та визначається за правилами ст. 90 ЦК та наказу Міністерства юстиції України від 05.03.2012 р. № 368/5;

змістом спонсорства є матеріальна, фінансова або організаційна підтримка. Захід, що підтримується, є відокремленим від діяльності спонсора і на меті має задоволення потреб останнього. Рішення про проведення або не скасування заходу спонсором не приймається; програма (зміст) заходу спонсором не визначається та не затверджується. Спонсорство носить допоміжний характер щодо заходу.

Згідно із ст. 5 Закону України «Про рекламу» спонсор не має права впливати на зміст і час виходу в ефір програми, передачі або зміст матеріалів друкованого видання, яке він спонсорує. Крім того, зазначеною статтею забороняється спонсорство програм і передач новин. Проте, як стверджує Ю. Палагнюк, такий вплив проявляється через загрозу редакторській незалежності засобів масової інформації (далі – ЗМІ). Наприклад, саме через можливий вплив спонсорів на зміст медіапрограм, спонсорство до 1990 р. взагалі було заборонено у Великій Британії [6, с. 125].

Матеріальна підтримка може проявлятися в наданні реципієнту майна, необхідного для організації чи проведення заходу. Формами прояву організаційної підтримки може бути пошук та облаштування приміщення, допомога у розробленні програми заходу (без впливу на зміст), залучення кваліфікованих фахівців до проведення заходу тощо. Фінансова підтримка полягає, як правило, у частковому фінансуванні заходу або набувача спонсорської підтримки. *При цьому важливо, щоб «спонсорство» або «благодійництво» було елементом предмета діяльності у статутних документах спонсора*. В іншому випадку такі фінансові операції можуть розглядатися як об'єкти обов'язкового внутрішнього фінансового моніторингу (згідно з п. 2 ч. 1 ст. 16 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму»);

суб'єктами спонсорства є спонсори та набувачі спонсорської підтримки (реципієнти). Спонсорами можуть виступати фізичні й юридичні особи. Законодавство імперативно не пов'язує

право на спонсорство із державною реєстрацією фізичної особи як підприємця. Підтримка соціальних проектів з метою популяризації імені може надаватися й з іншою метою, ніж одержання економічної вигоди (наприклад, це специфічний засіб передвиборчої агітації чи підвищення популярності естрадних виконавців тощо). Для підтвердження зв'язку витрат на спонсорство із своєю діяльністю й їх відображення у складі витрат у податковому обліку суб'єкти господарювання повинні обґрунтовувати їх «розумною економічною причиною (діловою метою)», як цього вимагає податкове законодавство, та закріпити спонсорство у статутних документах.

Частинами 2, 3 ст. 5 Закону України «Про рекламу» встановлені обмеження спонсорської правосуб'єктності: не можуть бути спонсорами особи, які виробляють чи розповсюджують товари, реклама яких заборонена законом, та товари, виробництво та/або обіг яких заборонено законом.

Враховуючи свободу підприємницької діяльності (ст. 42 ГК України) та поширену практику зайняття юридичними особами одночасно багатьма видами діяльності у різних сферах, практичне застосування вказаної норми викликає певні складнощі. Адже законодавством може бути накладено заборону на рекламу не всіх товарів, що виробляються компанією, а лише на їх частину.

Наприклад, відповідно до ст. 26 Закону України «Про лікарські засоби» забороняється реклама лікарських засобів, застосування та відпуск яких дозволяється лише за рецептом лікаря, а також тих, що внесені до переліку заборонених до рекламування лікарських засобів (такий перелік затверджено наказом МОЗ України від 17.08.2012 р. № 639). Однак, реклама інших лікарських засобів дозволена. Відповідно виникає питання: чи має право бути спонсором виробник лікарських засобів? Очевидно, існує потреба у наданні відповідних роз'яснень із боку компетентних державних органів.

Основна різниця між «рекламним» і «благодійним» спонсорством полягає в другому елементі суб'єктного складу спонсорських відносин – реципієнті. Так, одержувачами *благодійної спонсорської підтримки* є набувачі благодійної допомоги – фізичні й юридичні особи, які потребують і отримують благодійну допомогу. Невичерпний перелік потенційних реципієнтів визначено ст. 4 Закону України «Про благодійництво і благодійні організації»: малозабезпечені, безробітні, інваліди, особи, які через фізичні або інші вади обмежені в реалізації своїх прав і законних інтересів, громадяни, які постраждали внаслідок стихійного лиха, екологічних, техногенних та інших катастроф, у результаті соціальних конфліктів, нещасних випадків, жертви репресій, біженці, самотні люди похилого віку й інші особи, які через свої фізичні, матеріальні чи інші особливості потребують соціальної підтримки.

Разом із тим *об'єктами спонсорства як реклами є не власне особи, а заходи* (теле- і радіопередачі (крім програм і передач новин), матеріали в інших ЗМІ, видовищні й інші заходи). Адресатами такого спонсорства, як правило, не є набувачі благодійної допомоги. Таку підтримку можуть отримувати телерадіоорганізації, редакції, видавці та розповсюджувачі друкованих ЗМІ, організатори масових заходів тощо.

Наведене розмежування, однак, є досить умовним, тому спонсорство як благодійництво не виключає розуміння спонсорства як реклами, і навпаки. Однак рекламний характер спонсорства, на відміну від благодійного, все ж залишається його невід'ємною ознакою, незалежно від спрямованості підтримки.

Складність правової природи спонсорства викликає неоднозначність способів його відображення у податковому обліку. Так, у ПК немає спеціальної норми щодо оподаткування спонсорських операцій. ПК України регулює в цілому оподаткування благодійництва, а також витрат на рекламу.

У зв'язку з цим відмінність між «рекламним» і «благодійним» спонсорством набуває особливого практичного значення, оскільки від правил його відображення у податковому обліку залежать його обсяги та напрями. Так, із податкової точки зору, благодійним буде лише спонсорство, яке адресоване неприбутковим (зокрема, благодійним) організаціям. Відповідно до п. 138.5.3 ст. 138 ПК України витрати, понесені платником податку, у вигляді благодійних чи інших внесків та/або вартості товарів (робіт, послуг) до неприбуткових організацій включаються до складу витрат. При цьому відповідно до підпункту «а» п. 138.10.6 ст. 138 ПК можливість включення до складу витрат таких грошових сум або вартості товарів, виконаних робіт, наданих послуг обмежується чотирма відсотками оподаткованого прибутку попереднього звітного року. У той самий час, згідно з підпунктом «г» п. 138.10.3 ст. 138 ПК витрати на рекламу, на передпродажну підготовку товарів також включаються до складу витрат. Таким чином, у разі спрямування спонсорської підтримки на користь будь-яких осіб, крім неприбуткових організацій, платник податків повинен кваліфікувати їх як витрати на рекламу, а не благодійні внески.

Висновки

У законодавстві, а також у наукових публікаціях спонсорство розглядається як складне явище, що включає елементи як благодійництва, так і реклами. Розмежування функціональної спрямованості спонсорських проєктів

здійснюється залежно від адресатів такої підтримки.

Спонсорські відносини оформляються шляхом укладення відповідного договору між спонсором і реципієнтом, який є обов'язковим для виконання обома сторонами.

Превалюючою функцією спонсорства слід визнати саме рекламування, популяризацію імені, найменування, торгової марки спонсора, оскільки не будь-яка спонсорська підтримка адресується особам, які перебувають у скрутному становищі та/або потребують матеріальної допомоги.

Існують недоліки у формулюванні конструкцій забороняючої норми ч. 2 ст. 5 Закону України «Про рекламу», оскільки вона не визначає спонсорської правосуб'єктності осіб, що виробляють товари, реклама яких заборонена лише частково або обмежена. Доцільно доповнити вказану частину положенням, за яким зазначені обмеження не поширюватимуться на осіб, які нарівні з товарами, реклама яких заборонена, виробляють товари, дозволені до рекламування.

Ідентифікація спонсорства як благодійництва або реклами значною мірою визначається приписами податкового законодавства. Якщо спонсорство спрямоване на користь набувачів благодійної допомоги – неприбуткових організацій, то витрати на нього оподатковуються як благодійництво, але обмежуються чотирма відсотками оподаткованого прибутку попереднього звітного року. В інших випадках такі витрати можуть бути кваліфіковані виключно як витрати на рекламу.

Список використаних джерел

1. Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. Ю. С. Шемшученка. – К., 2007. – 992 с.
2. Євтушок С. М. Основні форми добродійності в контексті розвитку соціального підприємництва // Ефективність державного управління. – Л., 2010. – Вип. 5. – С. 308–312.
3. Герасименко Г. В. Соціальні інвестиції підприємств: проблеми та перспективи розвитку в Україні // Вісник Хмельницького національного університету. – 2010. – № 6, т. 2. – С. 130–133.
4. Сисоєнко І. В. Використання спонсорства як нестандартного засобу просування торговельної марки та один із доказів її широкої відомості // Часопис Київського університету права. – 2011. – Вип. 3. – С. 214–219.
5. Долгий С. А. Теоретико-правовий аналіз визначень інституту благодійництва та благодійної діяльності // Часопис Київського університету права. – 2010. – Вип. 2. – С. 68–71.
6. Палагнюк Ю. В. Регулювання реклами та спонсорства в аудіовізуальних медіа в Європейському Союзі: приклад для України // Наукові праці. – 2009. – Т. 110, вип. 97. – С. 213–227.

Стаття надійшла до редакції 11.10.2012 р.

The article describes the scientific views on the legal nature of sponsorship, characterizes its main features and identifies practical issues that may arise in connection with the provision the sponsorship.

В статті розкриваються научні взгляды на правовую природу спонсорства, характеризуются его основные признаки и определяются проблемы практического характера, которые могут возникнуть в связи с оказанием спонсорской поддержки.



УДК 349.422

Максим Гребенюк,

канд. юрид. наук, доцент

ЗАПРОВАДЖЕННЯ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ АГРАРНИХ РОЗПИСОК – ЗАПОРУКА СТВОРЕННЯ НАДІЙНОЇ СИСТЕМИ ПРОДОВОЛЬЧОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ В УКРАЇНІ

У статті визначаються шляхи вдосконалення вітчизняного аграрного законодавства щодо запровадження в Україні аграрних розписок – інструменту кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу майбутнього врожаю та сільськогосподарських тварин із метою підтримки аграрних підприємств, забезпечення продовольчої безпеки.

Ключові слова: аграрні розписки, аграрна продукція, аграрне товарне виробництво, забезпечення продовольчої безпеки, кредитування суб'єктів аграрного господарювання, сільськогосподарський товаровиробник, кредитні ресурси.

Стратегія національної безпеки України «Україна у світі, що змінюється» від 08.06.2012 р. визначає, що в сучасних умовах процес забезпечення продовольчої безпеки передбачає розвиток аграрного ринку, створення умов для розкриття потенціалу аграрного сектора з метою забезпечення потреб населення у доступному, якісному і безпечному продовольстві, захисту внутрішнього ринку від постачання неякісної та небезпечної продовольчої продукції. Однією з гарантій забезпечення продовольчої безпеки є стабільна й ефективна діяльність вітчизняних суб'єктів агробізнесу – основних виробників продуктів харчування та продовольчої сировини. Але, на жаль, у державі зберігається негативна тенденція щодо зменшення заходів державної фінансової підтримки сільськогосподарських товаровиробників, що об'єктивно призводить до імпортої продовольчої залежності, гальмує розвиток профілюючих галузей сільського господарства та вважається потенційною загрозою продовольчій безпеці України. Значним негативним фактором залишається постійне зростання цін на паливно-мастильні матеріали, мінеральні добрива, давальницьку сировину, які стають недоступними для багатьох аграрних господарств.

К. Бондар вказує, що кредитні відносини аграрних товаровиробників із банківською системою є одним із ключових чинників розвитку сільськогосподарського виробництва [1]. Ми поділяємо думку І. Сафонова, згідно з якою потреба у створенні ефективної системи кредитування в аграрному секторі економіки

є необхідною та нагальною, оскільки до цього часу в чинному законодавстві, спеціальній літературі немає чіткого визначення сутності системи кредитування й її побудови [2].

Існуючі заходи державної підтримки не відповідають реаліям сьогодення. При цьому гострою проблемою залишається створення надійного механізму кредитування фермерів і підприємств АПК за доступною відсотковою ставкою, тому що зазначених суб'єктів агробізнесу комерційні банки й інші фінансові установи практично не кредитують під заставу майбутнього врожаю сільськогосподарських культур, що значно підвищує ризики у сільському господарстві, гальмує перспективи розвитку малого та середнього аграрного товарного виробництва. За таких умов актуальним питанням залишається створення надійного та прозорого механізму кредитування суб'єктів аграрного господарювання, передусім малих і середніх, які практично не мають доступу до кредитних ресурсів комерційних банків навіть за умови існування державної програми часткового відшкодування банківських відсотків. Крім того, нові норми адміністрування податку на додану вартість (далі – ПДВ) для аграрних підприємств відповідно до Податкового кодексу (далі – ПК) України, також не сприяють активізації укладання угод між постачальниками матеріально-технічних ресурсів та аграрними підприємствами, оскільки ПДВ нараховується лише при першій операції і постачальники змушені або занижувати ціни на аграрну продукцію, або втрачати свої доходи на суму ПДВ. Як правило, ком-

панії, що поставляють мінеральні добрива, засоби захисту рослин та інші ресурси, не здійснюють реалізацію сільськогосподарської продукції, яку вони мають отримати в рахунок поставлених ресурсів, і мають укладати форвардні угоди з компаніями, що займаються експортом чи реалізацією на внутрішньому аграрному ринку. Але на сьогодні це стало неможливим через недосконале адміністрування ПДВ.

Вітчизняні сільськогосподарські товаровиробники повинні мати альтернативні варіанти кредитування. Зокрема, це може бути кредитування під заставу майбутнього врожаю та сільськогосподарських тварин, який успішно функціонує в Бразилії, шляхом застосування фінансового інструменту у вигляді розписки-договору CPR (Cedula de Produto Rural), що являє собою обіцянку поставити аграрну продукцію або здійснити оплату після реалізації власної сільськогосподарської продукції в майбутньому взамін на отримання кредитних ресурсів (фінансових чи товарних) вже сьогодні для здійснення аграрної діяльності.

Особливості кредитування сільськогосподарських товаровиробників в Україні розглядали у своїх наукових працях В. Аранчій, В. Борисова, С. Колотуха, О. Кириченко, П. Лайко, П. Саблук. Правові засади розвитку вітчизняного АПК та сільського господарства досліджували С. Бугера, В. Єрмоленко, Т. Коваленко, В. Курило, С. Марченко, Л. Панькова, А. Статівка, А. Тригуб, В. Уркевич та ін. Висвітлення правового механізму запровадження аграрних розписок в Україні жоден із зазначених авторів не здійснював, що посилює актуальність теми наукового дослідження.

Метою цієї статті є здійснення правової регламентації й обґрунтування доцільності запровадження у нашої державі механізму аграрних розписок як реальної фінансової підтримки вітчизняних сільськогосподарських товаровиробників із урахуванням позитивного досвіду Бразилії, що дозволить залучати додаткові фінансові ресурси та інвестиції до АПК, активізувати динамічний розвиток профілюючих галузей сільського господарства, гарантувати продовольчу безпеку держави.

Із 1994 р. в Бразилії на підставі Федерального закону «Про застосування фінансового інструменту у вигляді розписок-договору CPR (Cedula de Produto Rural)» від 22.08.1994 р. № 8929 діє спрощений порядок кредитування аграрних товаровиробників із використанням аграрних розписок – зобов'язань, згідно

з якими суб'єкт агробізнесу має віддати певну частину свого врожаю за отримані ним наперед кошти. Розроблення та запровадження аграрних розписок дозволило зняти фінансове навантаження на державний бюджет, стимулювати розвиток аграрного сектора економіки, забезпечити продовольчу безпеку. Основними покупцями аграрних розписок у Бразилії є постачальники засобів виробництва продуктів харчування, експортери аграрної продукції, переробні та харчові підприємства, комерційні банки й інвестиційні фонди.

Аграрна розписка – це товаророзпорядчий документ, який фіксує безумовне зобов'язання боржника, що забезпечується заставою, здійснити поставку аграрної продукції або сплатити грошові кошти на визначених у ньому умовах. Аграрна розписка встановлює забезпечення виконання зобов'язань боржника заставою його майбутнього врожаю або сільськогосподарських живих тварин. Предметом такої застави може бути виключно майбутній урожай, сільськогосподарські живі тварини. Таким чином, аграрна розписка – це цінний папір, який надає фермеру або іншому суб'єкту агробізнесу права інвестора. Особливістю аграрної розписки є те, що її емітент не може тлумачити на свою користь форс-мажорні обставини якщо врожай знищено або пошкоджено у зв'язку з природними умовами; аграрний товаровиробник обов'язково виконує свої фінансові зобов'язання. Аграрні розписки можуть також видаватися особами, які мають право власності на земельну ділянку сільськогосподарського призначення або право користування такою земельною ділянкою на законних підставах для здійснення товарного аграрного виробництва. Якщо право власності на земельну ділянку належить двом і більше співвласникам або право користування належить двом і більше користувачам, аграрні розписки видаються ними спільно; при цьому особи, які спільно видали аграрну розписку, несуть солідарну відповідальність за невиконання своїх зобов'язань. Аграрні розписки складаються у двох примірниках, один із яких зберігається у справах особи, яка вчиняє нотаріальні дії з їх посвідчення та реєстрації, а інший – передається кредитору за аграрною розпискою. За бажанням боржника йому може бути надана посвідчена копія виданої ним аграрної розписки.

За законодавством Бразилії аграрні розписки випускаються двох видів – товарні та фінансові, що передбачає отримання інвестором своїх коштів як товару або грошей. Зміст товарних аграрних розписок полягає в тому, що після їх випуску та продажу сільськогос-

подарський товаровиробник отримує фінансування в обмін на обов'язок поставки продукції, при цьому в товарній аграрній розписці чітко визначена загальна кількість продукції, її якість, строк і місце поставки. Товарні аграрні розписки фіксують безумовне зобов'язання сільськогосподарського товаровиробника здійснити поставку узгодженої аграрної продукції, спрямовані на використання в операціях з інвесторами, заінтересованими в отриманні кінцевого продукту аграрного товарного виробництва. Товарні аграрні розписки виконуються шляхом здійснення поставки вказаної в аграрній розписці сільськогосподарської продукції від боржника за аграрною розпискою до кредитора на погоджених ними умовах поставки.

Спочатку були запроваджені лише товарні аграрні розписки, але з 2004 р. у Бразилії з'явилися фінансові розписки, оскільки постачальникам засобів аграрного товарного виробництва не завжди було зручно мати справу тільки із сільськогосподарською продукцією. Як свідчить зарубіжний досвід, фінансові розписки видаються тим компаніям-постачальникам чи інвестиційним фондам, які не займаються збутом сільськогосподарської продукції. Зміст фінансової аграрної розписки полягає в тому, що сільськогосподарський товаровиробник зобов'язується повернути кошти в певний проміжок часу (відповідно до договору), а у розписці передбачається або поточна ціна продукції (на момент укладання угоди), або ціна на аграрну продукцію на дату розрахунку за розпискою (при кінцевому розрахунку). Фінансові аграрні розписки встановлюють безумовне зобов'язання боржника сплатити грошову суму, розмір якої визначається за погодженням сторонами формулюю з урахуванням цін на аграрну продукцію у визначеній кількості й якості, та спрямовані на використання в операціях з інвесторами, заінтересованими лише в фінансових результатах інвестицій. Фінансові аграрні розписки виконуються шляхом перерахування боржником за аграрною розпискою грошових коштів на вказаний кредитором банківський рахунок.

Аграрна розписка встановлює забезпечення виконання зобов'язань боржника заставою його майбутнього врожаю або сільськогосподарських живих тварин. Розмір застави повинен бути не меншим за розмір зобов'язання за аграрною розпискою. На день видачі аграрної розписки майбутній врожай сільськогосподарської продукції або живі тварини не можуть перебувати в інших заставах. Застава майбутнього врожаю або сільськогосподар-

ських живих тварин за аграрною розпискою наділяє кредитора правом (у разі невиконання боржником свого зобов'язання, в порядку примусового виконання зобов'язання боржника за аграрною розпискою) задовільнити вимоги за рахунок заставленого майбутнього врожаю або сільськогосподарських живих тварин переважно перед іншими кредиторами цього боржника. Задоволення вимог кредитора за аграрною розпискою може забезпечуватися шляхом передачі йому права власності на предмет застави; наділення кредитора правом доростити заставлений майбутній врожай або сільськогосподарських живих тварин; зібрати врожай самостійно або вповноваженою ним особою, набуття права власності на зібрану аграрну продукцію або погасити грошове зобов'язання боржника за фінансовою аграрною розпискою шляхом укладення договору купівлі-продажу заставленої аграрної продукції (живих сільськогосподарських тварин) з іншою особою-покупцем (у тому числі через укладення договору на публічних торгах) та отриманням у рахунок виконання зобов'язань боржника за аграрною розпискою плати за таким договором.

Виконання зобов'язань за аграрними розписками за згодою кредитора та боржника допускається частинами. Для цього в товарних аграрних розписках погоджується розмір мінімальної партії сільськогосподарської продукції, що може бути поставлена на її часткове виконання. У фінансових аграрних розписках визначається мінімальний обсяг грошових коштів, який може бути сплачений на часткове виконання фінансової аграрної розписки. Якщо в тексті аграрної розписки не міститься застереження про мінімальний розмір часткового виконання аграрної розписки, то кредитор за аграрною розпискою вправі відмовитися від прийняття часткового виконання зобов'язань боржника.

Витрати, спрямовані кредитором за аграрною розпискою на дорошування та зібрання врожаю заставленої аграрної продукції, відшкодовуються боржником за аграрною розпискою окремо в порядку, передбаченому законодавством для відшкодування майнової шкоди. У разі загибелі посівів, майбутній урожай із яких виступає предметом застави, або сільськогосподарських тварин, що є предметом застави за аграрними розписками, боржник зобов'язаний за погодженням із кредитором замінити предмет застави іншим аналогічним або рівноцінним майном, про що на аграрній розписці робиться напис, який скріплюється підписами уповноважених представників боржника та кредитора.

Предмет застави за аграрною розпискою може бути застрахований кредитором або боржником. Кредитор і боржник можуть домовитися про спільне здійснення витрат на страхування предмета застави. Якщо боржник за аграрною розпискою не досягне згоди з кредитором про інше, у разі загибелі посівів, майбутній урожай із яких є предметом застави за аграрною розпискою, предметом застави стає майбутній урожай сільськогосподарської продукції, яка вирощується на земельній ділянці, де розміщувалися такі загиблі посіви. Після збору врожаю або отримання продукції тваринного походження та повного погашення зобов'язань боржника за аграрною розпискою, решта зібраної аграрної продукції або отриманих від її реалізації коштів залишається у боржника. Сільськогосподарський товаровиробник несе відповідальність незалежно від наявності його вини, дії обставин непереборної сили чи випадкового збігу обставин. Відповідальність боржника за невиконання зобов'язань, оформлених аграрною розпискою, полягає в обов'язку сплатити кредитором неустойку, розмір якої визначається сторонами на момент складання аграрної розписки, але не повинен перевищувати розмір вказаної в аграрній розписці застави.

З метою стимулювання поширення аграрних розписок у Бразилії операції з їх обігу звільняються від оподаткування. Використання аграрних розписок у Бразилії сприяло тому, що обсяги кредитування аграрного сектора щорічно досягають 5 млрд дол. США, а сільськогосподарські товаровиробники мають достатні можливості для постійного збільшення валового товарного виробництва та підвищення врожайності своєї продукції. Аграрні розписки дозволяють залучити близько 30 % коштів від постачальників матеріально-технічних ресурсів, трейдерів, переробних підприємств, а також близько 5 % коштів комерційних банківських структур.

В Україні кредитування сільськогосподарських товаровиробників під заставу майбутнього врожаю комерційними банками не здійснюється у зв'язку з великими ризиками в аграрному секторі економіки, а власний досвід розбудови сільського господарства передбачає здійснення державних заставних закупівель зерна. Аграрний фонд надає бюджетну позику виробнику зерна, яке є об'єктом державного цінового регулювання під його заставу, що оформлюється передачею Аграрному фонду подвійного складського свідоцтва. Закон України «Про державну підтримку сільського господарства України» від 24.06.2004 р. визначає порядок та умови запровадження,

за рішенням Кабінету Міністрів України, заставних закупівель зерна. Згідно з чинним аграрним законодавством фінансова підтримка суб'єктів аграрного господарювання передбачає механізм здешевлення кредитів і компенсації лізингових платежів. Здешевлення кредитів здійснюється в режимі кредитної субсидії та полягає у субсидуванні частини плати (процентів) за використання кредитів, наданих банками в національній та іноземній валюті. Компенсація лізингових платежів полягає у частковому відшкодуванні сплачених суб'єктами аграрного господарювання лізингових платежів за придбані техніку й обладнання на умовах фінансового лізингу. Максимальний термін кредитної субсидії з 2011 р. становить 84 календарних місяця. Короткострокові кредити використовуються виключно на виробничі витрати. Кредитні субсидії надаються з державного бюджету для закупівлі у сільськогосподарських товаровиробників виробленої ними аграрної продукції, для придбання основних засобів аграрного виробництва, для здійснення витрат, пов'язаних із будівництвом і реконструкцією виробничих об'єктів сільськогосподарського призначення, а також переробкою аграрної продукції.

Як свідчить ситуація, що склалася в АПК, Аграрний фонд не виконує функцій державного регулятора на організованому аграрному ринку, оскільки відсутня практична складова виконання та забезпечення виконання форвардних контрактів на Аграрній біржі щодо закупівлі сільськогосподарської продукції. В нашій державі ще й досі не створено аграрного банку – структури, яка надавала би кредитні ресурси виключно суб'єктам агробізнесу на пільгових умовах, у тому числі під заставу майбутнього врожаю.

Закон України «Про фермерське господарство» від 19.06.2003 р. встановлює, що фермерським господарствам надається фінансова допомога за рахунок державного та місцевого бюджетів, у тому числі через Український державний фонд підтримки фермерських господарств, а Кабінет Міністрів щорічно в проекті державного бюджету передбачає кошти на підтримку фермерських господарств, які спрямовуються на меліорацію земель, консервацію та рекультивацію малопродуктивних сільськогосподарських угідь, на придбання сільськогосподарської техніки (комбайнів, тракторів, автомашин, сіялок тощо). На жаль, державна фінансова підтримка фермерів та інших суб'єктів аграрного виробництва є неефективною, у зв'язку з відсутністю реального бюджетного фінансування АПК і

дієвих програм кредитування під заставу майбутнього врожаю, оскільки у державному бюджеті для цього бракує коштів.

Аналіз оцінки стану продовольчої безпеки у 2011 р., за даними Міністерства економічного розвитку та торгівлі України, свідчить, що зберігається негативна тенденція відставання фактичного споживання від раціональної норми: молока та молокопродуктів – на 46 %, плодів, ягід і винограду – на 42, м'яса та м'ясопродуктів – на 36, риби та рибопродуктів – на 33 %. Таким чином, відбувається зменшення в раціоні українців тих видів продовольства, споживання яких найбільше відстає від раціональних норм (м'ясні, молочні та рибні продукти), що пов'язано, передусім, із недостатнім вітчизняним аграрним товарним виробництвом зазначених продуктів харчування.

Висновки

На виконання п. 188 Національного плану дій на 2012 р. щодо впровадження Програми економічних реформ на 2010–2014 рр. необхідно розробити проект закону України щодо запровадження фінансових інструментів стимулювання кредитування виробників сільськогосподарської продукції на по-

чаткових етапах виробництва. З метою створення сприятливих умов для динамічного розвитку вітчизняного аграрного товарного виробництва, залучення додаткових кредитних ресурсів для фінансової підтримки суб'єктів агробізнесу, гарантування продовольчої безпеки слід прискорити прийняття законопроекту «Про аграрні розписки» від 19.12.2011 р. № 9610, що надасть можливість дрібним і середнім сільськогосподарським товаровиробникам, у тому числі фермерам, залучати матеріально-технічні та фінансові ресурси під заставу майбутнього врожаю і молодняка сільськогосподарських тварин, дозволить врегулювати правовідносини, пов'язані з оформленням, видачею, обігом, погашенням аграрних розписок в Україні, збільшити обсяги виробництва продуктів харчування та сільськогосподарської продукції, підвищити рівень продовольчого самозабезпечення в нашій державі.

Список використаних джерел

1. Бондар К. В. Короткострокове банківське кредитування аграрного сектора в умовах трансформаційних процесів економіки України: автореф. дис. ... канд. екон. наук. – Луганськ, 2005. – 20 с.
2. Сафонов І. П. Правова регламентація державної підтримки аграрних товаровиробників: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 19 с.

Стаття надійшла до редакції 02.10.2012 р.

The directions of improvement of domestic agrarian legislation in aspect of the implementation in Ukraine agrarian obligations – instrument of crediting agricultural producers on the security of future crops and animals with the object to support agricultural enterprises, supply food safety are determined in the article.

В статье определяются направления совершенствования отечественного аграрного законодательства по внедрению в Украине аграрных расписок – инструмента кредитования сельскохозяйственных товаропроизводителей под залог будущего урожая и сельскохозяйственных животных с целью поддержки аграрных предприятий, обеспечения продовольственной безопасности.



Ярослав Сидоров,

канд. юрид. наук, доцент,
доцент кафедри адміністративного та господарського права
Запорізького національного університету

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПУБЛІЧНИХ ІНТЕРЕСІВ У АГРАРНОМУ ПРАВІ (на прикладі організаційно-управлінських правовідносин)

У статті розглядаються проблеми реалізації публічного інтересу в аграрному праві, захисту державного та суспільного інтересу, співвідношення публічних і приватних інтересів у аграрній сфері.

Ключові слова: аграрне право, аграрні організаційно-управлінські правовідносини, державний інтерес, приватний інтерес, публічно-правові засади, публічний інтерес, суспільний інтерес.

Відомо, що право породжує інтереси, регулює їх, а інтереси, у свою чергу, породжують право, у тому числі право на юридичні засоби гарантії здійснення й охорони. На реалізацію інтересів значною мірою впливає їх сутність: який саме інтерес реалізується – приватний чи публічний. Цей факт тягне за собою шлейф подальших ланок у механізмі правового регулювання [1]. Саме тому питання ефективності сучасного аграрного права, у тому числі правового регулювання окремих аграрних відносин, тісно пов'язано із проблематикою оптимального забезпечення публічних і приватних інтересів у тій чи іншій аграрно-правовій сфері. Категорія «публічний інтерес» відіграє важливу роль у правовому регулюванні суспільних відносин, оскільки на етапі правотворчості саме публічний інтерес як виразник, насамперед, загальносоціальних потреб детермінує правову форму (метод регулювання) цих відносин [2, с. 79].

Одним із перших науковців-правників питання публічного права та публічного інтересу на загальнотеоретичному рівні дослідив Ю. Тихомиров [3]. Що стосується аграрно-правової науки, то зазначені питання привертати увагу таких учених-аграрників, як С. Боголюбов, Є. Мінін, М. Козир, Г. Бистров, М. Паладіна, Л. Єркінбаєва, В. Уркевич, В. Єрмоленко, М. Чабаненко, А. Статівка.

Метою цієї статті є розвиток сформульованих у юриспруденції наукових положень щодо реалізації публічного інтересу в аграрному праві й ефективності його забезпечення аграрно-правовими засобами, зокрема, на прикладі аграрних організаційно-управлінських правовідносин.

У сучасній аграрно-правовій науці досить поширеною є теза про наявність приватних і публічних засад в аграрно-правових відносинах [4, с. 62–63; 5, с. 78–81; 6, с. 405]. Постановка питання про визначення міри застосування публічних засобів аграрно-правового впливу для захисту публічного інтересу на сучасному етапі

розвитку аграрного права зумовлена глобальними процесами, що відбуваються у національних і міжнародній правових системах. Так, учені, які досліджують економіко-правові проблеми, констатують тенденцію підвищення ролі державного регулювання економіки та пов'язаного з цим посилення публічних засад у правовому регулюванні економічних процесів, зазначають, що на межі XX і XXI ст. зазначена тенденція отримала новий імпульс [7, с. 83; 8, с. 125]. Те, що у приватному праві стає все більше імперативних норм, є результатом соціалізації права [9, с. 29].

На необхідності підвищення ролі публічно-правового впливу наполягають і представники аграрно-правової науки. Як зазначає Б. Воронін, надії реформаторів на створення саморегульованого аграрного ринку не виправдалися. Відмова держави від безпосередньої участі у господарській діяльності сільських товаровиробників та обслуговуючих їх галузей нічого доброго не принесла. Втрата керованості процесами, що відбуваються в агропромисловому комплексі, стала однією з причин розпаду аграрного сектору [10, с. 83].

Центральною категорією для публічно-правових відносин є поняття «публічний інтерес». В юридичній науковій думці публічний інтерес пов'язують із державним і суспільним (соціальним, громадським) інтересом, дискутуючи щодо їх отождествлення або розмежування. На думку Ю. Тихомирова, публічний інтерес є визнаний державою та забезпечений правом інтерес соціальної спільноти, задоволення якого служить умовою і гарантією її існування та розвитку. Визначити зміст і межі дії публічного інтересу досить важко. По-перше, складно забезпечити вичерпну повноту та точність його виразу з пізнавальної точки зору. По-друге, суперечність і динаміка розвитку політичної й економічної сфер, багатофакторні впливи, рухливість суспільної поведінки також ускладнюють виявлення параметрів публічного інтересу. Фаза усвідомлення та свого роду структуризації публічного інтересу значно складніша, ніж у сфері приватного інтересу. Доводиться «відбирати» й оціню-

вати безліч соціальних інтересів [3, с. 65]. Слід враховувати, що публічний інтерес є сукупністю загальних інтересів, які включають індивідуальні інтереси, але він жодним чином не є простою арифметичною сумою індивідуальних інтересів, оскільки публічний інтерес – це інтерес, властивий суспільству як єдиному цілому [11, с. 66].

Аналізуючи взаємовідносини між суспільством і державою, Р. Сивий дійшов висновку, що інтереси держави можуть повністю збігатися, частково збігатися або ж не збігатися із суспільними інтересами. Тому в структурі публічних (суспільних) інтересів, на його думку, слід виділяти: суспільні інтереси, що забезпечуються державою та, відповідно, трансформуються в державні інтереси; інтереси домінуючої частини суспільства, що забезпечуються державою і також трансформуються у державні інтереси; суспільні інтереси, що державою не забезпечуються. Державні інтереси, не спрямовані на реалізацію інтересів суспільства чи його домінуючої частини, належать, мабуть, вже не до публічних інтересів, а скоріше за все до групових, корпоративних – «бюрократичних» [2, с. 78].

К. Агафонов і В. Уманська, аналізуючи співвідношення інтересів суспільства та органів і посадовців, на яких покладена реалізація публічного інтересу, ведуть мову про відомчий інтерес, який може бути позитивним (коли інтерес органу державної влади збігається з його функцією і, відповідно, цілком відповідає інтересу публічному) і негативним (органи державної влади на шкоду публічним інтересам займаються реалізацією своїх власних інтересів, ухиляючись від виконання функцій або виконуючи їх неналежним чином). Серед причин, що породжують негативний відомчий інтерес – наявність усередині органу державної влади превалюючих приватних особистих і групових інтересів посадовців [12, с. 32–33].

Безумовно, постановка питання про співвідношення інтересів суспільства (а саме це є ключовим у понятті «публічний інтерес») і державних органів, які повинні реалізувати цей інтерес, є актуальною. І в цьому сенсі можна виділяти і бюрократичний, і відомчий інтерес. Разом із тим слід враховувати, що сучасне розуміння держави, яке знаходить своє відображення у визначенні її в Конституції як правової та соціальної, зумовлює, принаймні як ідеальна модель, збіг державного інтересу й інтересу суспільства, що і визначається інтересом публічним. Невиконання або неналежне виконання функцій щодо його реалізації державними органами свідчить про підміну публічних інтересів (які вони покликані забезпечувати) своїми власними, приватними.

Ю. Тихомиров вважає, що суб'єкти права, відіграючи різні соціальні ролі, завжди домагаються прийняття, зміни або скасування законів та інших правових актів. Їх можуть спонукати як правильно зрозумілі соціальні інтереси, так і «підміна» інтересів, їх заміна вузькогруповими або егоїстичними інтересами. Тиск, лобізм у законодавчому процесі призводять до підміни в

законі спільних публічних інтересів іншими поглядами та позиціями. Це проявляється у концепціях і нормах законів, «вигідних» та «зручних» для різних суб'єктів правовідносин. Тому суттєвими є способи об'єктивної оцінки інтересів, оскільки легальний публічний або приватний інтерес є критерієм оцінки необхідності й обґрунтованості закону [13, с. 9]. Викладене має важливе значення для оцінки ефективності правового забезпечення відносин у сфері сільського господарства.

Публічний інтерес в аграрній галузі забезпечується в аграрних організаційно-управлінських правових відносинах, пов'язаних із державним плануванням, державною підтримкою сільського господарства, легалізацією суб'єктів аграрного господарювання, формуванням і функціонуванням ринку сільськогосподарської продукції, забезпеченням якості та безпеки такої продукції, здійсненням державної податкової політики в аграрній сфері тощо.

На жаль, підміна істинних публічних інтересів усього суспільства інтересами окремих соціальних груп, зокрема представників великого агробізнесу, лобіювання їх інтересів на вищому законодавчому рівні призводить до негативних економічних і соціальних результатів. Експерти наголошують, що впродовж трансформаційного періоду держава створювала найбільш сприятливі умови для функціонування та розвитку корпоративного сектора сільського господарства. За таких умов агрохолдинги, постійно нарощуючи своє виробництво, отримують все більшу економічну та політичну владу. Вміло використовуючи податкові пільги та преференції, передбачені вітчизняним законодавством для сільського господарства, ці господарські структури привласнюють вартість, яка мала б стати джерелом повноцінного відтворення використовуваних ними природних і соціальних ресурсів сільської місцевості, поліпшення якості локального життєвого середовища, але насправді «вимивається» з села. У той самий час питання раціонального використання природних ресурсів, землекористування й існуючі загальні, а також громадські та приватні інтереси більшості громадян, зокрема сільського населення, не беруться до уваги. Агресивне використання сільськогосподарських угідь, монокультуризація, масове недотримання сівозміни, а також істотне зменшення обсягів природоохоронної діяльності створили реальну загрозу ресурсній та екологічній безпеці розвитку аграрного сектора і в цілому держави [14].

Зазначимо, що неоднозначна діяльність агрохолдингів в Україні привертає увагу вчених-аграрників. Зокрема, пропонується розробити та прийняти Закон «Про аграрні холдингові компанії (агрохолдинги) в Україні», який, на думку науковців, має визначати особливості правового статусу агрохолдингів, склад їх засновників (якими повинні виступати переважно сільськогосподарські товаровиробники), врегулювати відносини з використанням зазначеними утвореннями земель сільськогосподарського призначення й іншого майна, регламентувати

специфіку їх господарської діяльності в аграрній сфері тощо [15, с. 6].

Значення аграрного сектора економіки для забезпечення продовольчої безпеки і продовольчої незалежності країни зумовлює необхідність посилення публічної складової аграрних організаційно-управлінських відносин, зокрема заходів, спрямованих на обмеження негативного впливу великого агробізнесу на процес правотворчості та правозастосування. Здійснюючи правове регулювання аграрних відносин, держава повинна забезпечувати весь спектр публічних інтересів суспільства, оскільки, як відомо, реалізація публічних інтересів є необхідною умовою реалізації приватних інтересів.

Безумовно, вирішення проблеми ефективного правового забезпечення публічного інтересу в аграрній сфері носить комплексний характер і безпосередньо пов'язане з більш загальним колом проблем, зокрема корупцією. Як зазначає А. Неклеса (стосовно Росії, але це повною мірою стосується й України, інших пострадянських держав), в останнє десятиліття цього століття сталася химерна трансформація суспільства, що дозволила за рахунок деякої архаїзації соціальних зв'язків, а також корупції частини «нового класу», створити з національного організму подібність трофейної економіки, затвердивши кланові (неофеодальні) відносини в суспільстві [16]. Егоцентричне трактування приватних інтересів призводить до їх викривлення, оскільки втрачається їх справжня особистісна, духовно-моральна основа, брутально порушуються суспільні інтереси. Сумнівна приватизація унікальних об'єктів, перевага елементів комерційної діяльності у некомерційних організаціях, масові порушення законів на догоду корисливим інтересам, недотримання правил охорони державних інтересів – лише стислий перелік сумних ілюстрацій тих процесів, що нині відбуваються. Підтримка балансу інтересів у суспільстві вимагає великих зусиль громадян, державних і суспільних інститутів [3, с. 58].

Висновки

Пріоритет права в регулюванні питань забезпечення балансу особистого та суспільного зумовлений його призначенням, оскільки саме воно є первинною основою для розмежування приватних і публічних інтересів, які зіштовхуються між собою, конфліктують, суперечать один одному. В ідеалі право має забезпечити їх розумне співвідношення, мінімізувати дисбаланс, віднайти засоби подолання колізій [17, с. 36–37]. Саме тому в основу кодифікаційних процесів у аграрному праві повинно бути покладено концепцію максимально ефективного захисту пуб-

лічних інтересів, кінцевою метою якого буде створення умов для справедливого й ефективного задоволення приватних інтересів кожного з учасників аграрних правовідносин.

Список використаних джерел

1. Венедиктова И. Частный интерес как критерий определения частного права [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.i-news.kz/news/2012/03/27/6354247.html>.
2. Сивий Р. Соціально-філософські проблеми розмежування приватних та публічних інтересів як підстави дихотомізації структури позитивного права // Проблеми філософії права. – 2005. – Т. 3, № 1–2. – С. 73–84.
3. Тихомиров Ю. А. Публичное право. – М., 1995. – 496 с.
4. Козырь М. И. Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – М., 2009. – 336 с.
5. Уркевич В. Ю. Аграрні правовідносини в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2007. – 411 с.
6. Аграрное право / С. А. Боголюбов, М. М. Бринчук, Н. О. Ведышева и др. – М., 2011. – 432 с.
7. Мамутов В. К. Усиление публичных начал в правовом регулировании хозяйственной деятельности // Право України. – 2009. – № 9. – С. 83–94.
8. Бобкова А. Г. Щодо правових засад планування екологічного підприємництва // Право України. – 2011. – № 2. – С. 124–131.
9. Талатина Э. В. Публичное право и экономика. – М., 2011. – 520 с.
10. Воронин Б. А. Становление аграрно-правовой науки и актуальные проблемы ее развития: дис. ... д-ра юрид. наук. – Уфа, 2000. – 349 с.
11. Михайлов С. В. Категория интереса в российском гражданском праве. – М., 2002. – 205 с.
12. Агафонова К. А., Уманская В. П. Ведомственный интерес: правовая модель и реальность // Интерес в публичном и частном праве: Материалы науч. конф., 21 ноября 2002 г. – М., 2002.
13. Тихомиров Ю. А. Интерес в публичном и частном праве: согласование и противоборство // Интерес в публичном и частном праве: Материалы науч. конф., 21 ноября 2002 г. – М., 2002.
14. Прокопа И., Бородин Е. Какая модель агросектора нужна Украине? [Электронный ресурс] // Режим доступа: http://www.zn.ua/ECONOMICS/kakaya_model_agrosektora_nuzhna_ukraine102318.html.
15. Алиева Х. Н. Правовое регулирование реформирования аграрных отношений за законодательством Украины та Російської Федерації: порівняльно-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – 24 с.
16. Неклеса А. И. Конец цивилизации или зигзаг истории [Электронный ресурс] // Режим доступа: <http://www.intelros.org/lib/statyi/niכלesa.htm>.
17. Бакаева О., Позодина Н. О соотношении частных и публичных интересов // Журнал российского права. – 2011. – № 4. – С. 36–47.

Стаття надійшла до редакції 28.11.2012 р.

This article is devoted to the problem of realization of public interest in the sphere of agrarian law. The question of defense of state and social interest, correlation of public and private interests in the agrarian sphere.

В статье рассматриваются проблемы реализации публичного интереса в аграрном праве, защиты государственного и общественного интереса, соотношение публичных и частных интересов в аграрной сфере.



УДК 349.417

Майя Посохова,аспірантка Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ ПО ЗАБЕЗПЕЧЕННЮ ЦІЛЬОВОГО ВИКОРИСТАННЯ ЗЕМЕЛЬ

У статті визначається стан правового регулювання діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування у сфері забезпечення цільового використання земель, запропоновані шляхи його вдосконалення.

Ключові слова: державні органи, органи місцевого самоврядування, цільове використання земель, управління земельними ресурсами.

Управління земельними ресурсами в Україні забезпечується системою органів державної влади різного рівня та компетенції. Управлінськими повноваженнями у сфері регулювання земельних відносин в Україні наділені органи законодавчої (Верховна Рада України) та виконавчої влади. Останні поділяються на органи загальної (Кабінет Міністрів України, місцеві державні адміністрації) та органи спеціальної (Держземагентство, держекоінспекція, держсільгоспінспекція) компетенції. Правомочностями щодо регулювання земельних відносин наділені також органи місцевого самоврядування: сільські, селищні, міські ради, їх виконавчі органи, а також районні й обласні ради. Діяльність органів державної влади та місцевого самоврядування в цій сфері регулюється як Земельним кодексом (далі – ЗК) України, так і окремими законами, а також підзаконними актами різної юридичної сили, що приймалися різними за рівнем органами влади, які часто не узгоджені між собою.

Перш за все, вважаємо за доцільне проаналізувати зміст правового забезпечення повноважень державних органів щодо встановлення та зміни цільового призначення земель і контролю за цільовим використанням земель.

Відповідно до ст. 20 ЗК України віднесення земель до тієї чи іншої категорії здійснюється на підставі рішень органів державної влади, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Ради міністрів Автономної Республіки Крим та органів місцевого самоврядування відповідно до їх повноважень.

Зміна цільового призначення земель проводиться органами виконавчої влади або органами місцевого самоврядування, які приймають рішення про передачу цих земель у власність або надання у користування, вилучення (викуп) земель і затверджують проекти землеустрою або приймають рішення про створення об'єктів природоохоронного й історико-культурного призначення. Зміна цільового призначення земель, які перебувають у власності громадян або

юридичних осіб, здійснюється за ініціативою власників земельних ділянок у порядку, що встановлюється Кабінетом Міністрів України. Зміна цільового призначення земель, зайнятих лісами, проводиться з урахуванням висновків органів виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища та лісового господарства.

Можна виділити такі процедури встановлення та зміни цільового призначення: надання земель у власність чи користування; викуп земель для суспільних потреб; прийняття рішення про створення об'єктів природоохоронного й історико-культурного призначення. Склад органів державної влади та місцевого самоврядування, які наділені повноваженнями щодо встановлення та зміни цільового призначення земельних ділянок, у кожному із зазначених випадків мають свої особливості.

Згідно із статтями 118, 123 ЗК України, рішення про затвердження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки та надання її у власність чи користування приймаються відповідними органами державної влади чи місцевого самоврядування після отримання погодженого проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки, а за необхідності здійснення обов'язкової державної експертизи – після отримання її позитивного висновку. Погодження проекту землеустрою щодо відведення земельної ділянки здійснюється Комісією з розгляду питань, пов'язаних із погодженням документації з землеустрою, діяльність якої регулюється ст. 168¹ ЗК України та положенням, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України «Про деякі питання реалізації ст. 186¹ Земельного кодексу України» від 23.12.2009 р. № 1420.

За своїм правовим статусом Комісія є постійно діючим органом, утвореним районною та міською держадміністрацією – у районах і містах Києві та Севастополі, міською радою – у містах обласного значення. До складу Комісії входять уповноважені в установленому порядку на підписання та скріплення печаткою відповідних

висновків представники: територіального органу Держземагентства; органу Мінрегіонбуду; територіального органу Міністерства екології та природних ресурсів; органу санітарно-епідеміологічної служби; органу Міністерства культури і туризму. У разі погодження документації із землеустрою, що розробляється з метою вилучення (викупу), надання, зміни цільового призначення земель лісгосподарського призначення, водного фонду, земельних ділянок для цілей, пов'язаних із розробкою корисних копалин, до складу комісії включаються представники територіальних органів Держлісагентства, Держводоагентства, Держслужби гірпромнагляду. Державна експертиза провадиться центральним органом виконавчої влади з питань земельних ресурсів (Держземагентством).

Повноваження органів виконавчої влади та місцевого самоврядування стосовно передачі земельних ділянок у власність чи користування визначені у ст. 122 ЗК України. Залежно від місцезнаходження, форми власності земель (державна чи комунальна) та потреб (а по суті цільового призначення), для яких надаються землі, питання про їх надання може відноситися до компетенції сільських, селищних, міських рад; районних, обласних рад та Верховної Ради Автономної Республіки Крим; районних державних адміністрацій; обласних державних адміністрацій; Київської та Севастопольської міських державних адміністрацій; Ради міністрів Автономної Республіки Крим та Кабінету Міністрів України.

Стаття 20 ЗК України передбачає також зміну цільового призначення земельних ділянок, яка відбувається у випадках відчуження земельних ділянок для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, що передбачено статтями 146–151 ЗК України та статтями 8, 9 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» від 17.11.2009 р. (далі – Закон). Органами виконавчої влади, що мають повноваження щодо викупу земельних ділянок для суспільних потреб відповідно до ст. 8 згаданого Закону є Кабінет Міністрів; Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні державні адміністрації; районні державні адміністрації. Відповідно до ст. 9 Закону сільські, селищні, міські ради, Київська та Севастопольська міські ради в межах території здійснення їх повноважень приймають рішення про викуп земельних ділянок у випадках, передбачених законодавством.

Відповідно до ст. 52 Закону України «Про природно-заповідний фонд» від 16.06.1992 р. розгляд клопотань про організацію чи оголошення територій та об'єктів природно-заповідного фонду здійснюється органами центрального органу виконавчої влади в галузі охорони природного навколишнього середовища (Міністерства екології та природних ресурсів) на місцях та органом виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища Автономної Республіки Крим стосовно тери-

торій та об'єктів місцевого значення, а стосовно територій і об'єктів загальнодержавного значення – центральним органом виконавчої влади у сфері охорони навколишнього природного середовища, а також забезпечують розроблення проектів створення територій та об'єктів природно-заповідного фонду, передають їх органам і особам, уповноваженим приймати рішення про створення об'єктів природно-заповідного фонду. Рішення про створення об'єктів природно-заповідного фонду загальнодержавного значення приймаються Президентом України, а рішення про організацію чи оголошення територій та об'єктів природно-заповідного фонду місцевого значення та встановлення охоронних зон територій та об'єктів природно-заповідного фонду приймаються Верховною Радою Автономної Республіки Крим, обласними, Київською та Севастопольською міськими радами (ст. 53).

Відповідно до п. 14 ст. 5 Закону України «Про охорону культурної спадщини» від 08.06.2000 р. визначення меж територій пам'яток національного значення та затвердження їх зон охорони, охоронюваних археологічних територій, історичних ареалів населених місць відносяться до компетенції центрального органу у сфері охорони культурної спадщини, яким на даний момент є Міністерство культури і туризму України.

Вимоги ч. 4 ст. 20 ЗК України про те, що при зміні цільового призначення земель, зайнятих лісами, необхідно враховувати висновки органів виконавчої влади з питань охорони навколишнього природного середовища та лісового господарства, доповнюються положеннями ст. 62 Лісового кодексу (далі – ЛК) України, відповідно до яких використання земельних лісових ділянок здійснюється з урахуванням висновків органів виконавчої влади з питань лісового господарства (Держлісагентства).

Зміна цільового призначення земель, що перебувають у приватній власності, хоч і відбувається за ініціативою власників, але відповідно до «Порядку зміни цільового призначення земель, які перебувають у власності громадян або юридичних осіб», затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11.04.2002 р. № 502, органи державної влади та місцевого самоврядування здійснюють повноваження стосовно розгляду клопотань власників, надання дозволів на зміну цільового призначення або підготовки висновків з цього питання для прийняття рішення вищестоящим органом. Виходячи з аналізу положень зазначеного Порядку, органами, наділеними повноваженнями щодо встановлення та зміни цільового призначення земельних ділянок, є: сільські, селищні, міські ради, які приймають рішення про зміну цільового призначення земельних ділянок у межах населених пунктів (п. 7); районні держадміністрації, які приймають рішення про зміну цільового призначення земельних ділянок, що знаходяться за межами населеного пункту та плануються для використання із сільськогосподарськими цілями, ведення лісового і водного господарства, будівництва об'єктів, призначених для обслуговування членів територіальних громад, а також здійснюють попередній розгляд матеріалів, підготов-

ку та подання висновку до Ради міністрів Автономної Республіки Крим, обласних держадміністрацій (пункти 8, 9); Рада міністрів Автономної Республіки Крим, обласні держадміністрації, які приймають рішення про зміну цільового призначення стосовно земельних ділянок за межами населених пунктів у всіх випадках, окрім віднесених до компетенції райдержадміністрацій та Кабінету Міністрів України, подання матеріалів на погодження до Верховної Ради України про зміну цільового призначення особливо цінних земель за межами населених пунктів (пункти 9, 11); Кабінет Міністрів України – прийняття рішення про зміну цільового призначення стосовно ріллі, багаторічних насаджень для несілськогосподарських потреб, лісів першої групи площею більше 10 га та земель природоохоронного, оздоровчого, рекреаційного призначення й особливо цінних земель (п. 10); Верховна Рада Автономної Республіки Крим, обласні, Київська та Севастопольська міські ради – подання матеріалів про зміну цільового призначення особливо цінних земель у межах населених пунктів на погодження до Верховної Ради України (п. 11); Верховна Рада України – погодження зміни цільового призначення особливо цінних земель (п. 11).

Крім того, проект відведення земельної ділянки із зміненням цільовим призначенням погоджується або перепогоджується органом земельних ресурсів, природоохоронним і санітарно-епідеміологічним органами, органом містобудування й архітектури та охорони культурної спадщини, в якості яких виступають місцеві підрозділи Держземагентства України, Міністерства екології та природних ресурсів України, Державної санітарно-епідеміологічної служби, Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України, Міністерства культури та туризму України, та підлягає державній експертизі.

Науковці та практики із земельного права звертали увагу на недоліки згаданого порядку, його недостатню визначеність, суб'єктивність, складність процедури та наявність можливостей для зловживань із боку посадових осіб. П. Кулинич вважає за необхідне прийняття закону про забезпечення цільового використання земель для детального врегулювання всіх питань встановлення та зміни цільового призначення земель для кращого врахування суспільних інтересів [1, с. 623].

Певні особливості стосовно забезпечення цільового використання земель населених пунктів встановлені Законом України «Про регулювання містобудівної діяльності» від 17.02.2011 р., в якому передбачена заборона зміни цільового призначення земельної ділянки, яка не відповідає детальному плану території та (або) плану зонування (у випадках коли такий план існує, оскільки його прийняття не є обов'язковим) (ч. 4 ст. 24). Відповідно до ст. 18 цього Закону план зонування території встановлює «функціональне призначення» території. Однак, на думку А. Ріпенко, позитивний ефект від прийняття Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» може бути лише тимча-

совим. Залишаються не вирішеними проблеми відомчої розрізненості містобудівного та земле-впорядного забезпечення планування й освоєння територій, що є єдиним «земельно-містобудівним процесом» із створення нерухомих і пов'язаних із ними об'єктів, їх зміни чи перетворення. За відсутності системного підходу та без переосмислення системи нові положення щодо вільного обрання виду використання не дають ефекту [2, с. 26]. Слід також зазначити, що Закон не передбачає як обов'язковості проведення зонування територій населених пунктів, так і механізмів реального заохочення такої діяльності.

Питання контролю за використанням земель відповідно до цільового призначення регулюються нормами глави 32 ЗК України та Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» від 19.06.2003 р., за якими контроль за виконанням вимог щодо використання земельних ділянок за цільовим призначенням, внесення до органів виконавчої влади або органів місцевого самоврядування клопотань щодо приведення у відповідність із законодавством прийнятих ними рішень із питань регулювання земельних відносин, використання й охорони земель, у тому числі щодо цільового використання земель повинен здійснювати спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів у сфері державного контролю за використанням та охороною земель.

Здійснення державного контролю за дотриманням встановленого законодавством України режиму використання земель природно-заповідного й іншого природоохоронного призначення, а також територій, які підлягають особливій охороні, що передбачає виключно цільове використання вказаних категорій земель, покладено на спеціально уповноважений орган виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів. Згідно із ст. 9 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» державний контроль за використанням та охороною земель у системі центрального органу виконавчої влади з питань земельних ресурсів здійснює Державна інспекція з контролю за використанням та охороною земель і її територіальні органи; державний контроль за додержанням вимог законодавства про охорону земель у системі центрального органу виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів здійснює Державна екологічна інспекція й її територіальні органи.

Згідно з положенням «Про Державну екологічну інспекцію України», затвердженим Указом Президента України від 13.04.2011 р. № 454/2011, державна екологічна інспекція України здійснює контроль за виконанням екологічних вимог при наданні у власність і користування, у тому числі в оренду, земельних ділянок, додержанням режиму використання земель природно-заповідного й іншого природоохоронного призначення, а також територій, що підлягають особливій охороні.

Державна інспекція з контролю за використанням і охороною земель, яка здійснювала кон-

троль за використанням за цільовим призначенням земель усіх категорій, була ліквідована постановою Кабінету Міністрів України «Про ліквідацію Державної інспекції контролю за використанням та охороною земель» від 22.11.2010 р. № 1068. Спеціалізованим центральним органом виконавчої влади з питань земельних ресурсів на сьогодні є Держземагентство (правонаступник Держкомзему), діяльність якого спрямовується і координується через міністра аграрної політики та продовольства України. Хоча до завдань Держземагентства відносяться забезпечення дотримання режиму використання об'єктів екомережі й участь у державному регулюванні планування територій (згідно з пунктами 7 і 19 Положення про державне агентство земельних ресурсів України, затвердженого Указом Президента України від 08.04.2011 р. № 445) фактично контрольних функцій воно на сьогодні не має.

Відповідно до Указу Президента України «Про Державну інспекцію сільського господарства України» від 13.04.2011 р. створено Держсільгоспінспекцію України, до завдань якої відноситься організація та здійснення державного нагляду (контролю), у тому числі за використанням земельних ділянок згідно з цільовим призначенням, дотримання порядку зміни цільового призначення. Держсільгоспінспекція обстежує земельні ділянки, яким заподіяна шкода внаслідок їх використання не за цільовим призначенням, визначає розмір шкоди, заподіяної внаслідок використання земельних ділянок не за цільовим призначенням і вживає заходи, спрямовані на її відшкодування в установленому законодавством порядку.

Таким чином, контрольні функції стосовно забезпечення цільового використання земель в Україні здійснюються декількома спеціальними органами виконавчої влади різними за статусом і компетенцією, що негативно впливає на ефективність їх діяльності.

П. Кулинич обґрунтовує створення також Державної служби охорони ґрунтів, яка б здійснювала контроль за дотриманням законодавства щодо охорони родючості ґрунтів, що опосередковано стосується забезпечення цільового використання сільськогосподарських земель [1, с. 562–563].

Викладене дозволяє зробити **висновок** про необхідність удосконалення законодавства стосовно повноважень органів, що забезпечують цільове використання земель, у тому числі прийняття закону або відповідних змін до ЗК Ук-

раїни щодо порядку встановлення та зміни цільового призначення, в якому слід комплексно врегулювати питання процедури встановлення та зміни цільового призначення, компетенцію органів, повноважних приймати рішення з цих питань, перелік необхідних документів, підстави відмови тощо.

Питання правового регулювання діяльності державних органів, що здійснюють контроль за використанням (у тому числі за цільовим призначенням) земель все ще перебуває у стані реформування і може відбуватися різними шляхами: як створення єдиного органу контролю (в такому разі необхідно прийняти нормативний акт, який би визначив компетенцію такого органу та процедуру здійснення контролю – строки, повноваження посадових осіб, оформлення документів тощо) або, що на даний момент більш вірогідно, розподіл повноважень щодо контролю між декількома органами з необхідністю чіткого розмежування їх компетенції, визначення єдиної процедури здійснення контролю, що в будь-якому випадку передбачає необхідність внесення змін до Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель».

Що стосується планів зонування та детальних планів території, то, на нашу думку, в законі слід передбачити автоматичне (без проходження відповідної процедури) приведення у відповідність цільового призначення земельної ділянки до вимог зони та повну заборону зміни цільового призначення у випадках, якщо цільове призначення не відповідає зоні, або можливість його зміни за наявності спеціального дозволу; в інших випадках зміна цільового призначення має бути максимально спрощена або навіть не обов'язкова, якщо не суперечить умовам та обмеженням, встановленим для зони. Викладене стосується лише випадків, коли затверджено план зонування населених пунктів і лише в межах населених пунктів, що може бути одним із способів стимулювання прийняття планів зонування.

Список використаних джерел

1. Кулинич П. Ф. Правові проблеми охорони і використання земель сільськогосподарського призначення в Україні. – К., 2011. – 688 с.
2. Ріпенко А. І. Регулювання земельних відносин у містобудівному законодавстві України: тенденції та перспективи // Землепорядний вісник. – 2011. – № 5. – С. 24–30.

Стаття надійшла до редакції 27.09.2012 р.

This article is about condition of legal regulation of public authorities and local government in the field of provision of the special-purpose use of the lands and propose ways of their improvement.

В статтє определяется состояние правового регулирования органов государственной власти и местного самоуправления в сфере обеспечения целевого использования земель, предлагаются пути его совершенствования.



Ольга Мельничук,

канд. юрид. наук, доцент,
завідувач кафедри правознавства
Вінницького національного аграрного університету

ЮРИДИЧНІ ГАРАНТІЇ ПРАВА ЛЮДИНИ НА ОСВІТУ: загальнотеоретичний аналіз

У статті розглядається сутність юридичних гарантій права людини на освіту, пропонуються їх авторська дефініція, ознаки та класифікація.

Ключові слова: юридичні гарантії, право людини на освіту, ознаки юридичних гарантій, класифікація юридичних гарантій.

Загальновизнаною можна вважати думку, що реальність прав і свобод забезпечують саме гарантії, без яких можливості людини залишаються деклараціями. Гарантії прав і свобод людини виконують забезпечувальну функцію щодо їх реалізації, чим і наділяють останніх цінністю для кожного та суспільства загалом. Тому досліджувати юридичну природу права людини на освіту без аналізу умов і засобів, що їх гарантують, недоцільно.

Усвідомлюючи значимість гарантій для реалізації права людини на освіту, вчені з тією чи іншою мірою глибини, в межах предмета свого дослідження, зосереджують увагу на висвітленні їх поняття та видів. Вивченню цього питання присвятили свої праці В. Боняк, М. Курко, Т. Матюшева, К. Романенко, Т. Румянцева, С. Серьогіна, М. Смирнова, О. Стульникова, Н. Третяк та ін. Значний науковий інтерес до означеної проблеми потребує уточнення поняття, сутності юридичних гарантій права людини на освіту, визначення їх ознак і критеріїв для класифікації.

Метою цієї статті є з'ясування поняття, сутності, ознак і класифікації юридичних гарантій права людини на освіту.

Складний комплексний характер інституту юридичних гарантій права людини на освіту зумовлює існування різних точок зору вчених на цю проблему. Так, на думку С. Серьогіної, юридичними гарантіями конституційного права на вищу освіту є закріплені законодавчо засоби, які безпосередньо забезпечують можливість правомірної реалізації загальних умов прав людини у сфері вищої освіти, а також охорону прав особи під час її здобуття [1, с. 103]. На нашу думку, дещо некоректним є твердження дослідниці про забезпечення юридичними гарантіями можливості реалізації загальних умов прав людини, адже реалізуються не умови, а право людини на освіту.

К. Романенко, розмірковуючи про зміст юридичних гарантій здійснення права на освіту, відносить до них ті, що пов'язані з діяльністю держави: організаційно-правові форми навчання, створення різних типів загальноосвітніх і професійних навчальних закладів, організація різних форм навчання в існуючих типах освітніх закладів, формування ринку освітніх послуг і комерційних форм навчання тощо [2, с. 165]. Безумовно, підтримуємо дослідницю в тому, що ці державні заходи є суттєвими для втілення людиною права на освіту, але вони не єдині.

Дещо обмежено розуміє юридичні гарантії права людини на освіту В. Рибаківа, яка відносить до них: правові норми, що закріплюють право на освіту, його зміст і обсяг; юридичну відповідальність; юридичний захист [3, с. 134]. Такий підхід звужує сутність можливих юридичних засобів для гарантування права людини на освіту. В аналізованому твердженні не передбачається місця для інших видів юридичних засобів, які, все ж не обмежуються лише правовими нормами та правохоронною діяльністю.

Викладене свідчить, що дослідники гарантій права людини на освіту, як правило, зводять їх до законодавства або діяльності державних органів у сфері освіти. Ми не можемо погодитися з такою точкою зору, адже юридичними гарантіями є не лише правові засоби, закріплені в законах чи інших правових актах. Безперечно, цей факт є суттєвою ознакою юридичних гарантій, що робить їх значимими й ефективними, проте така думка збіднює їх поняття та зводить їх тільки до законодавства. При цьому не враховується роль інших правових засобів, які жодним чином не обмежуються нормативно-правовими актами.

Свого часу М. Вітрук наголошував на тому, що юридичні гарантії прав і обов'язків особистості не вичерпуються засобами боротьби з порушеннями цих прав і обов'язків. Вони охоплюють закріплені в праві засоби, що за-

безпечують реалізацію прав і обов'язків особистості [4, с. 205]. Радянські вчені дійшли висновку, що до юридичних гарантій необхідно віднести всю систему правових норм, правову ідеологію та правову психологію суспільства, систему юридичних відносин і зв'язків [5, с. 72]. На думку С. Братуся, власне право, як таке, в багатоманітних проявах слід розуміти юридичними гарантіями [6, с. 80].

На нашу думку, цінним для розуміння юридичних гарантій є те, що вони врегульовані правом, яке дозволяє зробити їх офіційними, загальнообов'язковими. Однак до змісту юридичних гарантій права людини на освіту необхідно включати не лише правові засоби матеріального буття, а й ті, що пов'язані з інтелектуальною діяльністю особи. Адже найякісніший закон може залишитися декларацією у випадку його незнання або ігнорування суб'єктами права. Це стосується не лише володільців права на освіту, а й інших учасників освітніх правовідносин. На наше переконання, об'єктивні та суб'єктивні юридичні засоби, взяті в єдності, використовуються учасниками освітніх правовідносин на стадії як власне реалізації права людини на освіту, так і його захисту. Навіть у випадку, коли особа, яка навчається, через малолітство, девіантну поведінку або інші законодавством передбачені підстави не може активно діяти, щоб реалізувати своє право на освіту, то повноваження щодо забезпечення дитині здобуття дошкільної або повної загальної освіти, що є обов'язковою, покладається на батьків або осіб, які їх замінюють.

З огляду на викладене, можна запропонувати таку дефініцію юридичних гарантій права людини на освіту: *юридичні гарантії права людини на освіту – це система правових засобів, що забезпечують повноцінну реалізацію, захист і охорону права людини на освіту.*

Сутність юридичних гарантій права людини на освіту потребує з'ясування їх ознак. Слід зазначити, що, попри важливість досліджуваної проблеми, в юридичній науці це питання висвітлене недостатньо. У зв'язку з цим звернімося до ознак конституційно-правових гарантій прав і свобод людини та громадянина, які пропонує Т. Заворотченко. Дослідниця вважає ними: вираження міри свободи; системність; фундаментальність; постійний характер; значущість; державну забезпеченість; універсальність; пріоритетність; загальність та індивідуальність; рівність і справедливність [7, с. 112]. Заслужують на увагу й специфічні ознаки, досліджені Н. Пархоменко, які на її думку, дають змогу розмежувати різні види гарантій. Це, зокрема, особливий об'єкт гарантування, особливі державні механізми забезпечення – створення спеціальних державних органів, наділених організаційни-

ми та контролюючими повноваженнями, а також надання органам загальної компетенції особливих окремих повноважень у сфері гарантування відповідних прав і свобод [8, с. 25].

Близькою до предмета нашого дослідження є позиція Т. Матюшевої, яка з'ясовуючи сутність державних гарантій забезпечення доступності освіти для дітей із спеціальним соціальним статусом, окреслила їх ознаки. Так, до характеристик юридичних гарантій конституційного права на освіту дослідниця відносить їх багаточисельність; різноманітність; закріплення в нормах законодавства; конкретизацію конституційного права на освіту; встановлення порядку здійснення даного права [9, с. 27].

На нашу думку, в ознаках юридичних гарантій мають бути виражені найсуттєвіші характеристики, тобто те, що робить їх особливими, по-перше, у порівнянні з загальними умовами; по-друге, з подібними до них юридичними гарантіями інших прав людини. Тому, перш за все, необхідно відштовхуватися від їх поняття, в якому й виражається сутність гарантій. У зв'язку з цим вважаємо, що істотною властивістю юридичних гарантій права на освіту є їх правовий характер. Адже вони врегульовані правом і цим відрізняються від загальних умов забезпечення прав і свобод людини.

Виділяючи ознаки юридичних гарантій права людини на освіту доцільно підкреслити, що ними є *правові засоби*, які складаються з правових явищ-інструментів і правових явищ-дій. Вважаємо, саме такі властивості юридичних гарантій права людини на освіту вигідно підкреслюють різницю відносно загальних умов забезпечення.

Не можна обійти увагою й такі ознаки, як *конкретизація права людини на освіту та встановлення порядку його здійснення у правових актах*. Саме ці ознаки забезпечують «зниження рівня абстрактності, декларативності у конституційних формулюваннях змісту й обсягу» [10, с. 70] права людини на освіту.

Юридичні гарантії права людини на освіту виділяє й *наявність особливих державних і громадських інституцій*, створених для здійснення управління та контролю у сфері освіти, а також *надання державним органам загальної компетенції певних повноважень для забезпечення права людини на освіту.*

Аналізованими нами гарантіям, у порівнянні з юридичними гарантіями інших прав і свобод людини та громадянина, властиво те, що вони неодмінно забезпечують реалізацію, захист та охорону не будь-якої потреби людини, а саме права на освіту. Тому логічно визнати таку ознаку юридичних гарантій права людини на освіту, як *особливий об'єкт гарантування* – здобуття знань, умінь, навичок, формування особистісних властивостей.

Велике значення для з'ясування сутності гарантій права людини на освіту має їх наукова класифікація. Вітчизняні вчені поділяють юридичні гарантії за різними критеріями: *за змістом* (матеріальні, процесуальні, організаційні); *за юридичним статусом* (міжнародно-правові та національні; конституційні і галузеві); *за основним суб'єктом їх забезпечення* (державні, міжнародні, за участю громадських об'єднань і самих громадян) [11, с. 246].

Т. Заворотченко здійснила класифікацію конституційно-правових гарантій прав і свобод людини та громадянина на нормативно-правові й організаційно-правові [7, с. 111], яка може застосовуватися для аналізованого нами права. *Нормативно-правовими гарантіями* визнається сукупність правових норм, за допомогою яких забезпечується реалізація, захист і охорона права людини на освіту. До *організаційно-правових гарантій* належать механізм держави, органи місцевого самоврядування, посадові особи, політичні партії та громадські організації, засоби масової інформації, міжнародні правозахисні організації й їх діяльність у сфері правотворчості, правозастосування, спрямована на створення сприятливих умов для реалізації права на освіту.

М. Вітрук систематизував юридичні гарантії на дві групи – *гарантії реалізації* та *гарантії охорони (захисту)* [4, с. 205–217]. Юридичними гарантіями реалізації прав і обов'язків особистості він вважає закріплені законодавством конкретизацію меж прав, обов'язків і законних інтересів; юридичні факти, з якими пов'язується їх реалізація; процесуальні форми реалізації прав, обов'язків і законних інтересів; заходи заохочення та пільги для стимулювання правомірної ініціативної їх реалізації. Гарантіями охорони прав і обов'язків особистості, на думку М. Вітрука, є заходи нагляду та контролю за правомірністю поведінки суб'єктів права з метою виявлення випадків правопорушень; заходи припинення й інші правоохоронні заходи; процесуальні форми охорони прав і обов'язків (у тому числі форми застосування правоохоронних заходів); заходи профілактики та попередження правопорушень. Вважаємо, що цю класифікацію правомірно застосувати й до гарантій права людини на освіту.

На нашу думку, існуючу класифікацію юридичних гарантій права людини на освіту доцільно доповнити іншими критеріями. Правомірним буде застосувати до означеної систематизації гарантій поділ їх на групи за такою підставою, як правові акти. Відповідно юридичними гарантіями права людини на освіту можна визнати *нормативно-правові, індивідуальні та інтерпретаційні юридичні акти*. Адже стан їх якості, відповідності рівню розвитку суспільних відносин безпосередньо

визначає гарантованість права людини на освіту.

Крім того, залежно від правових форм діяльності держави й інших уповноважених суб'єктів юридичні гарантії права людини на освіту можна класифікувати як правотворчість, правозастосування, правотлумачення. Безумовно, ефективність діяльності держави, уповноважених суб'єктів у цих правових формах є відображенням рівня забезпеченості аналізованого права.

Вважаємо, що юридичні гарантії права людини на освіту можна класифікувати за таким критерієм, як онтологічний статус. У зв'язку з цим доцільно виділити *гарантії сфери правосвідомості* (знання своїх прав і обов'язків, переконаність у цінності людини та необхідності задоволення її прав, розуміння юридичних понять і здатність їх інтерпретації тощо) та *гарантії матеріального світу* (правові норми, юридичні факти, правові акти, діяльність державних органів, громадських організацій, самої особи тощо). У свою чергу, гарантії обох зазначених сфер можна поділити ще на два види: *гарантії-інструменти* (юридичні поняття, принципи, норми права тощо) та *гарантії-діяння* (процес юридичної кваліфікації, позовна заява до суду, рішення суду тощо).

До класифікації аналізованих гарантій доцільно застосувати такий критерій, як суб'єктивна сторона правової дійсності. За цією підставою юридичні гарантії права людини на освіту можна розмежувати на правосвідомість, суб'єктивні елементи правової культури, правову доктрину. Їх рівень розвитку як в окремій особі, так і суспільстві відіграє безпосередню роль у процесі реалізації права людини на освіту.

Висновки

Проведене дослідження свідчить, що *юридичними гарантіями права людини на освіту є система правових засобів, що забезпечують повноцінну реалізацію, захист і охорону означеного права*.

Ознаками юридичних гарантій права людини на освіту є: правовий характер, що надає гарантіям властивостей права; наявність правових засобів забезпечення – явищ-інструментів і явищ-дій (як матеріальної сфери, так і сфери правосвідомості); конкретизація права людини на освіту та встановлення порядку його реалізації в правових актах; функціонування особливих державних і громадських інституцій, створених для здійснення управління та контролю у сфері освіти, а також надання державним органам загальної компетенції певних повноважень для забезпечення права людини на освіту; особливості об'єкта

гарантування – здобуття знань, умінь, навичок, формування особистісних властивостей.

Наукову класифікацію юридичних гарантій права людини на освіту доцільно доповнити такими критеріями, як правові акти, правові форми діяльності держави й інших уповноважених суб'єктів, онтологічний статус, що забезпечить глибше розуміння сутності досліджуваного явища.

Список використаних джерел

1. *Серегина С. Л.* Конституционное право на высшее образование в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – 198 с.
2. *Романенко К. М.* Конституційне право громадянина на освіту в Україні: стан і тенденції розвитку: дис. ... канд. юрид. наук. – Запоріжжя, 2008. – 213 с.
3. *Рыбакова В. В.* Конституционное право на общее образование в Российской Федерации: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2005. – 218 с.

4. *Витрук Н. В.* Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М., 1979. – 229 с.

5. *Реализация прав граждан в условиях развитого социализма / Е. В. Аграновская, Н. В. Витрук, Л. Н. Завадская и др.* – М., 1983. – 264 с.

6. *Братусь С. Н.* Юридическая ответственность и законность: Очерк теории. – М., 1976. – 215 с.

7. *Заворотченко Т. М.* Система конституційно-правових гарантій прав і свобод людини і громадянина в Україні // Право України. – 2002. – № 5. – С. 110–115.

8. *Пархоменко Н. М.* Теоретико-правові засади забезпечення права людини за Конституцією України // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2012. – № 2. – С. 22–26.

9. *Матюшева Т. Н.* Государственные гарантии обеспечения доступности образования для детей со специальным социальным статусом // Право и образование. – 2011. – № 6. – С. 21–28.

10. *Рабінович П.* Конституційні гарантії прав людини і громадянина: напрями удосконалення // Вісник Конституційного Суду України. – 2011. – № 1. – С. 66–74.

11. *Рабінович П. М., Хавронюк М. І.* Права людини і громадянина. – К., 2004. – 464 с.

Стаття надійшла до редакції 01.10.2012 р.

The article deals with the nature of legal guarantees of the right to education, offers the author definition, characteristics and classification.

В статье рассматривается сущность юридических гарантий права человека на образование, предлагается их авторская дефиниция, признаки и классификация.



Тетяна Мілова,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри правознавства Кіровоградського державного
педагогічного університету ім. Володимира Винниченка

КОНСТИТУЦІЙНІ ПРИНЦИПИ РЕГУЛЮВАННЯ ДУХОВНО-ЕТИЧНИХ ТА ІДЕОЛОГІЧНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

У статті досліджуються проблеми культурної (духовної) системи основ конституційного ладу України, зокрема конституційні принципи регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин, висвітлюється зміст означених принципів, аналізуються можливі наслідки розбалансованої дії окремих із них.

Ключові слова: основи конституційного ладу України, культурна (духовна) система основ конституційного ладу України, конституційні принципи, духовно-етичні відносини, ідеологія, ідеологічні відносини.

Конституція України 1996 р. закріпила найважливіші інституційні засади та принципи існування суверенної Української держави. Подальша реалізація конституційних положень сприяла становленню України як демократичної, соціальної, правової держави, розвитку громадянського суспільства та запровадженню демократичних засад суспільного життя.

Проте сучасна вітчизняна політико-правова думка все більше схиляється до необхідності реформування Основного Закону, оскільки він уже не повною мірою відповідає сучасному рівню суспільних відносин і світовим тенденціям. У зв'язку з цим вкрай актуальним є дослідження всієї системи суспільних відносин, що передбачені та гарантовані Конституцією.

Слід констатувати, що серед усіх конституційних основ проблемам духовного життя суспільства приділяється найменше уваги. У сучасній науці конституційного права проблема духовної (культурної) системи основ конституційного ладу є однією з маловивчених. Отже, дослідження цієї системи, у тому числі окремих її елементів набуває особливої практичної значення в умовах нового етапу конституційного процесу.

Основні принципи конституційного ладу досліджували такі науковці як В. Журавський, А. Колодій, В. Копейчиков, Ю. Тодика, О. Фрицький, В. Шаповал та ін. Ряд вітчизняних учених-конституціоналістів, виокремлюючи інститут основ суспільного ладу України, розкривали зміст окремих притаманних йому принципів (А. Георгіца, В. Погорілко, О. Совгіря, В. Федоренко, Ю. Шемшученко, Н. Шукліна та ін.). Однак питання щодо конституційних принципів регулюван-

ня виключно духовно-етичних та ідеологічних відносин на вітчизняному рівні розглянуті лише фрагментарно.

Мета цієї статті полягає в аналізі наукових праць і чинного законодавства з точки зору закріплення та змісту основних конституційних принципів регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин в Україні.

У демократичній, правовій державі конституційне регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин є мінімальним за своєю суттю. Інакше бути просто не може. Яскравим прикладом руйнівної дії правового регулювання у сфері ідеології суспільства є положення всіх без винятку радянських конституцій, які закріплювали пріоритет соціалістичних суспільних цінностей. За такого ідейно-політичного монізму державі значно легше було виконувати свої завдання та функції. Вона не стикалася з організованою опозицією, не потрібне було проведення виборів на альтернативній основі, не було проблем із пресою тощо [1, с. 576–577].

В умовах демократичного суспільства при детальному підході до конституційної регламентації питань духовно-морального й ідеологічного характеру можливий прямо протилежний результат, а саме – дестабілізація суспільства, утиск прав і свобод людини та громадянина в духовній сфері, національно-культурні заворушення тощо, що вже мало місце в історії української держави у XX ст. Тому в цьому питанні необхідно знайти баланс між конституційною регламентацією духовних (культурних) відносин та їх оптимальною реалізацією. За таких об'єктивних умов особливого значення набувають конституцій-

ні принципи, що визначають зміст і спрямованість правового регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин.

Категорія «принцип» у сучасній юридичній науці тлумачиться у двох значеннях: це основні засади, вихідні ідеї, що характеризуються універсальністю, загальною значущістю, вищою імперативністю та відображають суттєві положення теорії, вчення, науки, системи внутрішнього і міжнародного права, політичної, державної чи громадської організації; це внутрішні переконання людини, що визначає її ставлення до дійсності, суспільних ідей і діяльності [2, с. 111–112]. Іншими словами, принципи як категорія права одночасно залежать як від об'єктивних, так і суб'єктивних чинників. Проектуючи таку позицію на сферу духовно-етичних та ідеологічних відносин слід зазначити, що, з одного боку, принципи права об'єктивізують закономірності духовної (культурної) сфери суспільства, а з іншого – визначають мету та завдання права щодо найефективнішого, хоч і мінімального, регулювання означених суспільних відносин.

В основі духовно-етичних та ідеологічних відносин лежать як загальні принципи основ конституційного ладу, так і особливі принципи, характерні для інституту основ суспільного ладу, зокрема сфери регулювання духовних (культурних) відносин. Серед останніх заслуговують на увагу принцип конституційності, законності; принцип демократизму; принцип вільного розвитку своєї особистості; принцип взаємної відповідальності особи та держави; принцип гуманізму; принцип політичної, економічної й ідеологічної багатоманітності (плюралізму); принцип етнічної багатоманітності суспільства та політичної єдності українського народу; принцип відділення церкви і релігійних організацій від держави, а школи від церкви; принцип соціальної справедливості; принцип гарантованості суспільного ладу та ін.

Принцип конституційності, законності передбачає, що основні положення організації і функціонування духовно-етичних та ідеологічних відносин у суспільстві визначаються і гарантуються Конституцією України, а деякі з них – законами. Конституційне регулювання духовного життя, на відміну від політичного, економічного зачіпає лише найзагальніші основи та принципи, оскільки в демократичному суспільстві держава не повинна втручатися у внутрішній світ особи, намагатися контролювати думки, почуття і свідомість людини. Держава покликана створювати умови та гарантії для духовної, ідеологічної діяльності, розвитку освіти, науки, культури, релігії тощо.

Принцип вільного розвитку своєї особистості (ст. 23 Конституції), який є одним із

основоположних положень гуманізму, надає особі можливість використовувати права та свободи у власних інтересах, на свій розсуд розвивати свої здібності в духовній сфері. Іншими словами, людина може вільно займатися літературною, художньою, науковою або будь-якою іншою діяльністю, реально здійснювати своє право на таку діяльність в умовах режиму законності та правопорядку.

Принцип взаємної відповідальності особи і держави (ст. 3 Конституції) пронизує всю систему суспільних відносин, у тому числі відносини, пов'язані з духовно-етичною й ідеологічною сферою. Адже гармонійне поєднання інтересів держави, суспільства й особи, взаємна відповідальність особи перед державою і держави перед особою є необхідною умовою нормального розвитку духовно-етичних та ідеологічних відносин у рамках демократичної держави. Результатом розбалансованої дії цього принципу в духовній сфері можуть бути: зростання взаємного відчуження держави й особи, суспільства й особи, держави та недержавних суспільних структур; поширення різних форм зловживання представниками влади та чиновниками різних рівнів своїми повноваженнями і ресурсами держави; зростання недовіри громадян до влади і державних засад [3, с. 25–26].

Принцип політичної, економічної й ідеологічної багатоманітності (плюралізму) (ст. 15 Конституції) несе в собі базову опору демократичного суспільства. В рамках загального принципу виділяються три його складові: політична, економічна й ідеологічна. Ідеологічна багатоманітність є найбільш ємною з усіх, оскільки передбачає відповідне різноманіття ідеологій, гарантуючи цей принцип паралельною заборонаю визнавати будь-яку ідеологію державною, тобто обов'язковою для всіх. Принцип ідеологічного плюралізму є розвитком таких невід'ємних прав людини, як права на свободу думки, слова, інформації, свободу совісті та віросповідання. Це положення відповідає принципам, що закріплені Міжнародним пактом про громадянські та політичні права 1966 р. (статті 18, 19) та Європейською Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (п. 1 ст. 10).

У переважній більшості конституцій країн Заходу, а також Сходу та Латинської Америки положень про ідеологічну багатоманітність немає (з різних причин). У демократичному суспільстві, зокрема, ідеологічний плюралізм передбачається його природним станом. Положення про ідеологічний і культурний плюралізм уведено до конституцій лише в останні десятиріччя як реакція на практику тоталітарних режимів. Так, ст. 13 Конституції РФ встановлює, що у Російській Федерації «визначається ідеологічна різноманітність»

і «ніяка ідеологія не може бути встановлена як державна чи обов'язкова». Згідно із ст. 12 Конституції Узбекистану у Республіці Узбекистан суспільне життя розвивається на основі різноманітності політичних інститутів, ідеологій і думок. Ніяка ідеологія не може встановлюватися як державна. Аналогічні положення є в конституціях Словаччини (ст. 1), Молдови (ст. 5), Чехії (ст. 2) та інших країн [4, с. 150–151].

У той самий час, як свідчить досвід сучасних демократичних держав, зазначений принцип не є абсолютним. В окремих випадках можуть встановлюватися визначені, інколи вельми істотні, державні обмеження в ідеологічній сфері, формах і методах сповідання певних політичних поглядів, переконань. У цьому аспекті заслуговує на увагу досвід європейських держав, в яких, особливо останніми роками, доволі істотно засуджується комуністичний режим і його ідеологічні засади. У багатьох країнах взагалі діє заборона на комуністичну ідеологію. Так, у Польщі, наприклад, 27.11.2009 р. Президент схвалив відповідний законопроект, який передбачає кримінальну відповідальність за володіння або покупку комуністичних символів. Згідно з цим документом, будь-яка особа, яка володіє, продає або поширює речі чи записи, що містять символіку комунізму, може бути оштрафована або засуджена до тюремного ув'язнення на строк до двох років (від відповідальності звільнені ті, хто використовує ці символи з художніми й освітніми цілями, а також колекціонери комуністичної атрибутики).

Сейм Латвії прийняв «Декларацію про засудження тоталітарного комуністичного окупаційного режиму Союзу Радянських Соціалістичних Республік, що здійснювався в Латвії» від 12.05.2005 р.

Парламентська асамблея Ради Європи, на розвиток своєї колишньої Резолюції № 1096 (1996 р.), ухвалила Резолюцію «Необхідність міжнародного засудження злочинів тоталітарних комуністичних режимів» 25.01.2006 р. (Резолюція Ради Європи № 1481), яка повинна відновити історичну справедливість, засудивши злочини комуністичних режимів (як у Нюрнберзі були засуджені злочини фашизму) [5].

Слід зазначити, що за роки незалежності в Україні були спроби заборонити пропаганду комуністичної ідеології. Так, 30.08.1991 р. Президія Верховної Ради України заборонила діяльність Комуністичної партії України (далі – КПУ), але 29.12.2001 р. Конституційний Суд України визнав це рішення неконституційним, оскільки, на думку Конституційного Суду, КПУ не є правонаступницею КПРС. Наступна спроба (01.11.2005 р.) була коли народний депутат О. Тягнибок зареєстрував

у парламенті законопроект «Про заборону комуністичної ідеології в Україні», але і цей законопроект був відхилений у першому читанні. 1 грудня 2009 р. У Верховній Раді України був зареєстрований законопроект (01.12.2009 р.), автори якого пропонували заборонити пропаганду комуністичної ідеології в будь-якому її вигляді, ліквідувати символи тоталітарного та комуністичного режимів, а також діяльність КПУ. На думку розробників, такий закон необхідний для того, щоб не допустити в Україні повторення «злочинів комунізму», зокрема голодомору 1932–1933 рр. Разом із тим представники КПУ стверджують, що згідно з Конституцією, в Україні дозволено сповідати будь-яку ідеологію [6]. Такий аргумент є вагомим і відповідає за формою та змістом ст. 15 Конституції, але остаточне рішення цього питання значною мірою залежить від багатьох інших, перш за все політичних, чинників. Тому важко не погодитися з думкою О. Турсункулова, згідно з якою з метою стабільного розвитку державно-правового простору функціонуючі політичні та правові інститути не лише повинні відповідати вирішуваним загальнонаціональним цілям і завданням, а й мати духовно-моральну і соціокультурну обґрунтованість, виправданість [7, с. 3].

Принцип ідеологічної багатоманітності передбачає також свободу об'єднання в громадські організації, надає можливість громадянам України об'єднуватися для задоволення та захисту своїх законних соціальних, економічних, творчих, вікових, національно-культурних, спортивних та інших спільних інтересів (ст. 3 Закону України «Про об'єднання громадян» від 16.06.1992 р. № 2460-XII). При цьому Конституція України (ч. 5 ст. 36) закріплює рівність об'єднань громадян перед законом. Принцип ідеологічного плюралізму, у свою чергу, має свої межі, оскільки будь-яка свобода не може бути безмежною. Межі такої свободи встановлюються через ряд заборонних норм у характері діяльності об'єднань громадян, передбачених ч. 1 ст. 37 Конституції України.

Принцип соціальної справедливості передбачає, що 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 (ст. 24 Конституції України). Конституція України надає рівні умови для розвитку кожної особистості, можливості застосування нею своїх здібностей у духовній (культурній) сфері на власну користь. Рівність прав жінки та чоловіка, тобто гендерна рівність, забезпечується наданням жінкам рівних із чоловіками можливостей у куль-

турній діяльності, у здобутті освіти, професійній підготовці, у праці та винагороді за неї тощо. Гендерна рівність також передбачає рівність прав, рівність можливостей і рівність результатів [8, с. 379–380]. На досягнення паритетного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства спрямований Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків», який запроваджує обов'язкове здійснення гендерно-правової експертизи чинного законодавства та проектів нормативно-правових актів. Важливе значення має також використання авторитетних наукових досліджень провідних юристів-теоретиків і практиків.

Безумовно, проаналізованими конституційними принципами не обмежуються положення й ідеї, характерні для сфери регулювання духовних відносин. Оскільки духовно-етичні та ідеологічні відносини є предметом конституційного регулювання, то в основу їх реалізації покладений увесь спектр принципів конституційного ладу України.

Висновки

На сьогодні питання принципів регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин в Україні є актуальним і малодослідженим.

Конституційні принципи регулювання духовно-етичних та ідеологічних відносин – це вихідні, керівні, незаперечні положення й ідеї концептуального характеру, що задекларовані у нормах Конституції України та доповнені законодавчими і підзаконними актами відповідно до змісту основоположних норм міжнародних нормативно-правових актів у духовній (культурній) сфері, які визначають зміст конституційно-правового регулювання з метою забезпечення ефективного функці-

онування духовно-етичних та ідеологічних відносин.

Розкриття змісту основних конституційних принципів регулювання духовної сфери суспільних відносин дозволяє виявити особливості саме конституційного регулювання означених відносин і проаналізувати наслідки розбалансованої дії окремих принципів для держави та суспільства.

Список використаних джерел

1. Милова Т. Н. Духовно-нравственные и идеологические отношения как предмет конституционного регулирования // Курс конституционного права Украины: Т. 2 / Под ред. М. А. Баймуратова, А. В. Батанова. – О., 2012. – 800 с.
2. Юридична енциклопедія: В 6 т. – К., 2003. – Т. 5. – 733 с.
3. Беспаленко П. Н. Духовная безопасность в системе национальной безопасности современной России: проблемы институционализации и модели решения: автореф. ... д-ра полит. наук. – Ростов н/Д., 2009. – 60 с.
4. Георгіца А. З. Конституційне право зарубіжних країн. – Чернівці, 2000. – 424 с.
5. *Ленина на свалку, за серп и молот в тюрьму?* [Электронный ресурс] // ForUm – самое цитируемое Интернет-издание. Главные новости Украины и мира. – Режим доступа: <http://for-ua.com/comments/2009/11/30/100618.html>.
6. *Коммунистам не обещают светлого будущего: в Украине запретят коммунистическую идеологию* [Электронный ресурс] // ForUm – самое цитируемое Интернет-издание. Главные новости Украины и мира. – Режим доступа: <http://for-ua.com/politics/2009/12/01/125018.html>.
7. Турсункулов А. Б. Национально-культурная легитимация и легализация институтов российской государственной власти: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов н/Д., 2006. – 27 с.
8. *Проблеми реалізації прав і свобод людини та громадянина в Україні* / За ред. Н. М. Оніщенко, О. В. Зайчука. – К., 2007. – 424 с.

Стаття надійшла до редакції 12.11.2012 р.

The article analyzes the problems of cultural (spiritual) system of fundamentals of the constitutional system of Ukraine, the constitutional principles of regulation of the spiritual-moral and ideological relations in particular; it covers the content of abovementioned principles and analyzes possible effects of unbalanced action of some of them.

В статье исследуются проблемы культурной (духовной) системы основ конституционного строя Украины, в частности конституционные принципы регулирования духовно-нравственных и идеологических отношений, освещается содержание указанных принципов, анализируются возможные последствия разбалансированного действия отдельных из них.



УДК 340+35.078.3

Леонтій Чистоклетов,

канд. юрид. наук,

доцент кафедри адміністративного, конституційного та міжнародного права
Львівського державного університету внутрішніх справ

РОЛЬ ОРГАНІВ ВНУТРІШНІХ СПРАВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ СУБ'ЄКТІВ ГОСПОДАРЮВАННЯ

У статті аналізуються завдання органів МВС у забезпеченні економічної безпеки суб'єктів господарювання, роль органів внутрішніх справ у забезпеченні економічної безпеки підприємства, досліджується їх місце у процесі формування цивілізованого ринку та бізнесу.

Ключові слова: економічна безпека, діяльність органів внутрішніх справ.

На загрози економічній безпеці припадає понад 90 % усіх видів реальних загроз. Більше того, як зазначалося на парламентських слуханнях «Про стан та перспективи розвитку Воєнної організації та сектора безпеки України» 23.05.2012 р., внутрішні загрози національній безпеці України зосереджені передусім в економічній сфері. В умовах ринкових відносин, коли держава вже не несе відповідальності за результати фінансово-господарської діяльності підприємства, забезпечення економічної безпеки стає однією з найважливіших і актуальних проблем її діяльності. Світова та вітчизняна економічна криза підсилює небезпеку і загрозу зіткнення підприємства з рейдерськими захопленнями, протиправними діями недобросовісних конкурентів, злочинними зазіханнями на інтелектуальну власність і комерційну таємницю, злочинами у фінансово-економічній сфері.

Забезпечення економічної безпеки різних суб'єктів господарювання є одним із найважливіших завдань органів державної влади, місцевого самоврядування, інших органів та організацій, оскільки вони покликані гарантувати такі відносини у суспільстві, за яких здійснюється їх захист і поступовий прогресивний розвиток. Ці завдання здійснюють державні органи, у більшому або меншому обсязі залежно від завдань, що стоять перед ними.

Особлива роль у практичному забезпеченні економічної безпеки суб'єктів господарювання належить органам внутрішніх справ (далі – ОВС), які є невід'ємною частиною державного механізму, складовою ланкою системи виконавчих органів державної влади. Основною метою розвитку системи МВС України є забезпечення надійного захисту

особи, суспільства та держави від злочинних посягань.

За даними Pricewaterhouse Coopers із Всесвітнього огляду економічних злочинів у 2011 р., загалом від економічних злочинів фінансові збитки України у 2011 р. становлять від 100 тис. до 5 млн дол. США. При цьому кожна п'ята особа, яка вчинила шахрайство, покарання не понесла. У 20 % випадків компанії не вживали проти шахраїв жодних заходів. В Україні у 2011 р. 40 % посадових економічних злочинів припадало на вище керівництво, на керівників середньої ланки – 40, 20 % – на молодший склад компаній [1]. Подібні факти зумовлюють необхідність пошуку оптимальних напрямів взаємодії суб'єктів господарювання з правоохоронними структурами та визначення ролі останніх у забезпеченні економічної безпеки підприємств.

Основою написання цієї статті є аналіз норм сучасного національного законодавства, а також науковий доробок вітчизняних і зарубіжних авторів, серед яких заслуговують на увагу праці В. Білоуса, В. Антипова, О. Пчеліної.

Метою цієї статті є загальнотеоретичний аналіз діяльності органів МВС України із забезпечення економічної безпеки суб'єктів господарювання.

Як свідчить практика та зарубіжний досвід, у нейтралізації кримінальних явищ і боротьбі із злочинністю провідне місце посідають правоохоронні органи. Від їх компетентності, оперативності та професіоналізму залежить дуже багато.

Конституція України визначила юридичну базу гарантій законності – всі державні ор-

гани, їх посадові особи, об'єднання громадян, інші суб'єкти права повинні діяти в межах Конституції та відповідно до законів України (статті 6, 8); громадянам гарантується звернення до суду для захисту своїх конституційних прав і свобод; прокуратурі надано право здійснювати нагляд за дотриманням законів органами, які ведуть дізнання, досудове слідство й оперативно-розшукову діяльність (п. 3 ст. 121). Для забезпечення конституційних прав громадян правоохоронним органам надано відповідний правовий статус, що визначає їх функції, завдання, права й обов'язки. Таким чином, в Україні започатковане формування самостійної політики правової держави в усіх сферах життєдіяльності суспільства, у тому числі щодо боротьби з економічною злочинністю, реформування в межах адміністративної реформи органів виконавчої влади, яким законодавчо надано відповідний правовий статус [2, с. 59].

Підрозділи МВС України відповідно до свого правового статусу здійснюють функції боротьби із злочинністю та корупцією; їх основними завданнями, згідно із ст. 2 Закону України «Про міліцію» від 20.12.1990 р., є забезпечення особистої безпеки громадян, захист їх прав і свобод, законних інтересів; запобігання правопорушенням та їх припинення; охорона і забезпечення громадського порядку; виявлення та розкриття злочинів, розшук осіб, які їх вчинили; забезпечення безпеки дорожнього руху; захист власності від злочинних посягань; виконання адміністративних стягнень; участь у наданні соціальної та правової допомоги громадянам, сприяння у межах своєї компетенції державним органам, підприємствам, установам і організаціям у виконанні покладених на них законом обов'язків.

Крім того, відповідно до ст. 5 Закону України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» від 30.06.1993 р. у структурі МВС України створені спеціальні підрозділи по боротьбі з організованою злочинністю, основним завданням яких є боротьба з проявами організованої злочинності та корупції.

Сучасний механізм ринкового регулювання економічних відносин значною мірою сприяє криміналізації господарської сфери. Результатом криміналізації економічної системи є підпорядкування економічної політики держави специфічним економічним інтересам кримінальних структур. Стрижнем, на основі якого сформувалася сучасна кримінальна структура, є тіньова економіка, тобто система економічних відносин поза правовим полем держави. Проте сьогодні виділення так званої

тіньової економіки втрачає сенс, оскільки практично криміналізується вся економічна система, суть якої полягає в насиченні економічних відносин суспільно-небезпечними методами та способами (як протиправними, так і не протиправними) ведення господарської діяльності [3, с. 103].

Незважаючи на посилену активність держави у боротьбі з кримінальним підприємництвом, результати поки що не дають підстав для задовільної оцінки. Найбільш небезпечним є не темп зростання різного роду економічних злочинів, а перехід економічної злочинності у нову якість, що зумовлює все більш реальну загрозу економічній безпеці нашої держави.

Заслугує на увагу те, що економічна злочинність сьогодні набула якісно нових властивостей. Лідери й авторитети кримінального світу створюють злочинні співтовариства, які активно впливають на підприємства й організації, що мають загальнодержавне значення. Цим співтовариствам більшою мірою властиві жорстка централізація, чітка дисципліна. Особливе занепокоєння викликає існування у цих співтовариствах таких атрибутів, як розвідка та контррозвідка, надсучасне технічне забезпечення, наявність загонів бойовиків (раніше ці атрибути могли бути властиві тільки державним організаціям). Це свідчить, що кримінальні співтовариства намагаються підмінити собою державу, взявши на себе її функції та владні повноваження. Така тенденція надзвичайно небезпечна, оскільки ставить під загрозу існування самої держави, перетворює її на «кримінально-синдикатну», тобто таку, що перебуває під владою корумпованих урядових бюрократів, політиків, бізнесменів і злочинців [4, с. 14]. Таким чином, проблема криміналізації економіки повинна розглядатися як одна з ключових проблем національної безпеки. У свою чергу, це означає, що подолання криміналізації економіки є не чисто відомчою проблемою ОВС, а набуває статусу загальнонаціонального завдання.

Провідним завданням ОВС є активна підтримка і захист здійснюваних у суспільстві перетворень: в економічній сфері – розвиток і зміцнення ринкових відносин; у соціальній – дотримання принципів соціальної справедливості; у духовній – відновлення загальнолюдських моральних і етичних норм; у політичній – проведення демократичних реформ. В економічній сфері перед ОВС поставлені такі завдання, як нейтралізація загроз економічній безпеці, боротьба з кримінальними проявами в економічній сфері й організованою злочинністю.

ОВС відіграє особливу роль у протидії економічним злочинам і забезпеченні економічної безпеки підприємства. Це зумовлено тим, що ОВС:

- здійснюють практично всі види правоохоронної діяльності: оперативно-пошукову роботу, слідство та дізнання, охорону громадського порядку, боротьбу з адміністративними правопорушеннями;

- глибше за інших вивчають ті явища, на тлі яких формується кримінальна злочинність, які зазвичай супроводжують економічну, у тому числі організовану, злочинність. Така різнобічна діяльність понад усе відповідає завданням боротьби з економічною злочинністю, оскільки ця діяльність охоплює широке коло життєво важливих громадських відносин. Це дозволяє вирішувати деякі завдання боротьби із злочинами, що зазіхають на економічну безпеку підприємства вже на стадії виявлення та вивчення причин злочинності;

- мають у розпорядженні відповідні кадрові й організаційно-технічні можливості. У системі МВС є мережа науково-дослідницьких і навчальних закладів, в яких здійснюється підготовка кадрів, ведуться прикладні та фундаментальні дослідження з проблем попередження злочинності, що зазіхають на економічну безпеку державних і приватних підприємств. У розпорядження ОВС надається необхідна статистична база даних.

Ефективність виконання основного завдання ОВС – (охорона правопорядку) залежить від структури МВС; цей елемент істотно впливає на якість виконання оперативно-службових завдань. Опосередкований вплив на процес забезпечення економічної безпеки суб'єктів господарювання справляє діяльність ОВС із:

- забезпечення громадського порядку як необхідної умови забезпечення економічної безпеки підприємства (створення умов для нормальної праці та відпочинку людей; створення і підтримка спокою, безпеки в громадських місцях; забезпечення безперервної діяльності закладів та організацій);

- боротьби з порушеннями громадського порядку (з порушеннями, що не є злочинами, із злочинними порушеннями й їх попередженням, припиненням і розкриттям, що сприяє встановленню нормальних громадських відносин у сфері економічної безпеки);

- розслідування інших правопорушень і злочинів, які наносять матеріальні збитки державі та господарюючим суб'єктам (дізнання та попереднє слідство).

Відповідно до зазначених напрямів діяльності в системі ОВС можна виділити основні

структурні галузеві підрозділи, що беруть участь у забезпеченні економічної безпеки підприємства: спеціальні підрозділи із боротьби з економічними та податковими злочинами, організованою злочинністю; міліція громадської безпеки; підрозділи попереднього слідства та позавідомчої охорони.

Успішне виконання завдань ускладнюється дублюванням функцій податкової міліції та МВС. На практиці розслідування більшу частину податкових злочинів вели ОВС. Що стосується функцій забезпечення економічної безпеки, то тут заслуговують на увагу правопорушення та злочини в економічній сфері, ухилення від сплати податків, їх приховування, що загрожують наповненню бюджету країни, тобто є загрозою економічній безпеці держави та, відповідно, стосуються кожного громадянина. Держава об'єктивно заінтересована в існуванні потужної правоохоронної структури, що результативно протидіє економічним і податковим злочинам.

Забезпечення економічної безпеки суб'єктів господарювання, на нашу думку, можливе шляхом створення нового об'єднаного блоку – спеціального органу з розслідування економічних і податкових злочинів у рамках МВС України. Зважаючи на те, що економічні злочини за незначними винятками безпосередньо пов'язані з податковими злочинами, основним завданням є об'єднання сил, спрямованих на виявлення, документування та розслідування економічних злочинів, щоб на стику всіх заінтересованих відомств не залишилося жодного шансу у порушників і злочинців. У даному ракурсі йдеться про консолідацію сил правоохоронних органів.

Слід зазначити, що поява нової потужної структури – загроза не для добросовісного платника податків, а для того, хто вчиняє економічні злочини. Сьогодні вихід на міжнародний ринок, позиціонування свого підприємства як перспективного споживача інвестицій неможливе без найсуворішої аудиторської міжнародної перевірки, де повна сплата податків державі – одна з обов'язкових умов ведення цивілізованого бізнесу. Йдеться не про «тотальний» контроль за платником податків, а лише про посилення протидії конкретним податковим та економічним злочинам.

Висновок

Ефективному виконанню поставлених перед ОВС завдань із попередження, виявлення та розкриття економічних і податкових злочинів могло б сприяти вирішення таких проблем:

застосування практичного досвіду та розроблення необхідних методик із попередження нових видів економічних правопорушень і злочинів на підприємствах;

удосконалення процесів ідентифікації протиправної діяльності, оскільки методи, які використовують злочинці, як правило, виявляються прийнятними у правозастосовній практиці. Це призводить, з одного боку, до бездіяльності при отриманні інформації про підготовку до вчинення правопорушення та злочину, а з іншого – до неправомірного втручання у господарську діяльність підприємств; взаємодія ОВС із усіма правоохоронними органами;

підвищення професійної підготовки співробітників ОВС, їх об'єктивна готовність працювати в умовах повної самостійності господарюючих суб'єктів і свободи підприємництва;

проведення на належному рівні перевірок фінансової діяльності та документальних ревізій не державних підприємств;

посилення соціальної захищеності співробітників ОВС.

Стаття надійшла до редакції 31.10.2012 р.

Analyzed the problem of Interior to provide economic security entities. The role of police in providing economic security, investigated their role in the formation of civilized market and business.

В статтє анализируются задачи органов МВД в обеспечении экономической безопасности субъектов хозяйствования, роль органов внутренних дел в обеспечении экономической безопасности предприятия, исследуется их место в процессе формирования цивилизованного рынка и бизнеса.

Успішна діяльність ОВС із забезпечення економічної безпеки та протидії злочинності неможлива без взаємодії та відповідної координації із службами економічної безпеки підприємств. Тут особливу роль відіграють територіальні ОВС.

Список використаних джерел

1. *Квартальний бюлетень з корпоративної відповідальності*. – 2012. – Вип. 9. РwC Україна / Електронний ресурс. – Режим доступу: http://www.pwc.com/ua/uk/press-room/assets/FY12_CRN_issue9_ukr.pdf.

2. Білоус В. Т. Роль правового статусу правоохоронних органів у координації управління по боротьбі з економічною злочинністю // Науковий вісник Донецького інституту внутрішніх справ. – 2003. – № 4. – С. 57–68.

3. Антипов В. І. Тіньова економіка та економічна злочинність: світові тенденції, українські реалії та правові засоби контролю. Теоретико-методологічне узагальнення. – Вінниця, 2006. – 1040 с.

4. Пчеліна О. В. Особливості предмета доказування у кримінальних справах про економічні злочини та їх вплив на методику розслідування: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2010. – 20 с.



УДК 351.88.314.7

Дмитро Ворона,канд. наук з держ. упр.,
заступник Міністра юстиції України

СТВОРЕННЯ НОВОЇ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СИСТЕМИ ПРОТИДІЇ НЕЛЕГАЛЬНІЙ ІМІГРАЦІЇ

У статті досліджуються європейська дактилоскопічна база даних для біженців, шляхи пересування нелегалів в Європі, основні методи обмеження потоку іммігрантів, особливості розширення міжнародної співпраці, проблеми зміцнення зовнішніх кордонів ЄС.

Ключові слова: міграційне законодавство, імміграція, міграція, правове регулювання, проживання, віза, дозвіл, депортація.

Європейський Союз (далі – ЄС) після 2003 року приступив до створення дактилоскопічної бази даних фізичних осіб із числа біженців. Мета створення такої бази – запобігання отриманню притулку однією і тією самою особою відразу в декількох країнах ЄС. Дактилоскопуванню підлягають усі особи старше 14 років, які шукають притулок на території країн ЄС. Отримані відбитки пальців упродовж 10 років зберігатимуться в центральній базі даних «Евродак». Як вважають уряди країн ЄС, створення єдиної дактилоскопічної бази даних дозволяє унеможливити отримання посвідки на проживання одночасно в декількох країнах.

Метою цієї статті є аналіз ефективності європейської системи протидії нелегальній імміграції.

Деякі питання вдосконалення правових і організаційних засад діяльності у сфері міграції досліджувались у наукових працях західних учених Т. Хаммара, Г. Вербунта, Д. Коста-Ласку, Г. Венден-Дідье та ін., російських учених О. Арбузкіна, М. Богуславського, М. Вокуєва, О. Воробйової, Н. Гулієва, Ж. Зайончковської, В. Іонцева, А. Михайлова, В. Моїсеєнка, Г. Морозової, Г. Попова, Л. Рибаківського, І. Сізова, Б. Хорєва, та ін., а також вітчизняних авторів – С. Бритченко, І. Вайнагія, О. Малиновської, В. Новіка, Н. Нижник, В. Олефіра, О. Піскуна, С. Пирожкова, І. Прибиткової, С. Ратушного, Ю. Римаренка, О. Хомри, П. Чалого, М. Шульги та ін.

Згідно з практикою, що існувала до недавнього часу, багато біженців в'їжджали в ЄС через Італію або Грецію, а згодом у пошуках кращих умов життя переміщались у Великобританію або Німеччину. Тепер при виявленні відбитків пальців апліканта заяви у

базі «Евродак» він висилатиметься в країну, яка першою надала йому притулок. Із 2004 р. до системи «Евродак» підключилися Норвегія, Ісландія, Швейцарія, а також 10 нових країн ЄС.

Між країнами – членами ЄС і Україною вже відбулися консультації з укладення договору про реадмісію – взаємне повернення осіб без громадянства або суб'єктів іншої юрисдикції, які нелегально прибули на територію ЄС з іншої країни, і навпаки. Сторони вважають, що це зміцнить співпрацю у питаннях боротьби з нелегальною міграцією й організованою злочинністю.

Пересування нелегалів на сьогодні є одним із найвигідніших видів діяльності, що приносить багатомільярдні доходи. Природно, що цей фактор працює у напрямі посилення імміграційних режимів у країнах ЄС, а також стимулює координацію зусиль із припинення каналів нелегальної імміграції.

Не секрет, що одним із основних каналів такої імміграції є Балкани, так званий балканський шлях в Європу. Про це свідчить, наприклад, той факт, що кожні 6 з 10 іммігрантів, які влаштувались у Великобританії у 2000 р., потрапили в країну саме балканським шляхом. Не менше, ніж Великобританія, ця проблема турбує й Італію. Англійська й італійська влада запропонували створити систему, покликану «осідлати» цей канал нелегальної імміграції (яким також успішно користується наркобізнес) [1, с. 122].

Ще одна тривожна для Європи тенденція, що спостерігається в злочинному середовищі іммігрантів, – диверсифікація діяльності кримінальних груп, розподіл праці всередині них і між ними. За свідченням одного з керівників протидіючого нелегальній імміграції та торгівлі людьми Центру спільної ініціативи Південно-східної Європи, при перекиданні людей в Європу одна група забез-

печує вербування, інша – підробку документів, третя – безпосередньо здійснює «транспортну операцію». ЄС, його правоохоронні органи в особі Європолу, Євроюсту, а також національні правоохоронні структури європейських країн розширюють діяльність із протидії нелегальній імміграції. Так, у зв'язку з напливом нелегалів-іммігрантів із півострова Індостан і Китаю Європол у 2004 р. проводив масштабні акції з виявлення мереж нелегальної імміграції. В ході однієї з акцій перехоплення здійснювалось одночасно в 40 європейських аеропортах, у результаті якого затримано декілька сотень нелегалів [2, с. 111].

В ЄС як специфічній формі політичної організації влади діє своя система ідентифікації громадян і аутсайдерів. На сьогодні в рамках поточної міграційної ситуації основною проблемою європейських країн залишається контроль за включенням мігруючого населення (біженців) у систему своєї юрисдикції. На думку європейських експертів, для сучасної європейської держави важливою є процедура ідентифікації власного цивільного населення для можливості визначення аутсайдерів (у цьому полягає засаднича функція держави) [3; 4].

Що стосується внутрішньої політики країн ЄС, то поступове збільшення частки іноземного населення, погіршення соціально-психологічного клімату серед корінного населення призводять до того, що жоден політичний порядок уряду не обходиться без згадки питання про боротьбу з нелегальною імміграцією. Одним із напрямів такої боротьби на сьогодні є політика «створення менш сприятливих умов для нових іммігрантів». У зв'язку з цим деякі автори визначають такі основні методи обмеження потоку іммігрантів [5, с. 355]:

скорочення соціальних переваг (виплат, розмірів допомоги тощо). Концептуально цей метод позначив у своєму виступі міністр юстиції та поліції Швейцарії А. Коллер: Берн повинен передбачити заходи для того, щоб зробити країну менш привабливою для іммігрантів, які шукають притулок. Так, Німеччина, Швейцарія, Нідерланди в останні роки істотно скоротили розміри соціальних допомог, які тепер нижчі, ніж аналогічні допомоги для незможних громадян країни. Біженцям стали надавати допомогу не грошима, а в натуральній формі – продукти, одяг і житло;

обмежувальне тлумачення критеріїв, за якими біженця можна вважати справжнім. У деяких розвинутих країнах останнім часом не надають статусу біженця людям, які піддалися репресіям із боку «недержавних сил» (бунтівників або релігійних екстремістів). Так, Федеральний суд Німеччини ухвалив, що особи, які втекли з Афганістану від талібів, не ма-

ють права на статус біженця, оскільки таліби не є представниками визнаного уряду. Боснійські мусульмани, сомалійці також потрапляють під це трактування.

Центральним питанням політики боротьби з нелегальною міграцією є також практика впливу на нелегальних мігрантів. Проте цей захід має зворотний негативний ефект. Загроза депортації змушує нелегальних мігрантів ретельно ховатися, через що вони потрапляють у велику залежність від працедавця або контрабандиста.

Депортації – дорогий захід, тому чисельність депортованих і чисельність затриманих нелегальних мігрантів значно різняться практично в кожній країні. В цілому вважається, що цей захід важко реалізувати в масовому масштабі в демократичних державах, хоча США ставлять під сумнів це твердження [6, с. 22].

Важливою умовою успішного вирішення проблеми нелегальної міграції, а також боротьби з тероризмом і міжнародною злочинністю, у сучасному світі є розширення міжнародної співпраці, яка повинна охоплювати найширший спектр питань, що прямо або побічно стосується міграції: двосторонні угоди по трудовій міграції; міжнародні угоди по підготовці студентів; реадмісійні угоди; інвестиційні проекти в країнах еміграції; спільна охорона державних кордонів тощо. Зазначені підходи в регулюванні питань боротьби з нелегальною міграцією є складовою адміністративних заходів, спрямованих на вирішення суто первинних проблем.

Що стосується практики застосування заходів боротьби з нелегальною міграцією у рамках ЄС, то слід зазначити, що Європа стає все більш закритою територією для «чужих». Часто рішення, що приймаються на високому рівні, вступають у протиріччя з нормами конвенцій. Наведемо декілька прикладів щодо обмежень по прийому біженців, які шукають притулок в Європі [1, с. 245]:

• червень 2003 р. Комісія ЄС передбачила збільшення бюджету для прийому іммігрантів і здійснення прикордонного контролю на 2004–2006 рр. на суму в 140 млн євро. Кошти мають бути витрачені на підтримку проектів із прикордонної співпраці, депортацію нелегальних іммігрантів і створення візової інформаційної системи VIS. Одночасно Комісія підтримала пропозицію Великобританії щодо розгляду заяв претендентів на притулок і статус біженця у безпосередній близькості від зон конфліктів прикордонізації такої процедури за допомогою регіональних груп під егідою ЄС і УВКБ ООН. Крім того, Великобританія висунула ідею перенести процедуру надання притулку за межі ЄС у спеціальні транзитні центри, яка Комісією підтримана не була;

• жовтень 2003 р. На зустрічі міністрів внутрішніх справ у рамках єдиної європейської політики надання притулку погоджено створення списку так званих безпечних країн, громадяни яких не можуть претендувати на притулок у країнах ЄС. Міністри досягли політичної згоди з приводу організації Європейської мережі представників імміграційних служб у «третьох країнах»;

• січень 2003 р. На зустрічі міністрів внутрішніх справ юстиції країн ЄС в Дубліні Комісія ЄС заявила, що готова витратити 30 млн євро на репарацію нелегальних іммігрантів, а також фінансувати пілотні проекти із прийому й облаштування депортованих осіб в їх державах. На вказаній зустрічі верховний комісар ООН у справах біженців пан Р. Лаббере звернув увагу міністрів на те, що кількість претендентів на притулок зростає й їх заяви доведеться розглядати новим учасникам ЄС, які ще готові витримати це навантаження самостійно. До запропонованих заходів і, зокрема, розподілу фінансового тягаря по прийому іммігрантів, міністри поставилися скептично.

Проблема зміцнення зовнішніх кордонів ЄС стала однією з основних тем VIII Європейського поліцейського конгресу в м. Берлін. Як новий інструмент створюється Європейське агентство прикордонної охорони. Співробітники правозахисних організацій, таких, наприклад, як Amnesty International, навіть називають ЄС «цитаделлю», натякаючи на політичну термінологію часів Першої світової війни. Виконавчим органом таке порівняння не здається переконливим: Європа захищається не від інших держав, а від посягань кримінальних організацій на вільне демократичне суспільство. Стосується це і незаконної трудової міграції, що завдає шкоди внутрішньоєвропейському ринку зайнятості. Саме тому зміцнення «цитаделі» триває. Міністри внутрішніх справ «старої Європи» вимагають єдиних стандартів для прикордонного контролю та заявляють про необхідність спільного навчання прикордонників європейських країн. Власне, цим і займатиметься

Європейське агентство прикордонної охорони. Крім того, організація контролюватиме дотримання європейських стандартів в облаштуванні та несенні служби на всіх зовнішніх кордонах ЄС. Коли вони дотримуватимуться й у нових країнах – членах ЄС, у Німеччини більше не буде власних зовнішніх кордонів.

Висновки

Нині у рамках ЄС створені досить ефективні та дієві інструменти (механізми) для протидії нелегальній імміграції. Європол і Євроюст – лише частина цього механізму, ключова роль яких на сучасному етапі не викликає сумнівів. Адже не секрет, що ситуація з міграцією весь час змінюється, а це вимагає вжиття нових заходів із її регулювання та боротьби з нелегальною міграцією. Поєднання адміністративних, економічних і ринкових механізмів – необхідний напрям, що дозволяє в комплексі протистояти цьому явищу. Нині перед ЄС поставили нові завдання, серед яких не лише створення нових правових інструментів, а й посилення (активізація) інтеграційних процесів, що зачіпають різні аспекти міграції, а також міжнародну співпрацю.

Список використаних джерел

1. *Europol Annual Report – 2004* // European Law Enforcement Cooperation. – 2005. – November 30.
2. *Council Decision 2003/48/JHA of 19 December 2002 on the implementation of specific measures for police and judicial cooperation to combat terrorism in accordance with Article 4 of Common Position 2001/931/CFSP* // Official Journal of the European Communities. – 2003. – Vol. 46, L 16. – P. 68–70.
3. <http://www.ricnews.com/migrant/europe/immigration/2387.html>.
4. <http://usinfo.state.gov/journals/itgic/0603/ijgr/gj06.htm>.
5. *Рязанцев С. В.* Влияние миграции на социально-экономическое развитие Европы: современные тенденции. – Ставрополь, 2001. – 550 с.
6. *Петров Г.* Заслон от преступности // Европа. – 2003. – № 5. – С. 20–25.

Стаття надійшла до редакції 14.10.2012 р.

The author considers in the article an European dactyloscopic database for refugees, ways of movement of ineligible foreigners in Europe, basic methods of limitation of stream of immigrants, features of expansion of international cooperation, problem of strengthening of external borders of ЕС.

В статье исследуются европейская дактилоскопическая база данных для беженцев, пути передвижения нелегалов в Европе, основные методы ограничения потока иммигрантов, особенности расширения международного сотрудничества, проблемы укрепления внешних границ ЕС.



Дмитро Медведєв,

канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник науково-дослідної лабораторії
з безпеки дорожнього руху
Донецького юридичного інституту МВС України

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАПОБІГАННЯ УХИЛЕННЮ ГРОМАДЯН ВІД СТЯГНЕННЯ АДМІНІСТРАТИВНОГО ШТРАФУ ШЛЯХОМ ВИЇЗДУ ЗА МЕЖІ УКРАЇНИ

У статті досліджуються шляхи запобігання ухиленню громадян від адміністративних стягнень через заборону виїзду за межі України.

Ключові слова: адміністративне стягнення, штраф, виїзд, кордон.

Відповідно до ст. 23 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) адміністративне стягнення є мірою відповідальності і застосовується з метою виховання особи, яка вчинила адміністративне правопорушення, в дусі додержання законів України, поваги до правил співжиття, а також запобігання вчиненню нових правопорушень як самим правопорушником, так і іншими особами.

Одним із видів адміністративних стягнень є штраф – грошове стягнення, що накладається на громадян і посадових осіб за адміністративні правопорушення у випадках і розмірі, встановлених КУпАП та іншими законами України (ст. 27 КУпАП).

Штраф є найпоширенішим стягненням, що накладається на осіб за вчинення адміністративних правопорушень у сфері безпеки дорожнього руху. Особа, щодо якої винесено постанову про накладення адміністративного стягнення у вигляді штрафу, згідно із ст. 307 КУпАП має сплатити його не пізніше як через п'ятнадцять днів із дня вручення постанови про накладення штрафу.

Чинне законодавство надає особі, відносно якої винесено постанову про накладення адміністративного стягнення, можливість оскаржити рішення протягом десяти днів з дня винесення постанови (ст. 289 КУпАП). У випадку, якщо зазначений строк був пропущений із поважних причин, він може бути поновлений органом (посадовою особою), правомочним розглядати її. На розгляд скарги відведено десятиденний строк від дня її надходження до правомочного органу, якщо інше не встановлено законодавством України (ст. 292 КУпАП).

У разі винесення постанови про залишення скарги або протесту без задоволення, особа має сплатити штраф не пізніше як через п'ятнадцять днів з дня повідомлення про залишення скарги або протесту без задоволення (ч. 1 ст. 307 КУпАП).

Якщо правопорушник ухиляється від сплати штрафу в зазначені строки, постанову про

накладення штрафу відповідно до ст. 308 КУпАП надсилають до відділу Державної виконавчої служби (далі – ДВС) за місцем проживання, роботи порушника або за місцезнаходженням його майна для примусового виконання.

Органи, вповноважені накладати адміністративні стягнення, можуть звернутися до ДВС протягом 3 місяців з дня винесення рішення про накладення адміністративного стягнення (ст. 22 Закону України «Про виконавче провадження» від 21.04.1999 р. № 606-XIV). Державна виконавча служба діє на підставі цього Закону, яким визначено умови й порядок виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), що відповідно до Закону підлягають примусовому виконанню в разі невиконання їх у добровільному порядку.

Отримавши виконавчі документи, а саме – постанову про накладення штрафу, ДВС у триденний строк відкриває виконавче провадження. Виконавче провадження починається з того, що державний виконавець пропонує боржникові сплатити штраф добровільно протягом семи днів. Якщо цього не сталося, то відповідно до ст. 30 Закону України «Про виконавче провадження» державний виконавець зобов'язаний провести виконавчі дії з виконання рішення протягом шести місяців із дня винесення постанови про відкриття виконавчого провадження. Строк здійснення виконавчого провадження не включає час відкладення провадження виконавчих дій або зупинення виконавчого провадження у випадках, передбачених чинним законодавством.

Одним із способів ухилення особи від виконання адміністративного стягнення, зокрема штрафу за порушення правил, норм і стандартів, є її виїзд за межі України. При цьому нівелюється виховний вплив і дисциплінуючий характер зазначеного адміністративного стягнення. Державна виконавча служба може перешкодити боржникові виїхати за кордон, звернувшись до суду за встановленням тимчасового обмеження у праві виїзду за межі України.

Після винесення рішення судом державний виконавець направляє інформацію до Державної прикордонної служби (далі – ДПРС) України, яка відповідно до ст. 7 Закону України «Про прикордонний контроль» під час перевірки осіб, які перетинають державний кордон, встановлює наявність або відсутність підстав для тимчасової відмови особі у перетинанні державного кордону.

Таким чином, із моменту винесення уповноваженою особою рішення у справі про адміністративне правопорушення та накладення адміністративного стягнення до отримання ДПРС України підстави для відмови в перетині Державного кордону України (постанови суду) правопорушник має певний час (не менше 1 місяця) щоб безперешкодно залишити межі країни.

Дієвим способом перешкодження ухиленню правопорушника від виконання адміністративного стягнення шляхом виїзду за кордон має стати якнайшвидше надання ДПРС інформації про наявність у особи невиконаних зобов'язань.

Оскільки на 16-й день із дня вручення постанови про накладення адміністративного штрафу особа, яка його не сплатила, вважається такою, що ухиляється від виконання адміністративного стягнення (ст. 307 КУпАП); заборона особам зазначеної категорії виїзду за межі України може стати ефективним важелем впливу на правопорушників, що стимулюватиме до своєчасної сплати ними штрафів.

Закон «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» регулює порядок здійснення права громадян України на виїзд з України та в'їзд в Україну, порядок оформлення документів для зарубіжних поїздок, визначає випадки тимчасового обмеження права громадян на виїзд із України та встановлює порядок розв'язання спорів у цій сфері. У ст. 6 зазначеного Закону надано вичерпний перелік підстав для тимчасових обмежень у праві виїзду громадянина України за кордон.

Здійснення пропуску через державний кордон України осіб, а також виявлення та припинення випадків незаконного їх переміщення покладається на ДПРС (Закон «Про Державну прикордонну службу України» від 03.04.2003 р. № 661-IV).

Порядок надання правоохоронними органами доручень ДПС щодо осіб, які перетинають державний кордон України, зокрема громадян України, передбачений Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок надання Державній прикордонній службі та виконання нею доручень правоохоронних і розвідувальних органів щодо осіб, які перетинають державний кордон України» від 22.01.2001 р. № 35. Згідно із зазначеним Положенням, правоохоронні та розвідувальні органи можуть надати ДПРС доручення щодо:

- заборони в'їзду в Україну іноземців та осіб без громадянства протягом терміну, встановленого органами внутрішніх справ або органами СБУ;

- заборони виїзду за межі України громадян України або іноземців та осіб без громадянства з тимчасовим затриманням або вилученням документів на право виїзду за кордон чи без такого;

- здійснення адміністративного затримання громадян України або іноземців та осіб без громадянства;

- інформування про факт перетинання державного кордону особами та транспортними засобами, стосовно яких правоохоронними і розвідувальними органами проводяться оперативно-розшукові, контррозвідувальні або розвідувальні заходи;

- проведення (із залученням у разі потреби службових осіб, технічних і спеціальних засобів митних органів) огляду транспортних засобів, на яких особи прямують через державний кордон України, і майна, що їм належить, та вилучення виявлених при цьому предметів і речовин, заборонених до вивезення та ввезення в Україну, і предметів контрабанди.

Доручення ДПРС правоохоронні та розвідувальні органи надають відповідно до їх компетенції за наявності правових підстав, визначених законодавством, а також даних про намір особи прямувати у визначений термін через державний кордон України.

Доручення, що надаються підрозділами МВС України, оформляються на бланку встановленого зразка за підписом Міністра внутрішніх справ або його заступників, начальників головних управлінь, управлінь МВС в Автономній Республіці Крим, областях, містах Києві та Севастополі, управлінь, відділів МВС і транспорті або їх заступників.

За необхідності термінового виконання доручення може надаватися телеграмою або факсом із обов'язковим наступним поданням оформленого бланка протягом трьох діб.

Виконання доручень здійснюється в пунктах пропуску через державний кордон України військовослужбовцями ДПРС під час перевірки в осіб документів на право в'їзду в Україну, транзитного проїзду територією або виїзду з України.

З метою своєчасного, достовірного та функціонально повного інформаційно-аналітичного забезпечення діяльності щодо запобігання і недопущення в'їзду в Україну або виїзду з України осіб, яким відповідно до законодавства не дозволяється в'їзд в Україну або яких тимчасово обмежено в праві виїзду з України, у тому числі згідно з дорученнями правоохоронних органів, розшуку в пунктах пропуску через державний кордон осіб, які переховуються від органів дізнання, слідства та суду, ухиляються від відбуття кримінальних покарань, припинення протиправної діяльності фізичних і юридичних осіб, які незаконно переправляють мігрантів в Україну або транзитом переміщують їх через територію України, посилення контролю за додержанням правил в'їзду, виїзду, перебування в Україні іноземців та осіб без громадянства,

а також виконання інших завдань у правоохоронній сфері згідно із законодавством, в Україні створено інформаційно-телекомунікаційну систему «Аркан» («Про затвердження Положення про інтегровану міжвідомчу інформаційно-телекомунікаційну систему щодо контролю осіб, транспортних засобів і вантажів, які перетинають державний кордон»: спільний наказ Адміністрації ДПРС, ДМС, ДПА, МВС, МЗС, МПСІ, СБ та СЗР України від 03.04.2008 р. № 284/287/214/150/64/175/266/75П).

Порядок і регламент здійснення багатосторонньої інформаційної взаємодії між суб'єктами системи «Аркан», використання технологій доступу до інформаційних ресурсів (баз даних), файлів інформаційного обміну, склад їх реквізитів визначаються договорами, що укладаються між суб'єктами системи «Аркан» за погодженням з Адміністрацією.

Таким чином, в Україні існує адміністративно-правовий механізм, що дозволяє правоохоронним органам запобігти виїзду за кордон певним категоріям громадян України. Втім сьогодні він не використовується для запобігання правоохоронними органами ухиленню громадян України від сплати штрафу за правопорушення шляхом виїзду за кордон.

По-перше, чинна редакція Закону «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України» не виключає можливості виїзду за кордон особам, які скоїли правопорушення і не виконали адміністративне стягнення, тобто мають зобов'язання перед державою України.

По-друге, передбачені п. 4 постанови Кабінету Міністрів України № 35-2001 дані про намір прямувати у визначений термін через державний кордон України всіх осіб, на яких накладено штрафи за адміністративні правопорушення, встановити неможливо. Крім того, оформлення такої кількості доручень на паперових носіях (бланк встановленого зразка) та надсилання, їх у тому числі телеграмою або факсом, до ДПРС вимагатиме додаткових сил і засобів, що зведе нанівець ефективність процедури стягнення штрафів із правопорушників-боржників, які реально залишають межі України.

По-третє, досліджуваною постановою Кабінету Міністрів України не передбачено дострокове припинення терміну контролю, в якому виникне необхідність у разі сплати правопорушником штрафу.

Стаття надійшла до редакції 19.12.2012 р.

The article is devoted to the possibilities of prevention of the evasions by the citizens from the administrative punishments through the prohibition of the departure of Ukraine.

В статье исследуются пути предотвращения уклонения граждан от административных взысканий посредством запрета выезда за пределы Украины.

Висновки

Із метою створення ефективного адміністративно-правового механізму запобігання правоохоронними органами ухиленню громадян України від сплати штрафу за правопорушення шляхом виїзду за кордон пропонуємо внести зміни та доповнення до чинного законодавства:

доповнити перелік підстав заборони виїзду громадян України за кордон, передбачений ст. 6 Закону «Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України», п. 10 у такій редакції: «10) щодо нього набула законної сили постановою у справі про адміністративне правопорушення про накладення адміністративного стягнення – до виконання постанови»;

постанову Кабінету Міністрів України «Про затвердження Положення про порядок надання Державній прикордонній службі та виконання нею доручень правоохоронних і розвідувальних органів щодо осіб, які перетинають державний кордон України» від 22.01.2001 р. № 35 доповнити такими положеннями:

«2.1. Про надання доручень Державній прикордонній службі щодо заборони виїзду за межі України громадян України, щодо яких набула законної сили постановою у справі про адміністративне правопорушення про накладення адміністративного стягнення, – до виконання постанови, незалежно від наявності даних про намір таких осіб прямувати у визначений термін через державний кордон України.

2.2. Про надання доручень Державній прикордонній службі щодо заборони виїзду за межі України громадян України, щодо яких набула законної сили постановою у справі про адміністративне правопорушення про накладення адміністративного стягнення, в електронному вигляді, передбачивши можливість дострокового зняття з контролю таких доручень за електронним запитом ініціатора доручення».

Запропоновані доповнення нададуть правоохоронним органам правові підстави доручати ДПРС заборону виїзду за межі країни громадян України, які вчинили правопорушення та не сплатили протягом встановленого законом 15-денного строку адміністративний штраф. Крім того, вказані доповнення значно прискорять та спростять процедуру надання правоохоронним органам доручень ДПРС України щодо осіб досліджуваної категорії, а також дозволять своєчасно анулювати такі доручення.



Олексій Тандир,

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

РОЛЬ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОВАДЖЕНЬ У ЗАХИСТІ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджуються теоретичні та практичні питання адміністративних проваджень у захисті прав інтелектуальної власності.

Ключові слова: адміністративні провадження, адміністративні правопорушення, інтелектуальна власність, судовий розгляд.

Особливе місце у реформуванні адміністративного права посідає формування принципово нових механізмів, спрямованих на вдосконалення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Розгляд питання щодо провадження у справах про адміністративні правопорушення є досить важливим, адже цей вид впровадження набуває все більшого поширення та вимагає додаткового вивчення пробілів у чинному законодавстві, які виявляються в процесі діяльності різних державних органів при вирішенні справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. Глибоке дослідження проблем забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення набуває особливого змісту й актуальності в умовах розбудови правової держави, приведення адміністративного законодавства у відповідність із міжнародними стандартами [1, с. 179].

Окремі питання провадження у справах про адміністративні правопорушення досліджувалися сучасними вченими-адміністративістами, зокрема В. Авер'яновим, О. Бандуркою, Ю. Битяком, Т. Коломосьцем, В. Колпаковим, А. Комзюком, О. Кузьменко та ін. Разом із тим окремі аспекти порушеної проблеми провадження у справах про адміністративні правопорушення об'єктів інтелектуальної власності є малодослідженими.

Метою цієї статті є дослідження проблемних питань у справах про адміністративні правопорушення, пов'язаних із захистом об'єктів інтелектуальної власності.

Кожне провадження здійснюється відповідно до певних стадій із додержанням принципів адміністративного процесу. Проте в адміністративно-правовій науці існують різні тлумачення поняття «провадження у справах про адміністративні правопорушення». Так, А. Комзюк під провадженням у справах про адміністративні правопорушення розуміє низку послідовних дій уповноважених органів (посадових осіб), а у деяких випадках інших суб'єктів, які згідно з нормами адміністративного законодав-

ства здійснюють заходи, спрямовані на притягнення правопорушника до відповідальності та забезпечення виконання винесеної постанови [2, с. 544]. На думку Т. Коломосьця, П. Лютікова, О. Меліхової, це – врегульована нормами адміністративно-процесуального права діяльність уповноважених органів, спрямована на притягнення до адміністративної відповідальності осіб, які вчинили адміністративні правопорушення [3, с. 232].

У контексті нашого дослідження об'єктивна сторона адміністративного правопорушення у сфері захисту прав інтелектуальної власності полягає у незаконному використанні об'єктів права інтелектуальної власності, привласненні права на цей об'єкт або іншому умисному порушенні прав інтелектуальної власності, що охороняється законом.

Адміністративне право розглядає провадження у справах про адміністративні правопорушення як особливий вид процесуальної діяльності, як врегульовану законом процедуру вирішення окремої групи справ. Перелік заходів процесуального забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення здійснюють уповноважені особи, зазначені у ст. 255 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). Слід зазначити, що провадження також здійснюється митними органами, які сприяють захисту прав інтелектуальної власності під час переміщення товарів через митний кордон України. Про кожний випадок виявлення порушення митних правил уповноважена посадова особа митного органу, яка виявила таке порушення, невідкладно складає протокол, який є джерелом доказів у справах про адміністративні правопорушення.

Захист на митному кордоні дещо відрізняється від заходів, що вживають відповідні органи влади у системі заходів захисту об'єктів інтелектуальної власності. Ця відмінність полягає в тому, що особа, якій відповідно до законодавства України належать майнові права на об'єкт права інтелектуальної власності та й має підстави вважати, що під час переміщення товарів через митний кордон України порушуються чи можуть бути порушені її права на об'єкт

права інтелектуальної власності, має право подати до спеціально вповноваженого центрального органу виконавчої влади у галузі митної справи заяву про сприяння захисту належних їй майнових прав на об'єкт інтелектуальної власності шляхом внесення відповідних відомостей до митного реєстру.

У багатьох випадках заходи адміністративного провадження у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності допомагають виявити правопорушення, за які чинним законодавством передбачена кримінальна відповідальність. Так, згідно з п. 1 ст. 9 Положення про державного інспектора з питань інтелектуальної власності Державної служби інтелектуальної власності (постанова Кабінету Міністрів України від 17.05.2002 р. № 674) держінспектор у разі виявлення порушень законодавства з питань інтелектуальної власності, що містять ознаки злочину, зобов'язаний негайно повідомляти про це відповідні правоохоронні органи.

Існує широкий загал суб'єктів, яким надано право складання протоколу про адміністративне правопорушення на місці його вчинення, а якщо це неможливо, то ці суб'єкти, на нашу думку, повинні мати право доставляти порушника в міліцію або інший орган, установу. Зважаючи на важливість інтелектуальної власності для сфери суспільних відносин, вважаємо, що відсутність надання такого права Держінспекторам із питань інтелектуальної власності є недоліком диспозиції ст. 259 КУпАП.

Для припинення адміністративного правопорушення у сфері захисту прав інтелектуальної власності вважаємо за доцільне надати такий захід забезпечення провадження, як доставлення порушника до відповідного органу чи/або установи та складання протоколу про адміністративне правопорушення державним інспектором із питань інтелектуальної власності.

Провадження у справах про адміністративні правопорушення прямо передбачені розділом IV КУпАП. Для правильного й об'єктивного вирішення справи важливе значення мають заходи забезпечення провадження у справах про адміністративні правопорушення. Їх застосування призводить до припинення адміністративних правопорушень, встановлення особи, яка складає протокол (у разі порушення права інтелектуальної власності, встановлення його власника), своєчасний розгляд справи та виконання постанов про накладання адміністративних стягнень у справах.

В адміністративно-правовій науці провадження у справах про адміністративні правопорушення поділяється на спрощене і звичайне.

Спрощене провадження застосовується щодо невеликої кількості правопорушень і не може застосовуватися щодо суб'єктів, які порушують права власників чи/або законних володільців об'єктів інтелектуальної власності, адже спрощене провадження не передбачає складання протоколу.

Звичайне провадження здійснюється за порушення прав на об'єкти права інтелектуальної

власності шляхом складання протоколу, який є найважливішим джерелом доказів у справах про адміністративні правопорушення при розгляді справи у судовому порядку. Зміст протоколу про адміністративні правопорушення та вимоги, які висуваються при його складанні, визначені ст. 256 КУпАП.

В основу адміністративного правопорушення покладено його склад. Структура складу адміністративного правопорушення містить: об'єкт правопорушення; об'єктивну сторону; суб'єкт правопорушення; суб'єктивну сторону правопорушення. Вони досліджені в науці адміністративного права.

Будь-яка правозастосовна діяльність є складним процесом і проходить певні послідовні стадії. За відсутності законодавчого врегулювання стадій провадження у справах про адміністративні правопорушення в адміністративно-правовій науці існують різні погляди науковців щодо їх кількості. Так, представник науки радянської адміністративної школи А. Коренев виділяє п'ять стадій провадження [4, с. 83], а В. Юсупов – сім [5, с. 34–35]. Чотири стадії адміністративних проваджень виділяє Ю. Битяк: порушення справи про адміністративне правопорушення; розгляд справи про адміністративне правопорушення та винесення по справі постанови; оскарження (або опротестування) постанови по справі про адміністративне правопорушення (виникає у випадках, коли особа, яку притягають до адміністративної відповідальності, або потерпілий не згоден із винесеною відносно нього постановою. Постанову по справі може опротестувати прокурор); виконання постанови про накладання адміністративного стягнення [6, с. 223–224]. Такої позиції дотримувався й В. Авер'янов [7, с. 519], А. Комзюк [2, с. 544].

Слушною є пропозиція І. Голосніченка, М. Стахурського, Н. Золотарьової [8, с. 27] про виділення як самостійної стадії провадження у справах про адміністративні проступки попереднього адміністративного розслідування. На п'яти стадіях адміністративного провадження акцентує увагу Н. Матюхіна [2, с. 451].

А. Комзюк пропонує стадії, що, на нашу думку, найбільш виразно та детально регламентують послідовні дії вповноважених на те осіб у кожній стадії [2, с. 544]:

- адміністративне розслідування: порушення справи, встановлення фактичних обставин, процесуальне оформлення результатів розслідування, направлення матеріалів для розгляду за підвідомчістю;

- розгляд справи: підготовка до розгляду, аналіз зібраних матеріалів і обставин, прийняття постанови, доведення постанови до відома заінтересованих осіб;

- перегляд постанови: оскарження або опротестування постанови, перевірка законності постанови, винесення рішення, реалізація рішення;

- виконання постанови: звернення постанови до виконання, безпосереднє виконання.

Наведені наукові позиції мають як недоліки, так і переваги. Зважаючи на специфічність об'єк-

тів права інтелектуальної власності, певні стадії адміністративного провадження щодо таких об'єктів мають свої особливості. У зв'язку з цим для з'ясування обставин, що мають значення для справи та потребують спеціальних знань у сфері захисту прав інтелектуальної власності, суд призначає експертизу за заявою осіб, які беруть участь у справі. Попереднє адміністративне розслідування допомогло б з'ясувати, відносно якого об'єкта інтелектуальної власності здійснено адміністративне правопорушення, інші обставини справи.

Складаючи протокол про адміністративне правопорушення уповноважена на те посадова особа відповідного органу держави застосовує відповідну норму до порушника. У цьому випадку ми можемо вести мову про застосування норм адміністративного законодавства. Правозастосування є юридично значущою діяльністю тільки тоді, коли відбувається на підставі правових норм і в порядку, передбачених законодавством.

Найбільш важливою стадією порушення адміністративного провадження у сфері захисту прав інтелектуальної власності є адміністративне розслідування, як початкова стадія провадження. Провадження про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності має право здійснювати значна кількість суб'єктів. Так, державний інспектор з питань інтелектуальної власності має право на:

- адміністративне розслідування: порушення справи у разі виявлення ознак адміністративного правопорушення за статтями 51², 164⁹, 164¹³ КУпАП, з'ясування причин і обставин вчинення адміністративного правопорушення, встановлення власників або законних користувачів об'єктів інтелектуальної власності, виявлення винних у порушенні прав інтелектуальної власності, порушення перед уповноваженими органами питання про притягнення юридичних та/або фізичних осіб до юридичної відповідальності за порушення законодавства з питань інтелектуальної власності, зокрема у процесі виробництва, розповсюдження, прокату, зберігання та переміщення дисків і матриць;

- процесуальне оформлення результатів адміністративного розслідування закінчується складанням протоколу про адміністративне правопорушення;

- направлення матеріалів для розгляду справи до суду.

Наведені елементи стадії складання протоколу уповноваженою на те особою має

важливе значення при розгляді справи у суді. Отже, щоб норми адміністративного законодавства за порушення прав інтелектуальної власності були втілені, необхідна їх правова реалізація.

Чинне адміністративне законодавство передбачає, що для притягнення особи до адміністративної відповідальності у сфері інтелектуальної власності, уповноважена особа має скласти протокол, який направляється до суду.

Іншими словами, для втілення приписів правових норм, встановлених адміністративним і спеціальним законодавством, необхідно:

- скласти протоколи з додержанням певної, встановленої законом форми;

- направити протокол (необхідні докази) в установленний строк до суду.

Суд (суддя), отримавши протокол (за необхідності – інші матеріали), розглядає справу відповідно до закону.

Тільки після реалізації норм відповідної статті КУпАП і норм спеціального законодавства судом ми можемо вести мову про застосування до винної особи заходів адміністративного примусу, тобто адміністративної відповідальності.

Список використаних джерел

1. Бортняк Д. Характеристика провадження у справах про адміністративні правопорушення в умовах реформування адміністративного права // Підприємництво, господарство і право. – 2009. – № 10. – С. 179–182.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Науково-практичний коментар / Р. А. Калюжний, А. Т. Козмюк, О. О. Погрібний та ін. – К., 2008. – 655 с.
3. Адміністративне право України / За ред. Т. О. Коломосьць. – К., 2012. – 528 с.
4. Коренев А. П. Нормы административного права и их применение. – М., 1978. – 142 с.
5. Юсупов В. А. Правоприменительная деятельность органов государственного управления. – М., 1979. – 136 с.
6. Адміністративне право України / Ю. П. Битяк, В. М. Гаращук, О. В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю. П. Битяка. – К., 2005. – 544 с.
7. Адміністративне право України: Академічний курс. У 2 т. – К., 2004. – Т. 1. – 584 с.
8. Голосніченко І. П., Стахурський М. Ф., Золотарьова Н. І. Попереднє адміністративне розслідування як стадія провадження в справах про адміністративні проступки // Право України. – 2002. –

Стаття надійшла до редакції 14.12.2012 р.

The theoretical and practical questions of administrative realizations in defense of intellectual property rights are researched in the article.

В статті досліджуються теоретичні та практичні питання адміністративних производств при захисті прав інтелектуальної власності.



Руслан Врадій,

ад'юнктом Донецького юридичного інституту МВС України,
науковий співробітник науково-дослідної лабораторії
з безпеки дорожнього руху

СУЧАСНИЙ СТАН АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПІДГОТОВКИ ВОДІЇВ АВТОТРАНСПОРТНИХ ЗАСОБІВ В УКРАЇНІ

У статті досліджується стан підготовки водіїв автотранспортних засобів, що є невід'ємною частиною та базується на багатьох складових системи забезпечення безпеки дорожнього руху в Україні.

Ключові слова: Правила дорожнього руху, безпека дорожнього руху, водії автотранспортних засобів.

Прем'єр-міністр України М. Азаров 06.08.2012 р. під час відвідин автошколи по підготовці водіїв транспортних засобів заявив, що Уряд підвищить вимоги до автошкіл, які займаються підготовкою водіїв. «Не можна порушувати правила дорожнього руху – вони написані кров'ю. Тому необхідно підвищувати відповідальність за дотримання правил дорожнього руху, необхідно підвищувати вимоги до підготовки водіїв». Глава Уряду додав, що під час спілкування з викладачами йому повідомили, що в Україні є багато шкіл із підготовки водіїв, що мають відповідні ліцензії, проте вони підходять до навчання швидше формально, готують водіїв за прискореними програмами та випускають на дорогу водіїв, які не знають правил дорожнього руху. Саме тут, на думку М. Азарова, вимоги до підготовки потрібно підсилити. Також Прем'єр-міністр оглянув сучасний автотренажер, який дає можливість віртуально готувати водіїв перш, як випустити їх на дорогу [1].

Переважає більшість водіїв транспортних засобів після здачі кваліфікаційних іспитів і отримання посвідчення водія концентрує свою діяльність у напрямі вдосконалення практичного досвіду з управління транспортним засобом. При цьому теоретична база втрачає актуальність і в транспортній роботі водіїв використовує незначну частину знань, що дозволяє йому задовільно орієнтуватися в дорожній обстановці, переважним чином шляхом повторення дій інших учасників руху. Це призводить до того, що водії звикає до певних маршрутів і встановлених на них режимів руху і не зазнає при цьому значних труднощів. Проте при незначній змі-

ні режиму руху на відомому маршруті, наприклад введенні якихось обмежень, водії, не незважаючи на набутий досвід, розгублюється і не здатний переробити нову інформацію, ухвалити правильне рішення. На незнайомому маршруті у таких водіїв виникають ще більші проблеми, результатом чого є збільшення конфліктних і аварійних ситуацій [2, с. 4–10].

У загальній кількості порушень водіями Правил дорожнього руху можна виділити два різновиди: порушення, пов'язані з помилками у сприйнятті й обробці інформації; усвідомленні порушення, що базується на зневажливому ставленні до інших учасників дорожнього руху та діючих нормативів [3, с. 231–239].

Посилення адміністративної відповідальності за порушення Правил дорожнього руху, безумовно, сприяє підвищенню дисципліни водія, але не стимулює водіїв до підвищення рівня теоретичних знань. Крім того, водії мало вивчають зміни, що вносяться з часом в редакцію Правил дорожнього руху.

Як свідчить практика, безпека дорожнього руху багато в чому залежить від рівня професійної майстерності водіїв, тобто від сукупності навиків, умінь управління автомобілем, що дозволяє реалізувати найраціональніші прийоми запобігання подіям або зниження тяжкості їх наслідків.

Водію доводиться виконувати велику кількість дій із управління автомобілем, частина з яких може бути помилковою. Так, в умовах інтенсивного руху в місті протягом робочої зміни (7–8 годин) водії маршрутних автобусів або автомобілів-таксі виконують більше 5 тис. операцій із управління транспортними засобами; при цьому близько 20 %

цих дій є помилковими через нестачу часу для сприйняття та переробки інформації.

Найдовшим і небезпечним в умовах дорожнього руху є процес формування навичок управління автомобілем у критичних ситуаціях, тобто за наявності гострого дефіциту часу та вільного простору, необхідного для виходу з небезпечної ситуації, що склалася. У багатьох водіїв ці навички у процесі самонавчання практично не формуються, незважаючи на тривалість практики водіння [2, с. 4–10].

В Україні набуло поширення так зване ситуаційне навчання. Суть його полягає в тому, що об'єктом вивчення є дорожньо-транспортні ситуації (далі – ДТС) підвищеної небезпеки, а предметом вивчення – помилки водіїв, що призвели до подій, ознаки й особливості, за якими можна наперед визначити можливість небезпеки, прогнозування розвитку ситуації тощо.

Як свідчить зарубіжна та вітчизняна практика, перепідготовка водіїв надзвичайно ефективна, а необхідність навчання очевидна, оскільки спостерігається істотна різниця між самооцінкою кваліфікації водія й її реальним рівнем. При цьому створюється ілюзія легкості освоєння справи водія, переоцінюються свої можливості.

Дослідження статистики подій з водіями, що мають різний стаж управління автомобілем, довело, що безпека окремих ДТС для них нерівнозначна. Це дозволило виділити три групи ДТС. Небезпека ДТС, що входять до першої групи, збільшується із зростанням загального стажу водія. Для ДТС другої групи вона зменшується із зростанням стажу, а для третьої групи – спочатку збільшується, а потім знижується. Пояснити ці закономірності так само важко, як важко пояснити ту або іншу лінію поведінки водія. Безперечно, лише те, що в дорожньому русі існують ситуації, складність успішного вирішення яких неоднакова та може істотно змінюватися (або, навпаки, не змінюватися) з часом, протягом якого відбувається накопичення досвіду водія. Якщо справа була б лише у навичках, то небезпека ситуацій або поступово знижувалася б (навички хоч і повільно, але мають властивість удосконалюватися та розвиватися з часом), або залишалася б практично незмінною. Насправді це спостерігається не завжди. Майстерність не з'являється сама собою, вона залежить від виявлення й усунення помилок, неминучих на початковій стадії водіння. Закон України «Про дорожній рух» зобов'язав проводити навчання громадян правилам безпечної поведінки на автомобільних дорогах відповідно до типових про-

грам і методичних рекомендацій, що розробляються спільно з органами виконавчої влади, які здійснюють управління відповідно в галузі транспорту, освіти, охорони здоров'я, соціального захисту населення.

Основними причинами дорожньо-транспортних подій (далі – ДТП) є грубі порушення водіями транспортних засобів правил дорожнього руху (далі – ПДР):

- низька кваліфікація водіїв транспортних засобів і фахівців, які займаються їх підготовкою в системі управління безпекою дорожнього руху (далі – БДР);
- низька якість підготовки водіїв транспортних засобів;
- низька транспортна дисципліна водіїв транспортних засобів, що належать юридичним і фізичним особам, як прямий наслідок низької кваліфікації водіїв;
- недоліки в організації профілактичної роботи з учасниками дорожнього руху;
- недостатній рівень профілактики порушень ПДР, які частіше за все призводять до ДТП;
- управління транспортними засобами в стані алкогольного сп'яніння;
- невідповідність вулично-дорожньої мережі вимогам із забезпечення БДР;
- незбалансованість інтересів і методів оцінки, а також організаційної роботи основних інструментів державного регулювання в області БДР, ліцензування та сертифікації робіт і послуг на автомобільному транспорті.

Таким чином, система підготовки водіїв в Україні не в повному обсязі відповідає вимогам сьогодення: занижені вимоги до навчальних закладів, що готують водіїв; значна кількість учнів не має змоги одержати в таких школах необхідні знання та навички; фактично автошколи функціонують формально, оскільки їх випускний екзаме́н не може бути підставою для одержання посвідчення водія – необхідно здавати екзаме́н ДАІ.

Недостатньо уваги приділяється практиці звичайного водіння автомобіля та водіння в критичних ситуаціях. Разом із тим значний час у програмах відводиться для вивчення застарілої та не потрібної у сучасних умовах «матеріальної частини». Нинішнє викладання майбутнім водіям спрямоване скоріше на підготовку до екзаме́ну, ніж на теоретичне та практичне навчання безпечному водінню, а сама суть іспиту на отримання права на водіння не забезпечує відповідність водіїв вимогам дорожньої безпеки. Видачу посвідчень водія сьогодні помилково розглядають як за-свідчення завершення водієм навчання без-

печному водінню, а насправді він вступає в період підвищеного ризику, протягом якого поволі набуває досвіду, необхідного для дійсно безпечного водіння в різних дорожніх ситуаціях.

Курси з підготовки водіїв та іспити на право керування повинні зводити до мінімуму тривалість періоду підвищеного ризику, що настає з початком самостійного керування транспортним засобом після отримання посвідчення водія. Не завжди вивчають умови, за яких водію, осудженому за серйозні порушення ПДР, можна знову довіряти керування транспортним засобом.

Відсутній моніторинг системи підготовки водіїв, який мав би бути важливим засобом поліпшення якості навчання та підвищення рівня підготовки водіїв. Реєстр ДТП із тяжкими наслідками, а за необхідності й усіх ДТП, має відповісти на запитання:

- вихованці якої школи водіїв, якого інструктора не підготовлені до безпечного керування транспортним засобом;

- яким школам необхідно заборонити прийом учнів.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що на основі аналізу чинного законодавства України необхідно визначити особливості функціонування системи підготовки водіїв і запропонувати шляхи її вдосконалення на сучасному етапі забезпечення безпеки дорожнього руху.

Список використаних джерел

1. Під час відвідин автошкіл: Новини від 06.08.2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://news.mail.ru/inworld/ukraine/>.

2. Редзюк А. М. Державна концепція підвищення безпеки дорожнього руху в Україні // Автошляховик України. – 2006. – № 1. – С. 4–10.

3. Кликовштейн Г. И., Афанасьев М. Б. Организация дорожного движения. – М., 1997.

Стаття надійшла до редакції 11.12.2012 р.

The state of preparation of drivers of vehicles which are inalienable part and is based on many the constituents of the system of providing of safety of travelling motion in Ukraine is probed in the article.

В статье исследуется состояние подготовки водителей автотранспортных средств, что является неотъемлемой частью и базируется на многих составляющих системы обеспечения безопасности дорожного движения в Украине.



Олександр Ткаченко,

здобувач Національного університету біоресурсів
і природокористування України,
м. Київ

СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ОХОРОНИ ТА БЕЗПЕКИ В ДІЯЛЬНОСТІ УПРАВЛІННЯ ДЕРЖАВНОЇ ОХОРОНИ УКРАЇНИ

У статті досліджуються складові діяльності Управління державної охорони України, доводиться необхідність розрізнення функцій безпеки й охорони.

Ключові слова: управління державної охорони, президент, вищі посадові особи, національна безпека, функція безпеки, функція охорони.

Конфліктний розвиток сучасного світового співтовариства, поєднаний із млявістю діяльності міжнародних інституцій, передусім ООН та ОБСЄ, а також внутрішня конфліктогенність українського суспільства зсередини утворюють підґрунтя для активізації різноманітних деструктивних сил, завдання шкоди українській державності. За цих умов особливого значення набувають питання захисту конституційного ладу, національного суверенітету та державності України. У цьому аспекті нагальним є формування нових підходів і нових кадрів, вихованих у нових умовах інформаційного суспільства щодо розуміння сутності та призначення Управління державної охорони (далі – УДО) України. Застарілі підходи, відсутність молодого покоління на керівних посадах призводять до калькування роботи УДО і колишнього 9 управління КДБ СРСР.

Нині очевидними стають факти силової ліквідації керівників держав, які не відповідають «демократичним стандартам»: С. Хусейн (Ірак), М. Каддафі (Лівія). За потурання міжнародних організацій відбулися зміни правлячих еліт у Тунісі, Єгипті, Афганістані, Конго, Грузії. Досі відбуваються конфлікти в Сирії, інспіровані ззовні. За цих умов, тим більше через невиважену внутрішню політику, керівництво нашої держави сприяє формуванню значного потенціалу щодо силового повалення державної влади в Україні.

Актуальність написання статті зумовлена теоретичною необхідністю здійснення розрізнення функцій безпеки та охорони, адже від правильного усвідомлення цього теоретичного посилу фактично залежатиме подальша доля інституту президента в Україні.

Мета цієї статті – визначити зміст функцій безпеки й охорони, обґрунтувати позицію що УДО України реалізує функцію безпеки.

Слід визнати, що науковці, передусім представники теоретичних шкіл теорії права, теорії інформаційного, конституційного й адміністративного права, не визнають ролі сили у міжнародних відносинах. Ця тема взагалі не є окремим науковим напрямом, а в рамках теорії державної безпеки, яка, до речі, ще не стала уконституційованою гносеологічною системою науки, питання охорони президента розглядаються лише в аспекті фізичного захисту. Застосування нами методології моделювання, баясовських моделей, сітьового планування, а також синергетичного підходу та теорії гіперсистем дозволяє стверджувати про концептуально помилковий підхід, передусім науковців, щодо ігнорування настільки важливих проблем.

Проблемам забезпечення національної безпеки приділяється увага в роботах В. Горбуліна, В. Ліпкана, М. Левицької, Ю. Максименко, В. Настюка, Г. Пономаренко та ін. [1–14], але жоден із цих дослідників окремо не розглядав місце та роль УДО в реалізації безпекової політики Президента України.

Важливим аспектом у теоретичній площині є з'ясування відмінності між функціями охорони та безпеки. Адже обстоюючи власну позицію щодо помилкового як тлумачення, так і розуміння змісту процесів щодо забезпечення безпеки Президента, необхідно теоретично довести відмінність функцій охорони та безпеки, провести компаративний аналіз змістовних складових діяльності УДО.

Важливість і нагальна потреба розв'язання зазначених питань зумовлені результатами проведеного нами аналізу практичної діяльності УДО України, у процесі якого виявлено низку суперечностей, передусім, змістовного, інформаційного, правового й організаційного характеру, що в цілому формує проблемний комплекс, який заважає ефективно забезпечувати безпеку Президента України, повною мірою реалізовувати ним конституційні функції

як гаранту державного суверенітету та незалежності нашої держави.

Передусім, слід зазначити, що, як функція безпеки, так і функція охорони тісно пов'язані між собою. Однією з ознак, за якою їх можна об'єднати, є те, що вони обидві пов'язані з обмеженням прав і свобод людини та громадянина.

Сукупність прав і свобод людини та громадянина утворюють своєрідну основу та базу, спрямованість державної політики, уособлюють зміст національних інтересів, є формою української державності. Тому з'ясування змісту функцій безпеки й охорони в даному контексті носить не лише теоретичний, а й суто практичний характер.

Обмеження прав і свобод людини та громадянина є виключною мірою, коли іншими засобами неможливо уникнути заподіяння шкоди національним інтересам. Ця процедура реалізується через запровадження спеціальних адміністративно-правових режимів.

Що стосується нашої статті, то такі обмеження можуть стосуватися реалізації як функцій безпеки, так і охорони. Основним змістом функції охорони є збереження в заздалегідь заданих параметрах певних характеристик об'єкта (фізичної цілісності Президента, недоторканності об'єктів критичної інфраструктури тощо). Натомість зміст функції безпеки є ширшим: оптимізація соціальних процесів, корекція алгоритмів соціального управління з метою формування умов для управління безпекогенними чинниками та підтримання в межах допустимих для розвитку і виконання поставлених перед президентом завдань параметрів системи його безпеки.

Успішна діяльність із забезпечення безпеки можлива за умови взаємодії не лише державних, а й громадських структур. Залучення для забезпечення охорони громадського порядку недержавних формуваль для реалізації державними органами функції охорони є важливим моментом для розуміння сутнісних відмінностей у даних функціях. Зокрема, забезпечення безпеки на Олімпійських іграх у Лондоні у 2012 р. було покладено на приватну фірму, яка підготувала на надала 13 200 осіб для реалізації поставлених державою та контрактом завдань.

Функція охорони не є прерогативою винятково державних органів. Вивчення нами практики забезпечення внутрішньої безпеки, зокрема реалізації функції охорони всередині країни, дає можливість стверджувати, що ефективна реалізація державної політики стає можливою лише за умови тісного залучення недержавних структур до реалізації функції охорони. Дедалі більшого значення у даному процесі набувають органи місцевого самоврядування, у веденні яких перебуває забезпе-

чення охорони громадського порядку, тобто вони є безпосередніми суб'єктами реалізації функції охорони. Позитивний досвід щодо формування територіальної оборони та прямої відповідальності генерал-губернаторів з цього приводу можна також запозичити і у Білорусі.

Слід зазначити, що теоретична невизначеність із вживаною нами термінологією закладена у Конституції України, в якій відсутні легальні визначення ключових для нашого розгляду понять: охорона та безпека.

Аналіз законодавства дає можливість констатувати, що реалізація функції безпеки покладена на державні органи. Але, аналіз наукової літератури дещо знецінює законодавче відставання у регулюванні суспільних відносин у безпековій сфері. Так, В. Ліпкан виділяє таких суб'єктів забезпечення національної безпеки, як недержавні. Більше того, він пропонує досліджувати систему недержавного забезпечення національної безпеки, визначити її структуру, розробив Доктрину недержавного забезпечення національної безпеки [1–5]. Його пропозиції стали в нагоді при створенні Інституту безпеки підприємництва в Європейському університеті, а також Навчально-наукового інституту менеджменту безпеки Університету економіки та права «КРОК».

За своєю суттю діяльність із створення умов для ефективної реалізації президентом своїх повноважень не обмежується захистом або охороною його прав. Вона значно ширша і включає в себе профілактичні й інші заходи, які в цілому створюють умови, за яких президент може ефективно реалізовувати державну політику. Співвідношення даних функцій ми розглядаємо виключно з точки зору діяльності президента і теми нашої статті; для екстраполяції на інші проблеми безпекової тематики вони помилкові. За критерієм обмеження прав і свобод людини зведення будь-якої діяльності правоохоронних органів до реалізації функції безпеки призведе до зміни адміністративно-правових режимів обмеження прав і свобод людини. А такі режими при здійсненні функції безпеки є набагато суворішими, ніж при реалізації функції охорони. Крім того, в нашій державі рівень злочинності не набув загрози національній безпеці, тому перехід до безпекових заходів не є доцільним, адже може замінити демократію на тоталітаризм (під прикриттям необхідності забезпечення високого рівня безпеки).

Підміна функції охорони функцією безпеки призвела до неправильної оцінки подій, що відбувалися на близькому сході у листопаді 2012 р., коли Ізраїль почав здійснювати обстріли Палестини. Прикриваючись гаслом забезпечення власної безпеки, насправді бу-

ло нівельовано функцію охорони, підмінено її функцією безпеки та фактично розпочато війну з іншою державою. Такі ж обстріли з «метою захисту національної безпеки» Ізраїль здійснив по Сирії. Це свідчить, що міжнародне співтовариство заплющує очі на такі дії окремих держав, але дуже гостро реагує на події у тих державах, які можуть стати вигідною «ресурсною здобиччю». Тому суто теоретичне питання щодо співвідношення функцій охорони та безпеки фактично лежить в практичній площині, адже вдале маніпулювання термінологією, законодавча невизначеність окремих понять і засобів забезпечення цих функцій може призвести до серйозних геополітичних проблем і врешті-решт до війни.

Інститут президента як ніколи в Україні потребує вжиття активних заходів безпеки. Чим раніше це збагнуть чиновники, тим скоріше буде налагоджено концептуально й якісно нову систему безпеки Президента України. Безпека Президента забезпечується засобами безпеки, здійснюється в контексті реалізації політики національної безпеки, тобто реалізується в рамках здійснення функції безпеки, а не функції охорони.

Ми не хочемо впадати в крайнощі та виголошувати зміст функції охорони, принижувати її значення для захисту прав і свобод людини та громадянина. Адже зниження рівня та дієвості даної функції може призвести до зниження загального рівня правового регулювання прав і свобод, демократії та розвитку її інститутів.

Екстраполяція даних положень на нинішнє помилкове розуміння змісту діяльності із забезпечення безпеки президента призводить до того, що система фізичного його захисту фактично стає самовідтворювальною, оскільки її постійне вдосконалення потребує постійного пошуку загроз саме в площині фізичних загроз президенту та його життю.

Стійкість демократичних інститутів ґрунтується на функціонуванні надійного механізму забезпечення та гарантування основних прав і свобод людини та громадянина. Функція охорони у такому випадку відіграє ключову і вирішальну роль. Із її допомогою забезпечується: правова державність; механізми правотворчості та правового регулювання; місцеве самоврядування.

У цивільному житті функція охорони, зокрема правоохорони, є важливим індикатором демократичного суспільства, адже зведення будь-якої діяльності до функцій безпеки неодмінно призводить до концентрації повноважень у руках однієї групи, яка керує державою та перетворює силові структури і правоохоронні органи на підручні структури, що виконують завдання олігархату та влади, але не забезпечують захист законних прав та ін-

тересів громадян. Саме тому в повсякденному житті функція охорони має домінуючий характер і визначає спрямованість діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування.

Існує чимало прикладів, коли «в інтересах національної безпеки» починалися війни, були обмежені законні права та свободи громадян. Натомість у законодавстві, нормативних актах не визначена ця категорія, тому силові структури можуть маніпулювати нею, на власний розсуд обмежуючи права.

На думку С. Петрова, правоохорона та безпека – явища не лише взаємозумовлені, а й взаємопереходячі [15, с. 18], але їх ототожнення є небезпечним. Заслугує на увагу ракурс, з якого також можна дослідити дану проблему розмежування безпекогенних чинників на загрози безпеці та загрози правам і свободам людини та громадянина. За такого підходу відповідно до виявлених та ідентифікованих як таких загроз безпеці слід вживати заходи безпеки, тобто реалізовувати функцію безпеки. Стосовно загроз правам і свободам, то тут слід вести мову про реалізацію функції правоохорони. Таким чином, фактично заходи охорони це, так би мовити, заходи першого порядку, тобто заходи безпеки першого рівня, коли не потрібно застосовувати заходів безпеки, і заходів охорони вистачає для того, щоб забезпечити належний рівень реалізації прав і свобод людини.

Перевищення зазначених меж перетворює це порушення на загрозу безпеці і фактично заходи охорони трансформуються у заходи безпеки. Оцінкою рівня загроз має займатися аналітичне управління в складі УДО України. Саме воно має відстежувати безпекогенні чинники та надавати конкретні рекомендації, вживати заходів щодо ефективної реалізації президентом покладених на нього завдань. Специфіка діяльності УДО України полягає у тому, що вони самостійно здійснюють оцінку та створюють прогностичні моделі розвитку даних загроз, відповідно до чого формують систему адекватних даним загрозам заходів.

За своєю значимістю будь-яке посягання на президента, його права та свободи тощо сприймається не так, як посягання на права окремої людини. Це зумовлено спеціальним статусом президента, його визначальною роллю як гаранта Конституції України. Саме тому механізм правоохорони щодо президента початково не задіюється і будь-які посягання на інтереси президента, його інтереси, життя, здоров'я стають загрозою його безпеці та відповідно потребують вжиття заходів безпеки і реалізації функції безпеки.

На відміну від звичайних громадян, де трансформація заходів охорони та безпеки

виступає мірою вимушеною, яка залежить від рівня загроз, у випадку із президентом, зважаючи на його правовий статус, будь-які посягання на його законні права й інтереси становлять загрозу його безпеці. Таким чином, щодо президента не можуть застосовуватися заходи правоохорони, натомість увесь спектр його законних прав та інтересів перебуває у межах реалізації функції безпеки за допомогою адекватних заходів.

Висновки

Функції охорони та безпеки є різними за своєю суттю. Особливо ця різниця є відчутною стосовно забезпечення безпеки президента. Чітке їх розмежування є важливим теоретичним завданням.

Ототожнення заходів безпеки із заходами охорони призводить до небезпечного запровадження в діяльність УДО України невластивих форм і методів забезпечення безпеки, знижує, передусім, аналітичну та прогнозну складову, нівелює інформаційні можливості щодо формування безпечного інформаційного простору для президента й ефективного виконання покладених на нього завдань [16].

Ми вважаємо, що УДО України реалізує функцію безпеки за допомогою заходів безпеки і режимів безпеки, а тому УДО України забезпечує безпеку президента, а не лише його охорону.

Список використаних джерел

1. Ліпкан В. А. Національна безпека України. – К., 2008. – 552 с.
2. Ліпкан В. А. Теорія національної безпеки. – К., 2008. – 631 с.
3. Ліпкан В. А., Ліпкан О. С. Національна і міжнародна безпека у визначеннях та поняттях. – К., 2008. – 400 с.
4. Ліпкан В. А., Максименко Ю. Є., Желіховський В. М. Інформаційна безпека України в умовах євроінтеграції. – К., 2006. – 280 с.

5. Ліпкан В. А., Діордіца І. В. Національна безпека України: кримінально-правова охорона. – К., 2007. – 292 с.

6. Горбулін В. П., Качинський А. Б. Системно-концептуальні засади стратегії національної безпеки України. – К., 2007. – 592 с.

7. Пономаренко Г. О. Управління у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави: адміністративно-правові засади. – Х., 2007. – 448 с.

8. Пономаренко Г. О. Адміністративно-правові засади управління у сфері забезпечення внутрішньої безпеки держави: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. – Х., 2008. – 39 с.

9. Настюк В. Я. Адміністративно-правові режими у сфері національної безпеки та протидії тероризму. – К., 2008. – 245 с.

10. Чуйко З. Д. Конституційні основи національної безпеки України: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 209 с.

11. Нижник В. Н., Ситник Г. П., Білоус В. Т. Національна безпека України (методологічні аспекти, стан і тенденції розвитку) / За ред. П. В. Мельника, Н. Р. Нижник. – Ірпінь, 2000. – 304 с.

12. Данільян О. Г., Дзьобань О. П., Панов М. І. Національна безпека України: структура та напрямки реалізації. – Х., 2002. – 285 с.

13. Ліпкан В. А. Теоретико-методологічні засади управління у сфері національної безпеки України. – К., 2005. – 350 с.

14. Левицька М. Б. Теоретико-правові аспекти забезпечення національної безпеки органами внутрішніх справ України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2002. – 206 с.

15. Петров С. Соотношение функций обеспечения безопасности и правоохраны в деятельности правоохранительных органов // Власть. – 2000. – № 11. – С. 15–21.

16. Ліпкан В. А., Залізняк В. А. Систематизація інформаційного законодавства України / За ред. В. А. Ліпкана. – К., 2012. – 304 с.

Стаття надійшла до редакції 10.01.2013 р.

Author represents his own vision about activity and its components of Department of the State Guard of Ukraine. Is argued the differences between security and guard functions.

В статье исследуются составляющие деятельности Управления государственной охраны Украины, аргументируется необходимость различия между функциями безопасности и охраны.



Тамара Губанова,

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

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ДЕРЖАВНОГО ФІНАНСОВОГО КОНТРОЛЮ В УКРАЇНІ

У статті досліджуються основні напрями підвищення ефективності адміністративно-правового регулювання державного фінансового контролю, пропонуються заходи реформування системи фінансового контролю.

Ключові слова: фінансовий контроль, стандарти контролю, система контролю, стандартизація.

На сьогодні у системі фінансового права існують невирішені методологічні проблеми, пов'язані з недостатньою з'ясованістю природи внутрішнього та зовнішнього фінансового контролю, нерозвинутістю системи здійснення контролю за використанням державних коштів, необхідністю радикальних змін у правовому забезпеченні функціонування системи державного фінансового контролю в Україні.

Науково-теоретичним підґрунтям для написання статті стали праці таких вітчизняних і зарубіжних учених, як І. Басенцов, В. Гулько, Н. Вітвицька, Л. Воронова, І. Чумакова, Г. Дмитренко, В. Плєскач, Н. Позняковська, І. Стефанюк.

Метою цієї статті є встановлення нормативно-правової основи функціонування, розвитку та вдосконалення державного фінансового контролю в Україні, необхідність створення цілісної й ефективної системи державного фінансового контролю, розроблення рекомендацій щодо напрямів підвищення ефективності адміністративно-правового регулювання державного фінансового контролю.

Нині в Україні існує значна кількість державних органів і служб, які наділені повноваженнями здійснювати контроль, зокрема фінансовий. Так, у сфері державного фінансового контролю діють Рахункова палата, Державна фінансова інспекція України, Державна казначейська служба України, Державна податкова служба України, Державна митна служба України, Національна комісія з цінних паперів і фондового ринку, Фонд державного майна України, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг тощо, а також відповідні служби центральних органів влади.

Слід зазначити, що діяльність державних органів, які виконують функції контролю, здійснюється без чіткої взаємодії. На практиці фінансовий контроль існує не як єдина система, а у вигляді вирішення окремих проблем, виконання певних завдань, покладених на ці установи. Це зумовлює дублювання, неузгодженість функцій контролюючих установ, що, у свою чергу, позначається на результативності фінансового контролю та державного управління у цілому.

Незважаючи на певні досягнення у роботі Державної фінансової інспекції України, стан державного внутрішнього контролю в Україні ще не відповідає стандартам, що існують у країнах – членах ЄС. На сьогодні існує певна неузгодженість у визначенні понятійної бази державного внутрішнього фінансового контролю, яка застосовується у законодавстві, науковій і практичній діяльності в Україні, з понятійною базою ЄС [1, с. 36]. Стандартизація створить організаційно-методичну основу спеціалізації та кооперування органів державного фінансового контролю, додасть їх системі властивості самоорганізації [2, с. 35]. Це, у свою чергу, посилить взаємодію контрольних органів між собою, сприятиме об'єднанню їх зусиль, економії всіх видів ресурсів [3, с. 77].

Аналіз порушень фінансової дисципліни у використанні бюджетних коштів і використання державного та комунального майна в Україні свідчить, що у коло завдань органів внутрішнього державного контролю потрапляють лише певні об'єкти: дотримання чинного законодавства, достовірність бухгалтерського обліку та фінансової звітності [4, с. 138]. Так, порушення фінансової дисципліни – це незаконне та нецільове використання державних ресурсів, що має місце у більш як половині об'єктів контролю [2, с. 181–182].

Слід зазначити, що недостатньо уваги приділяється оцінці ефективності управління об'єктом контролю. Забезпечення економічної безпеки країни вимагає здійснення контролю не лише за цільовим спрямуванням державних ресурсів, а й за ефективністю та результативністю їх використання.

Не викликає сумніву необхідність створення цілісної й ефективної системи державного фінансового контролю в Україні. На жаль, в Україні відсутній рамковий закон про фінансовий контроль, який би визначив базову структуру, суб'єкти й об'єкти контролю, загальне визначення сутності та процедур контролю.

У Законі України «Про систему державного фінансового контролю» мають визначатися органи державного фінансового контролю. На особливу увагу заслуговує розмежування сфер їх діяльності, встановлення об'єктів контролю. Не викликає сумнівів той факт, що в ситуації, яка склалася, державний фінансовий контроль повинен мати законодавчу базу, спільну для всієї системи державного контролю. Ухвалення Бюджетного кодексу, Податкового кодексу та низки підзаконних актів відіграло свою роль у формуванні законодавчої бази державного фінансового контролю, але повною мірою питання законодавчого регулювання державного фінансового контролю вирішені не були.

Аналіз ефективності фінансового контролю в Україні свідчить про низку серйозних проблем його становлення. Найважливіша з них – методологічна проблема, пов'язана з недостатньою з'ясованістю природи внутрішнього та зовнішнього фінансового контролю [4, с. 138].

Наступна проблема полягає в тому, що сьогодні державний фінансовий контроль не поширюється на доходи Державного та місцевих бюджетів. В Україні ці функції покладені на податкову службу. Важливою проблемою є також відсутність належного Державного фінансового контролю за використанням державної та комунальної власності.

В Україні результативність державного внутрішнього фінансового контролю оцінюється за допомогою таких показників: загальні відомості про контрольно-ревізійну роботу; відомості про виявлені фінансові порушення; вжиті заходи за результатами контрольних заходів; реалізація вжитих заходів за результатами контрольних заходів; відомості про стан усунення фінансових порушень. Слід зазначити, що ці критерії не дозволяють повною мірою оцінити результативність державного внутрішнього фінансового контролю. В літературі висловлювалася пропозиція додати до складу відомостей про результати контрольно-ревізійної роботи такі показники: окупність проведення заходів;

величина порушень, виявлених за день контрольного заходу; співвідношення планових і позапланових контрольних заходів. До складу відомостей про рівень усунення фінансових порушень слід додати такий показник, як кількість прийнятих управлінських рішень щодо усунення причин порушення.

Важливою проблемою залишається відсутність системи здійснення контролю за використанням державних коштів. Порушення чинного законодавства, нецільове витрачання коштів, марнотратство і навіть розкрадання стають, на жаль, нормою нашого життя [5, с. 182].

Для вдосконалення організаційно-правового забезпечення фінансового контролю з боку держави важливе значення має законодавча регламентація розмежування предметів відання фінансово-контрольних органів. Недоліки у змісті державної фінансово-контрольної діяльності багато в чому пов'язані з недосконалістю її організаційно-структурної побудови. Наявність багатьох контролюючих структур різної відомчої підпорядкованості з однаковими або схожими функціями ускладнює їх роботу. Між органами, що здійснюють державну фінансово-контрольну діяльність, немає належної координації. Очевидно, що на сьогодні необхідні радикальні зміни не лише в сутності системи, але й її організації, правовому забезпеченні, взаємодії всіх контролюючих органів. Існуючий нині державний фінансовий контроль не носить превентивного профілактичного характеру, оскільки він, як правило, є лише реєстратором порушень, а не інструментом їх попередження. Основною перешкодою у вирішенні існуючої проблеми є конкуренція державних контрольних органів між собою.

Окремі дослідники, розглядаючи напрямки розвитку цілісної системи державного фінансового контролю в Україні, пропонують сприяти формуванню цілісності системи державного фінансового контролю шляхом прийняття Кодексу державного фінансового контролю України, який буде системоутворюючим нормативним актом щодо визначення суб'єктів державного фінансового контролю, їх класифікації залежно від компетенції стосовно об'єктів контролю [6].

Заслуговує на увагу пропозиція запровадження двох вищих органів державного фінансового контролю, здійснення структурування або угруповання суб'єктів державного фінансового контролю за ознаками компетенції стосовно об'єктів контролю на три групи [3, с. 78]:

- вищий державний фінансовий контроль, у складі Державної фінансової інспекції України та Рахункової палати;
- зовнішній державний фінансовий контроль, у складі Державної казначейської

служби України, Державної податкової служби України, Державної митної служби України;

- внутрішній державний фінансовий контроль, у складі всіх контрольно-ревізійних підрозділів міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, місцевих органів виконавчої влади, інших головних розпорядників бюджетних коштів, органів місцевого самоврядування.

Удосконалення та підвищення ефективності державного фінансового контролю можливе також через виведення Державної фінансової інспекції України із підпорядкування Міністерства фінансів України.

Оптимізація форм і методів державного фінансового контролю орієнтована на його організаційно-правове забезпечення, виражене в процесуальних нормах. Важлива саме правова форма контролю, що визначає специфічну організаційну діяльність органів держави, посадових осіб, інших суб'єктів, яка здійснюється на основі дотримання вимог закону й інших нормативних актів, результати завжди зумовлюють певні юридично значущі наслідки або пов'язані з їх настанням. Вказані два моменти виступають в органічній єдності й є основними визначальними властивостями, кваліфікують будь-яку організаційну форму діяльності як правову.

Оптимізація методичного забезпечення системи державного фінансового контролю повинна здійснюватися з урахуванням того, що різноманітність організаційно-правових форм господарюючих суб'єктів, бурхливий розвиток підприємництва за відсутності належного державного контролю створюють умови для корупції та зловживань в економічній сфері. Зміцнення економіки країни, боротьба з корупцією, подолання всіх негативних явищ перехідного періоду неможливі без зміцнення вертикалі державної влади на всіх рівнях управління економікою, у тому числі через удосконалення форм і методів державного фінансового контролю.

Оптимізуюче значення має принцип визначеності державного фінансового контролю, який передбачає, що форми та методи контрольно-фінансової діяльності повинні мати процесуально-правову регламентацію і бути повністю врегульовані на рівні закону, що, у свою чергу, зумовлено необхідністю дотримуватися принципу законності.

Невизначеність законодавчих норм, що регламентують форми здійснення контролю, призводить до необґрунтованого використання кадрових і технічних ресурсів, до додаткових витрат на обробку інформації, що знижує рентабельність контролю. Стан сучасного українського законодавства не дозволяє зробити висновок про досягнення ме-

ти визначеності та законності контролю як системи процесуальних дій, врегульованих правом.

Крім того, потребують законодавчого визначення форми здійснення контролю. Для оптимізації державного фінансового контролю необхідно, щоб він здійснювався у формі обліку даних і фінансової перевірки. Під обліком даних маємо на увазі обов'язкове надання організаціями та фізичними особами передбаченої інформації у вигляді документів встановленої форми. Під перевіркою розуміємо здійснення органами державного фінансового контролю дій, перелік і порядок здійснення яких прямо передбачені законодавством, по отриманню від організацій і фізичних осіб інформації в передбаченій формі.

Органи державного фінансового контролю можуть використовувати будь-які методи перевірки інформації або її отримання, що не порушують законодавство, права та свободи особи. Проте для використання одержаних у ході перевірки результатів і настання правових наслідків має дотримуватися регламентований законом порядок і використовуватися лише визначені законом методи. У встановлених законом випадках юридичним результатом одержаних результатів контролю є відповідальність. Більше того, відповідальність може наставати тільки в результаті здійснення контролю. При цьому в двох випадках результати контролю можуть не мати правових наслідків у вигляді санкцій: якщо результати позитивні та порушень не виявлено; якщо порушення відомі, але їх наявність встановлена з порушенням законодавчо закріпленого порядку і засобів отримання даних.

Одним із важливих методичних аспектів організації контролю за виконанням розпоряджень контрольних органів з метою підвищення якості контрольної роботи є розроблення методики здійснення внутрішнього контролю.

Незважаючи на те, що законодавче регулювання процедур контролю в цілому, з погляду принципів організації контролю, має правильний вектор розвитку, правове регулювання форм фінансового контролю вимагає значних доопрацювань і вдосконалень. На даний час здебільшого здійснюється контроль за виконанням законів про бюджет за звітний період, поточний контроль за виконанням бюджету поточного року, проводяться експертизи проекту бюджету на майбутній рік. Іншими словами, фінансовий контроль зведений до бюджетно-фінансового контролю, обмежений виключно бюджетними коштами, що не охоплює всієї системи економічних відносин у державі, мікросистем господарюючих суб'єктів різних організаційно-правових форм.

Про оптимізацію форм і методів контролю можна вести мову в широкому та вузькому значенні, маючи на увазі різні форми обліку і перевірки. При цьому одні форми закріплені законодавчо, інші – на рівні підзаконних нормативних актів. За умови жорсткої законодавчої регламентації форм і методів здійснення податкового контролю підготовка до контрольних заходів буде більш ретельною та продуманою, а вибір об'єкта – адресним і цілеспрямованим. Використання оптимальних процесуальних форм дозволить максимально реалізовувати результати контролю.

Особливо важливо законодавчо закріпити однозначні процесуальні форми у сфері контролю у вузькому значенні. На нашу думку, це особливо важливо у сфері податкового контролю, де вибір форм і методів контролю, що підлягають юридичному закріпленню, повинен ґрунтуватися на дотриманні балансу інтересів платників податків і держави, а в ідеалі – суспільства. Необхідно підвищувати ступінь визначеності форм і методів контролю, переводити їх регулювання із сфери підзаконної нормотворчості на рівень законодавчих актів. Такі перетворення повинні сприяти розвитку правової податкової культури, високій фінансовій ефективності заходів державного фінансового контролю.

Найважливіший принцип організації державного фінансового контролю, реалізація якого дозволить уникнути дублювання в діяльності контрольних органів, – розмежування компетенції органів державного фінансового контролю відповідно до конституційного принципу поділу влади. Науково вивірені та підтверджені світовою практикою принципи державного фінансового контролю є його організаційною та правовою основою і повинні знайти відповідне законодавче оформлення у законі «Про державний фінансовий контроль».

Сприятиме підвищенню ефективності здійснення державного фінансового контролю в Україні, на нашу думку, законодавче виділення у структурі державного фінансового контролю незалежного найвищого органу зовнішнього контролю, який би вирішував питання координації, методології, наукового й інформаційного забезпечення, підготовки кадрів і своєчасного підвищення їх кваліфікації. Такий орган міг би розробляти необхідні методики щодо організації контрольних заходів, типового оформлення фактів і реалізації матеріалів перевірок, у тому числі рекомендації щодо вирішення питань у різних ситуаціях, які виникають під час проведення контрольних заходів; організовувати підготовку та перепідготовку кадрів з урахуванням сучасної міжнародної практики обліку і статистики. Таким найвищим органом зовнішнього контролю, враховуючи практику, що склала-

ся та тенденції законодавчого врегулювання правового статусу, могла б бути Рахункова палата.

Самостійне правове оформлення у законі «Про державний фінансовий контроль» повинні знайти форми та методи державного фінансового контролю. Слід закріпити, як мінімум, дві основні форми державного фінансового контролю: перевірка та ревізія, а також такі методи, як аналіз, нагляд, обстеження, інвентаризація, синтез, контрольньо-технічні та математичні методи. Відповідно, зміст і механізми реалізації цих методів повинні розкриватися у Бюджетному кодексі України.

Заслугує на увагу такий напрям діяльності із удосконалення організаційно-правового забезпечення фінансового контролю держави, як поліпшення юридичної роботи над проектами нормативно-правових актів на стадії їх розроблення й обговорення, встановлення відповідальності у разі допущення правових помилок, виявлених після ухвалення нормативно-правових актів.

Прийняття закону «Про державний фінансовий контроль» стане початком формування комплексної системи законодавчих і нормативних актів у сфері фінансово-контрольної діяльності України. Цей закон підвищить статус норм державного фінансового контролю, поставить правові акти, що регулюють фінансово-контрольну діяльність держави на один ступінь із іншим законодавством (тобто правовими актами інших сфер державного управління). Зазначена обставина має важливе значення і при вирішенні правових колізій чинного законодавства з участю фінансово-контрольних органів (наприклад, відносно винесених ними актів по перевірках). Прийняття зазначеного закону дозволить перейти фінансово-контрольній діяльності України на якісно інший рівень, що відповідає потребам сучасного державного управління. При цьому основною метою закону має стати встановлення нормативно-правової основи функціонування, розвитку та вдосконалення державного фінансового контролю в Україні.

Важливим напрямом підвищення ефективності системи фінансового контролю, забезпечення його законності є також формування необхідного рівня правової культури посадових осіб системи органів, які здійснюють державний фінансовий контроль. Особливу значущість у діяльності посадових осіб, яким доручається застосовувати свої знання від імені держави, компетентних органів і організацій, має правова культура, що є ефективним засобом забезпечення законності та правомірності їх дій. Вона полягає в знанні певної частини юридичних норм, в умінні ними правомірно користуватися, керуватися в повсякденному житті, у прагненні, бажанні

діяти скрізь і завжди тільки відповідно до приписів закону. Будь-яке правильне рішення, дія посадових осіб компетентних органів та організацій загрожує такими наслідками, як втрата авторитету не лише відповідної юридичної особи, а й держави в цілому. Крім того, працівник фінансових органів одночасно зобов'язаний володіти знаннями права та законів економіки.

Система фінансового контролю складається з частин і елементів, тому необхідно класифікувати сучасну організацію державного фінансового контролю за суб'єктами, що його здійснюють, об'єктами контролю, а також типами контролю, видами, формами та методами здійснення.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що, для підвищення ролі фінансового контролю в Україні, вирішення основних проблем у державі, які пов'язані з цим питанням, необхідно реформувати систему фінансового контролю. Перш за все, необхідно:

удосконалити чинну законодавчу базу, нормативно-правові акти, інструктивні та методичні документи, що підвищують ефективність державного фінансового контролю;

створити та відпрацювати механізм координації роботи контрольних органів;

вирішити питання поліпшення матеріально-технічного забезпечення контрольних органів;

провести заходи з удосконалення професійного рівня працівників контрольних органів;

вивчити та впровадити в практику зарубіжний досвід проведення державного фінансового контролю.

Найважливішим засобом ефективного підвищення результативності державного фінансового контролю є прийняття закону України «Про державний фінансовий контроль», закріплення в ньому основних понять, що використовуються при організації та здійсненні державного фінансового контролю, цілей, завдань і принципів державного фінансового контролю, встановлення рамок функціонування єдиної системи державного фінансового контролю, визначення правового статусу органів державного фінансового контролю, заходів відповідальності за порушення фінансового законодавства.

Список використаних джерел

1. Басанцов І. В. Стандартизація фінансового контролю як один із початкових етапів реформування контрольної системи України // Вісник Української академії банківської справи. – 2008. – № 1. – С. 33–39.
2. Державний фінансовий контроль / Н. С. Вітвицька, І. Ю. Чумакова, М. М. Коцупатрий, М. Т. Фенченко. – К., 2003. – 408 с.
3. Дмитренко Г. В. Проблеми удосконалення державного фінансового контролю в контексті зарубіжного досвіду // Економіка & держава. – 2009. – № 7. – С. 76–79.
4. Стефанюк І. Б. Теоретичні засади побудови нової системи державного фінансового контролю підприємницької діяльності // Фінанси України. – 2007. – № 11. – С. 137–146.
5. Гулько В. В. Удосконалення механізму державного фінансового контролю в Україні // Актуальні проблеми економіки. – 2010. – № 12. – С. 181–185.
6. Позняковська Н. М. Державний фінансовий контроль в Україні: стан та перспективи // Вісник НУБГП: Економіка. – 2007. – № 4. – С. 88–96.

Стаття надійшла до редакції 26.11.2012 р.

The article deals with the main directions of improving the efficiency of administrative and legal regulation of state financial control, measures of reforming the system of financial control.

В статті досліджуються основні напрямки підвищення ефективності адміністративно-правового регулювання державного фінансового контролю, пропонуються заходи реформування системи фінансового контролю.



Ірина Сопілко,

канд. юрид. наук, доцент,
директор Юридичного інституту
Національного авіаційного університету

КОНЦЕПТУАЛЬНІ ЗАСАДИ ФОРМУВАННЯ КІБЕРБЕЗПЕКОВОЇ ПОЛІТИКИ УКРАЇНИ

У статті досліджуються сучасні тренди кібербезпекової політики, виявляються передумови та формулюються засади формування даної політики в Україні.

Ключові слова: кібербезпека, кіберпростір, кібервійна, кіберполітика, кібербезпекова політика, кіберсуспільство.

Сприйняття сучасного рівня глобалізації поступово відходить від однозначного схвалення. Дедалі більше дослідників чимраз гучніше та гостріше порушують питання про необхідність дослідження негативного впливу глобалізації на формування інформаційного суспільства. Ми стаємо свідками формування нового мережевого суспільства, все гостріше постає потреба в осмисленні нової ролі держави не тільки у державотворчих процесах, а й у формуванні нової політики в інформаційному просторі – кіберполітики. Більше того, з огляду на складнощі, що виникають у процесі її реалізації, значну кількість загроз, які випереджають здатність держави щодо їх своєчасного прогнозування, виявлення та нейтралізації або ефективного попередження, виникає потреба у формуванні нового інституту інформаційного права – кібербезпекової політики.

Актуальність статті зумовлена тим, що питанням, які в ній розглядаються, в наукових колах приділяється недостатньо уваги, а нагальність його вирішення корелює із сучасними тенденціями швидкоплинного цифрового світу, трансформації інформаційного суспільства і формування на його основі мережевих та інших суспільств.

Мета цієї статті полягає у тому, щоб визначити концептуальні засади формування кібербезпекової політики України відповідно до її національних інтересів.

Що стосується рівня дослідженості проблеми, то чимало дослідників описують позитивні моменти як формування інформаційного суспільства, так і необхідності розроблення інформаційного права як загального регулятора інформаційних правовідносин [1–3]. Інша група дослідників зосереджує увагу у власних пошуках на забезпеченні інформаційної безпеки, реалізації окремих положень державної інформаційної політики [4–14], але

без урахування сучасних тенденцій у кіберпросторі, концентруючись здебільшого на питаннях систематизації інформаційного законодавства та розвитку різноманітних інститутів інформаційного права. Автори на свій лад трактують інформаційне суспільство, виходячи з постульованих в інформаціологічній парадигмі положень. При цьому зміст інформаційного суспільства, на жаль, розкривається відповідно до того, яку галузь науки репрезентує дослідник. Такий стан речей призвів до повного хаосу як в інформаційному праві, так і кібербезпекових розвідках, які не можуть надати парадигмальну концепцію державної інформаційної політики, виробити засади кібербезпекової політики. На цьому тлі дослідження Національного інституту стратегічних досліджень виглядають своєчасними, але досить прожекторськими, оскільки в них взагалі не згадуються дослідники, які працюють у тому ж напрямі та мають набагато більше наукових публікацій [15]. Конструктивнішою є позиція застосування міждисциплінарного підходу, зокрема робіт із різних галузей знань, які можуть бути використані для досягнення цілей статті.

Незрозуміла державна політика у сфері науки призвела до того, що могутня українська держава нині швидко летить до вирію інформаційного хаосу та позбавлення її інформаційного суверенітету, насадження чужих наукових орієнтирів, нехтування українськими традиціями наукостворення і формування спадкоємності в науковій сфері. Цього допустити не можна. Необхідно якнайшвидше створити робочу групу й остаточно доопрацювати та ухвалити Інформаційний кодекс, який має стати відлунням Концепції державної інформаційної політики. Ці документи мають бути пронизані спільною ідеологією, їх основний зміст – полягати у тому, щоб за умов сучасного світу забезпечити Україні надійний рівень процвітання та розвитку в загрозовому кіберпросторі.

Онтологічно концепція кібербезпекової політики є наслідком парадигмального розуміння мультівекторності розвитку інформаційного суспільства та його багатоальтернативності, неможливості заздалегідь визначити напрями розвитку і відповідно чітко врегулювати нормами права відповідні інформаційні правовідносини. Дуалізм парадигмальності щодо необхідності чіткого державного регулювання й іманентності багатоальтернативності розвитку інформаційного суспільства внаслідок трансформації глобалізаційних процесів є висхідним постулатом буття даної концепції, в якій мають бути відображені засади бачення розвитку держави, збереження її провідної та визначальної ролі в суспільних процесах (із імплементації ідей людиноцентризму, тобто із урахуванням антропологічного виміру).

Гносеологічно концепція кібербезпекової політики допомагає операціоналізувати міждисциплінарну методологію до її формування та застосувати її з відповідним додаванням адекватно до методологічного інструментарію щодо розвитку ефективного механізму кібербезпекової політики з урахуванням сучасних тенденцій як щодо генези нових кіберзагроз, так і щодо міждисциплінаризації наук.

Аксіологічно концепція кібербезпекової політики є цінністю, яку сам собою несе документ такого концептуального рівня. Сучасна світобудова та формування цифрового універсуму поза контекстом кібербезпекової політики неможливі. Як і розвиток держави поза кіберполітикою та інформаційним суспільством неможливий. Отже, основною метою даної політики є її здатність сформувати основні цінності, задля яких власне і вона здійснюватиметься. Що стосується значеннєвого статусу зазначеної концепції, то вона також відіграє важливу роль у формуванні як дороговказів усієї державної політики, так і інформаційного законодавства.

Слід визнати, що постановка питання щодо формування основ кібербезпекової політики є новаторською за своїм змістом, адже в рамках правових наук цю тему ніхто не порушував. І хоча сама проблематика стає об'єктом наукового аналізу певних дослідників, зокрема Національного інституту стратегічних досліджень, утім окремо проблеми формування та визначення саме правового змісту даної концепції не розглядаються.

Особливістю кіберпростору є складність його правового визначення, окреслення відносин між суб'єктами. Саме тому лише у США акти кіберзагроз і кібератаки розглядаються як акти проголошення війни. На рівні законодавства це питання не врегульоване і вирішується в рамках керівництва Агентства з національної безпеки. Стосовно інших дер-

жав, то здебільшого питання, що розглядаються, не знаходять свого розвитку, адже в ЄС не прийнято жодного документа, в якому були б чітко виписані процедури виявлення кібератак, здійснена їх класифікація за певними критеріями на відповідні рівні загрози як інформаційному суспільству, так і кіберпростору, мережам, критичній інфраструктурі. Більше того, навряд чи за таких умов можна чітко відокремити кібервійни від кібератак, спеціальних операцій кіберпідрозділів спецслужб іноземних країн і самовільної діяльності хакерів.

Наведені нами факти підтверджують переконаність у необхідності активізації правових досліджень у даній сфері, яка, нині є найменш урегульованою нормами права, хоча об'єктивно є серйозною загрозою безпеці як держави, так і конкретної особи.

Слід зазначити, що за певних умов держава може ввести обмежувальні режими. Так, у Китаї існують певні обмеження на користування фейсбуком; у КНДР взагалі такий сервіс, як Google, заборонено. У США, які претендують на високий рівень демократії, прийнято законодавство щодо здійснення контролю в Інтернеті, виділяються кошти на прослуховування в Інтернеті та слідкування за людьми [16]. Фактично інформаційне суспільство принесло оманливі плоди радості лише на перших етапах, а коли люди вже не можуть обійтися без Інтернету та цифрових технологій, інформаційне суспільство стало очевидним фактом, настав час розплати: час позбавлення інформаційних свобод конкретної людини.

Основним призначенням кібербезпекової політики є збереження самобутності націй, держав, забезпечення інформаційних прав і свобод людини у кіберпросторі, унеможливлення маніпулювання масовою свідомістю та введення обмежувальних правових, інформаційних режимів через різні заборони і бажання суб'єктів управління. Ми свідомо вживаємо саме цей термін, а не термін «держава». Багато хто в наукових колах чинить неправедну наукову війну з цією політичною організацією. Мета цієї війни одна: знесення державних інституцій призведе до інституційної неспроможності в ефективному захисті прав і свобод людини у кіберпросторі. Поєднане із провалами у державній кіберполітиці це може призвести до втрати державності.

Державна кібербезпекова політика (далі – ДКБП) формується та реалізується за умов, коли у сучасному світі нівелюється різниця між національним і глобальним кіберпростором, зростає кількість жертв від хакерських атак і масштабність протиправної діяльності у кіберпросторі, спостерігається стійка тенденція до появи нових видів кіберзагроз, а сам кіберпростір починає використовуватися для формування у свідомості людей керован-

них алгоритмів управління сучасною цивілізацією.

Малоефективність інформаційного законодавства зумовлює і неефективність як міжнародно-правового механізму, так і співробітництва у сфері реалізації кібербезпекової політики у широкому розумінні.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що основними вимогами до ДКБП є:

вона має впливати із вимог Конституції України, положень Концепції державної інформаційної політики, Стратегії національної безпеки України, теорії та досвіду інформаційної боротьби (як внутрішнього, так і зарубіжного);

розвінчання міфологізації щодо однозначного позитивного сприйняття інформаційного суспільства, формування правильного й адекватного розуміння у суспільстві небезпеки від неконтрольованого розвитку інформаційного суспільства;

забезпечення формування єдиного підходу на всіх рівнях держави до здійснення кібербезпекової діяльності;

вироблення цілей, функцій, принципів і методів кібербезпекової діяльності;

формування засад для визначення напрямів створення загальнодержавної системи кібербезпеки;

закладення фундаменту для випереджаючого розвитку кіберзагроз, формування правової бази регулювання інформаційних правовідносин;

формування кібербезпекової свідомості та кібербезпекової культури;

зміцнення рівня кібербезпеки.

Проблема, що розглядається, потребує подальшого вивчення та дослідження, оскільки від її реального вирішення залежить майбутнє української держави.

Список використаних джерел

1. *Беляков К. І.* Інформаційне право: аналіз термінологічно-понятійного апарату // Науковий віс-

ник Київського національного університету внутрішніх справ. – 2007. – Вип. 3. – С. 67–79.

2. *Беляков К. І.* «Інформаційна» аксіоматика у праві: проблеми формування // Науковий вісник Юридичної академії МВС України. – 2004. – № 3. – С. 263–268.

3. *Гурковський В. І.* Державне управління розбудовою інформаційного суспільства в Україні (історія, теорія, практика). – К., 2010. – 396 с.

4. *Арістова І. В.* Державна інформаційна політика: організаційно-правові аспекти / За ред. О. М. Бандурки. – Х., 2000. – 368 с.

5. *Баскаков В. Ю.* Захист інформації з обмеженим доступом в умовах боротьби з організованою злочинністю // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). – 2011. – № 24.

6. *Ліпкан В. А., Максименко Ю. Є., Желіховський В. М.* Інформаційна безпека України в умовах євроінтеграції. – К., 2006. – 280 с.

7. *Ліпкан В., Максименко Ю.* Націобезпекознавство: проблеми формування категорійно-понятійного апарату // Підприємництво, господарство і право. – 2011. – № 8. – С. 7–11.

8. *Інформаційна безпека України: Глосарій.* – К., 2004. – 136 с.

9. *Ліпкан В. А., Залізняк В. А.* Систематизація інформаційного законодавства України / За ред. В. А. Ліпкана. – К., 2012. – 304 с.

10. *Марущак А. І.* Правові основи захисту інформації з обмеженим доступом. – К., 2007. – 208 с.

11. *Гевлич В., Селіванов В.* Державна політика України у сфері захисту персональних даних: міжнародно-правовий аспект // Право України. – 2006. – № 1. – С. 9–15.

12. *Кормич Б. А.* Інформаційна безпека: організаційно-правові основи. – К., 2004. – 384 с.

13. *Сідак В. С., Артемов В. Ю.* Забезпечення інформаційної безпеки в країнах НАТО та ЄС. – К., 2007. – 160 с.

14. *Основи інформаційного права України* / За ред. М. Я. Швеця, Р. А. Калюжного, П. В. Мельника. – К., 2004. – 274 с.

15. *Дубов Д.* Сучасні тренди кібербезпекової політики: висновки для України. Аналітична записка // Режим доступу: www.niss.gov.ua/articles/294.

16. *США вводять тотальний контроль в Інтернеті* // Режим доступу: <http://ukrlife.net/ssh-vvodyat-totalnyiy-kontrol-v-internete>.

Стаття надійшла до редакції 21.12.2012 р.

In the article the modern trends of cybersecurity policy are analyzed. The basis of cybersecurity policy forming is defined.

В статье исследуются современные тренды политики кибербезопасности, выявляются предпосылки и сформулированы основы формирования данной политики в Украине.



Олена Чуприна,

аспірантка юридичного інституту
Національного авіаційного університету

СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ», «ІНФОРМАЦІЯ ПРО ОСОБУ», «КОНФІДЕНЦІЙНА ІНФОРМАЦІЯ ПРО ОСОБУ»

У статті аналізуються вітчизняне та зарубіжне законодавство у сфері персональних даних, а також доктринальні джерела, присвячені цій проблематиці з метою визначення співвідношення понять «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу».

Ключові слова: персональні дані, інформація про особу, конфіденційна інформація про особу, захист інформації про особу.

Аналіз літератури та правового матеріалу, присвяченого інформаційній проблематиці, свідчить, що в доктринальних джерелах і нормативно-правових актах нарівні з поняттям «персональні дані» використовуються й інші поняття: «інформація про особу», «персональна інформація», «особиста інформація», «особистісна інформація», «конфіденційна інформація особистого характеру» тощо. Саме тому актуальним напрямом наукового дослідження є визначення співвідношення зазначених понять, що і зумовило мету цієї статті.

Серед дослідників, які займаються проблемою, що розглядається, заслуговують на увагу роботи таких учених, як В. Баскаков, К. Беляков, В. Брижко, В. Гавловський, В. Залізник, Р. Калужний, В. Копилова, Б. Кормич, О. Кохановська, В. Ліпкан, А. Марущак, П. Матвієнко, А. Пацюк, А. Тунік, В. Цимбалюк, М. Швець та ін.

Полісемія понять, пов'язаних із персональними даними, спостерігається не лише на доктринальному рівні. Така ситуація є характерною і для вітчизняного законодавства. Так, згідно з п. 2 ст. 32 Конституції України не допускається збирання, зберігання, використання та поширення *конфіденційної інформації про особу* без її згоди. У Законі України «Про національний архівний фонд і архівні установи» від 24.12.1993 р. цього Закону закріплюється поняття «*конфіденційна інформація про особу*» (п. 4 ст. 16). Ідентичне поняття використовується і в ст. 182 Кримінального кодексу (далі – КК) України.

У Законі України «Про звернення громадян» від 02.10.1996 р. зазначається, що «не допускається розголошення одержаних із звернень відомостей *про особисте життя громадян* без їх згоди чи відомостей, що становлять державну або іншу таємницю, яка охороняється законом, іншої інформації, якщо це ущемляє права та законні інтереси громадян. Не допускається з'ясування даних про особу громадянина, що не стосуються звернення» (ст. 10).

Одразу декілька понять використовується в Законі України «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р.: *інформація про приватне життя громадянина, інформація про особисте життя громадянина* (ст. 59).

Заслугує на увагу той факт, що у нормативно-правових актах чи різного роду доктринальних джерелах спостерігається відмінність у трактуванні цього поняття. Порушена тематика знайшла правове закріплення, насамперед, у міжнародних правових документах. Так, у Конвенції «Про захист осіб у зв'язку з автоматизованою обробкою персональних даних», що набула чинності 01.10.1985 р. Термін «персональні дані» означає будь-яку інформацію, що стосується конкретно визначеної особи або особи, яка може бути конкретно визначена (ст. 2).

Відповідно до Директиви Європейського Союзу (далі – ЄС) «Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних» від 24.10.1995 р. персональні дані – це будь-яка інформація про фізичну особу – ідентифіковану або таку, що може бути ідентифікована.

Таким чином, в основних міжнародних документах, де закріплюються загальні засади організаційно-правового захисту персональних даних використовується поняття «персональні дані», під якими розуміють певну інформацію, за допомогою якої можна чітко визначити конкретну людину.

У вітчизняному законодавстві тривалий час було відсутнє законодавче закріплення дефініції «персональні дані». Лише з прийняттям Закону України «Про захист персональних даних» таке визначення знайшло своє відображення: персональні дані – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 2). Отже, вітчизняний законодавець при закріпленні дефініції персональних даних безпосередньо використав норми міжнародного законодавства.

ва, зокрема стандарти ЄС. Зрозуміло, що такий підхід зумовлений необхідністю адаптації вітчизняного законодавства до законодавства ЄС у зв'язку з проголошенням Україною курсу на євроінтеграцію.

Іншим вітчизняним актом, де міститься визначення поняття «персональні дані» є Закон України «Про інформацію», в якому також закріплено, що інформація про фізичну особу (персональні дані) – це відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована (ст. 11).

Проведений аналіз свідчить, що у вітчизняному законодавстві дефініції «персональні дані» й «інформація про особу» є ідентичними поняттями, а тому можуть вживатися як синонімічні та взаємозамінні.

У Законі України «Про доступ до публічної інформації» також використовується поняття «інформація про особу», хоча дефініція цього поняття відсутня.

Тривалий час правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із збиранням, зберіганням, використанням та поширенням інформації про особу (персональних даних) здійснювалося більш як двома десятками вітчизняних нормативно-правових актів, які не відповідали міжнародному й європейському законодавству, зокрема щодо розуміння змісту персональних даних, а також вимог їх захисту. Багатоманіття спостерігається й у доктринальних дослідженнях, що присвячені цій проблематиці. Хоча здебільшого в наукових колах все ж використовується категорія «персональні дані». Так, В. Брижко визначає персональні дані як окремі відомості про фізичну особу чи сукупність таких відомостей, що ідентифікована або така, що може бути ідентифікована [1, с. 21]. Це визначення ґрунтується на нормах ЄС, а саме на дефініції, що закріплена Директивою ЄС «Про захист осіб у зв'язку з обробкою персональних даних та вільним обігом цих даних» від 24.10.1995 р.

В. Брижко вважає, що «ідентифікованою вважається будь-яка особа, чия особистість може визначатися прямо чи опосередковано, зокрема, через ідентифікаційний номер або один чи декілька елементів фізичної, фізіологічної, психічної, економічної, культурної або соціальної totoжності, що має достовірний зміст. Останнє важливо з точки зору адресних умов роботи з персональними даними та засобами правового захисту людини щодо збирання, зберігання, використання та поширення про неї відомостей, у тому числі помилкових, випадкових, анонімних та ін.» [1, с. 21].

Ми погоджуємося з такою позицією, але додатково зауважимо, що лише система, комплекс даних дозволить ідентифікувати конкретну особу, тобто навіть зазначення прізвища, ім'я, по батькові недостатньо для того, щоб визначити про яку особу йдеться.

На думку Г. Виноградової, персональні дані – це сукупність документованих або публічно ого-

лошених відомостей про фізичну особу. Основними даними про фізичну особу (власне, персональними даними) є: національність, освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, а також адреса, дата та місце народження [2, с. 115].

В. Василюк та С. Климчук пропонують персональні дані розглядати як інформацію (зафіксовану на матеріальному носії) про конкретну особу, що ототожнена або може бути ототожнена з нею [3, с. 117]. До персональних даних дослідники відносять біографічні та розпізнавальні дані, особисті характеристики, відомості про сімейний, соціальний стан, професію, службове та фінансове становище, стан здоров'я тощо [3, с. 117].

Іншим вживаним поняттям у наукових джерелах для позначення персональних даних є «конфіденційна інформація про особу». Такою категорією, зокрема, оперує у своїх дослідженнях А. Марущак, зазначаючи, що «конфіденційна інформація про особу» є одним із специфічних видів інформації з обмеженим доступом [4–6]. З цього приводу зазначимо, що не всі персональні дані є інформацією з обмеженим доступом. Так, згідно із ст. 5 Закону України «Про захист персональних даних», персональні дані, крім знеособлених персональних даних, за режимом доступу є інформацією з обмеженим доступом. Крім того, винятками є персональні дані певних категорій громадян; зокрема, персональні дані фізичної особи, яка претендує зайняти чи займає виборну посаду (у представницьких органах) або посаду державного службовця першої категорії, не належать до інформації з обмеженим доступом.

А. Марущак не визначає поняття «конфіденційна інформація про особу»; лише зауважує, що до конфіденційної інформації про особу, зокрема, належать такі свідчення про особу: освіта; сімейний стан; релігійність; стан здоров'я; дата та місце народження; майновий стан; інші персональні дані [7, с. 20]. Аналіз цим дослідником матеріалів органів судової влади дав підстави віднести до такої інформації також дані про: інтимні сторони життя; захворювання; неблаговидні вчинки; злочинну діяльність тощо [7, с. 20].

Посилаючись на постанову Пленуму Верховного Суду України, А. Марущак розширює коло відомостей, що становлять конфіденційну інформацію про особу, зазначаючи, що до таких даних також належать відомості, які ганьблять потерпілого або близьких йому осіб, тобто такі дійсні чи вигадані дані про них, які потерпілий бажає зберегти в таємниці та розголошення яких, на його думку, скомпрометує або принизить честь і гідність його чи близьких йому осіб [8, с. 90].

Конфіденційною інформацією про особу пропонується розуміти як повністю або частково приховану інформацію, доступ до якої можливий лише за бажанням особи або на вимогу інших осіб та у випадках і порядку, передбачених законом, та можливості із збереженням цієї інформації та додержанням прав особи [9, с. 21].

Доволі категорично, але недостатньо аргументовано висловлює авторську позицію щодо

співвідношення понять «персональна інформація», «інформація про особу» та «персональні дані» О. Радкевич. Так, автор зазначає, що різновидом інформації, яка розкриває індивідуальність окремої особи є персональна інформація, під якою розуміють – ім'я, прізвище, паспортні дані, різні паролі для доступу до сервісів та електронних «гаманців». Крім того, до персональної інформації належать: номери телефону, номери телефонів родичів, домашня адреса, вік і дата народження, місце роботи, персональні фото, відеоматеріали тощо. Отже, це інформація про особу, що дозволяє ідентифікувати її за допомогою відповідних критеріїв. Здійснюючи таку ідентифікацію відбувається процес персоніфікації тих чи інших відомостей. Для позначення відомостей про особу, які вже зазнали переносу з матеріального світу в електронний та записані на певному носії, придатні для автоматизованої обробки, можливе застосування терміна «персональні дані». Отже, інформація, яка дозволяє безпосередньо або за допомогою інших чинників ідентифікувати особу, є персональною інформацією, а інформація, яка надана в електронному вигляді та складається із знаків і чисел, є персональними даними [10, с. 123].

Важливе значення для розуміння поняття та змісту персональних даних мають і рішення Конституційного Суду України. Так, у рішенні Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення статей 3, 23, 31, 47, 48 Закону України «Про інформацію» та ст. 12 Закону України «Про прокуратуру» (справа К. Г. Устименка), «частина друга статті 32 Конституції України не допускає збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Але вітчизняним законодавством не повністю визначено режим збирання, зберігання, використання та поширення інформації, зокрема щодо психічного стану людини, її примусового огляду та лікування, не створено процедуру захисту прав особи від протизаконного втручання в її особисте життя психіатричних служб. Закон України «Про інформацію» закріплює лише загальні принципи доступу громадян до інформації, що стосується їх особисто. Механізм реалізації зазначеного права належним чином не визначений. Відсутнє й регулювання використання конфіденційних даних у сфері психіатрії». «...Правовідносини, що виникають у цій сфері, у т. ч. й інформаційного характеру, регулюються відомчими нормативними актами колишнього СРСР...».

Розглянувши згадану справу, Конституційний Суд України вирішив, що до конфіденційної інформації, зокрема, належать свідчення про особу (освіта, сімейний стан, релігійність, стан здоров'я, дата та місце народження, майновий стан, інші персональні дані). Крім того, до медичної інформації, тобто свідчення про стан здоров'я людини, належать відомості про історію її

хвороби, про мету запропонованих досліджень і лікувальних заходів, прогноз можливого розвитку захворювання, у тому числі про наявність ризику для життя та здоров'я.

Законом України «Про інформацію» чітко визначено безальтернативний перелік відомостей, що складають персональні дані. В рішенні ж Конституційного Суду України з цього питання такий перелік є менш однозначним. Дійсно, тлумачення ст. 12 Закону України «Про інформацію» має здійснюватись у розширювальний спосіб, оскільки використовуючи буквальный спосіб тлумачення цієї статті, можна дійти висновку, що прізвище, ім'я, по батькові не є персональними даними, хоча саме вони, насамперед, допомагають ідентифікувати особу.

Разом із тим слід зазначити, що, наприклад, прізвище, ім'я, по батькові особи чи дата її народження окремо не можуть вважатись персональними даними, оскільки таким чином вони унеможливають ідентифікацію особи (адже таке ж прізвище, ім'я, по батькові може мати багато інших осіб у країні; і дата народження без зазначення імені її власника не є персональними даними). Але в комплексі ці відомості є персональними даними, оскільки за їх допомогою можна чітко встановити, якій саме особі вони належать.

Закон України «Про захист персональних даних» також не містить чіткий перелік відомостей, що можна віднести до персональних даних. Хоча відповідно до ч. 1 ст. 7 цього Закону забороняється обробка персональних даних про расове або етнічне походження, політичні, релігійні або світоглядні переконання, членство в політичних партіях і професійних спілках, а також даних, які стосуються здоров'я чи статевого життя.

Таким чином, крім зазначених відомостей, що закріплені в Законі України «Про інформацію» і в рішенні Конституційного Суду України, до персональних даних слід також віднести і такі дані, як расове або етнічне походження; політичні, релігійні або світоглядні переконання; членство в політичних партіях і професійних спілках; дані, що стосуються здоров'я чи статевого життя.

Не менш важливе значення для розуміння персональних даних мають також інші нормативно-правові акти, що регулюють суспільні відносини у конкретних сферах. Так, згідно з п. 2 ст. 24 Кодексу законів про працю України при укладенні трудового договору громадянин зобов'язаний подати паспорт або інший документ, що посвідчує особу, трудову книжку, а у випадках, передбачених законодавством, також документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), про стан здоров'я й інші документи. У статті 25 Кодексу законів про працю України також зазначено, що при укладенні трудового договору забороняється вимагати від осіб, які поступають на роботу, відомості про їх партійну та національну належність, походження, реєстрацію місця проживання чи перебування.

Таким чином, персональні дані особи, яка наймається на роботу, що містяться в паспорті або документі, що посвідчує особу, в трудовій книжці, документі про освіту (спеціальність, кваліфікацію), документі про стан здоров'я й інших документах, які він подав при укладенні трудового договору, обробляються наймачем винятково для здійснення повноважень у сфері правовідносин, що виникли у нього з працівником на підставі трудового договору (контракту).

Перелік відомостей, що є персональними даними особи, є динамічним і залежить, насамперед, від конкретної сфери правовідносин, які виникли у конкретної особи (власника чи володільця персональних даних) та іншими особами. Крім того, такі дані можуть змінюватися (наприклад місце проживання, прізвище тощо), але особа, якій належать ці дані, не вказує на їх зміну особі, яка цими даними користується на законних підставах. Чи такі дані можуть бути недостовірними. Так, дослідження даних, які вказуються фізичною особою при укладенні договору про надання послуг мобільного зв'язку, дозволило дійти висновку, що «у момент укладання договору оператор мобільного зв'язку отримує різні види інформації про абонента, залежно від документа, яким особа підтверджує особисті дані (паспорт, посвідчення водія, службове посвідчення працівника органів державної влади або місцевого самоврядування тощо)» [11, с. 85]. При цьому «обов'язковими є прізвище, ім'я, по батькові; реєстраційні дані документа, що підтверджує особу; індивідуальний податковий номер. Додатковими – відомості щодо адреси реєстрації, адреси можливого фактичного місця проживання (адреси доставки кореспонденції), контактного телефону, адреси електронної пошти» [11, с. 85]. Таким чином, частина відомостей, які вказуються фізичною особою при укладенні договору, є документально не підтверджені і можуть бути недостовірними (не відповідають дійсності) [11, с. 85].

Що стосується переліку відомостей про фізичну особу, які є персональними даними, то в зв'язку з численними зверненнями громадян щодо практичного застосування деяких положень Закону України «Про захист персональних даних» Міністерство юстиції України надало роз'яснення (від 21.12.2012 р.) з найбільш актуальних і поширених питань у цій сфері, в якому, зокрема, зазначено, що законодавством України не встановлено і не може бути встановлено чіткого переліку відомостей про фізичну особу, які є персональними даними, задля можливості застосування положень Закону до різноманітних ситуацій, у тому числі при обробці персональних даних в інформаційних (автоматизованих) базах і картотеках персональних даних, що можуть виникнути у майбутньому, у зв'язку із зміною в технологічній, соціальній, економічній та інших сферах суспільного життя.

Що стосується співвідношення понять «персональні дані» та «конфіденційна інформація про

особу», то дискусію з цього приводу припинено рішенням Конституційного Суду України від 20.01.2012 р., коли було надано офіційне тлумачення положень частин 1, 2 ст. 32, частин 2, 3 ст. 34 Конституції України в аспекті таких питань: що слід розуміти під інформацією про особисте та сімейне життя, зокрема, чи належить така інформація до конфіденційної інформації про особу, а також чи є збирання, зберігання, використання та поширення інформації про особу втручанням в її особисте і сімейне життя.

Згідно з рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин 1, 2 ст. 32, частин 2, 3 ст. 34 Конституції України, яке є обов'язковим до виконання на території України, визначено, що: «інформацією про особисте та сімейне життя особи є будь-які відомості та/або дані про відносини немайнового та майнового характеру, обставини, події, стосунки тощо, пов'язані з особою та членами її сім'ї, за винятком передбаченої законами інформації, що стосується здійснення особою, яка займає посаду, пов'язану з виконанням функцій держави або органів місцевого самоврядування, посадових або службових повноважень. Така інформація про особу є конфіденційною».

Висновки

Найбільш поширеними категоріями, що використовують у своїх дослідженнях фахівці проблематики персональних даних, а також законодавець у відповідних нормативно-правових актах, є «персональні дані», «інформація про особу», «конфіденційна інформація про особу». Поняття «персональні дані» та «інформація про особу» є змістовно ідентичними. Не всі персональні дані є інформацією з обмеженим доступом. Винятками є знеособлені персональні дані та персональні дані певних категорій громадян, зокрема персональні дані фізичної особи, яка претендує зайняти чи займає виборну посаду (у представницьких органах) або посаду державного службовця першої категорії.

Поняття «персональні дані» та «конфіденційна інформація про особу» співвідносяться між собою як загальне та часткове, тобто саме конфіденційна інформація про особу завжди є інформацією з обмеженим доступом; її поширення без згоди цієї особи можливе лише у чітко визначених випадках: в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини.

Конфіденційна інформація про особу охоплює нарівні з іншими відомостями й інформацію про особисте та сімейне життя особи.

При прийнятті основного нормативно-правового акта, що регулює суспільні відносини, пов'язані з захистом персональних даних (Закон України «Про захист персональних даних»), а також в основі легальної дефініції «персональні

дані» лежать нормативно-правові акти Ради Європи та ЄС. Що стосується інших понять, які використовують дослідники цієї проблематики («особиста інформація», «особистісна інформація», «конфіденціальна інформація», «персональна інформація» тощо), то етимологічний їх аналіз дозволив дійти висновку, що вони є змістовно однозначними між собою та поняттям «персональні дані». Плюралізм цих понять пов'язаний з авторським перекладом зарубіжних нормативно-правових актів.

Нині у вітчизняному законодавстві відсутній чіткий безальтернативний перелік відомостей, що становлять зміст персональних даних. Лише комплексне дослідження значної кількості нормативно-правових актів і певних рішень Конституційного Суду України дозволяє визначити приблизне коло таких відомостей. Основне правило при цьому полягає в тому, що за допомогою таких відомостей можна точно визначити про яку особу йдеться, тому необхідно враховувати конкретну ситуацію, за якої такі дані цією особою надаються чи мають надаватися. Комплексне, системне зазначення відомостей дозволить чітко ідентифікувати особу, а їх використання без її згоди порушуватиме право на приватність персональних даних.

Стаття надійшла до редакції 02.10.2012 р.

The analysis of domestic and foreign legislation on personal data, as well as doctrinal sources dedicated to these problems in order to determine the ratio of the concepts of «personal data», «personal information», «confidential information about a person».

В статье анализируются отечественное и зарубежное законодательство в сфере защиты персональных данных, а также доктринальные источники, посвященные этой проблематике с целью определения соотношения понятий «персональные данные», «информация о личности», «конфиденциальная информация о личности».

Список використаних джерел

1. Брижко В. М. Організаційно-правові питання захисту персональних даних: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2004. – 221 с.
2. Виноградова Г. В. Правове регулювання інформаційних відносин в Україні. – К., 2006. – 176 с.
3. Василюк В. Я., Климчук С. О. Інформаційна безпека держави. – К., 2008. – 135 с.
4. Марущак А. І. Правомірні засоби доступу громадян до інформації. – Біла Церква, 2006. – 432 с.
5. Марущак А. І. Інформаційне право: доступ до інформації. – К., 2007. – 535 с.
6. Марущак А. І. Інформаційне право: регулювання інформаційної діяльності. – К., 2008. – 344 с.
7. Марущак А. І. Інформаційне право України. – К., 2011. – 456 с.
8. Марущак А. І. Правові основи захисту інформації з обмеженим доступом. – К., 2007. – 208 с.
9. Інформаційне законодавство України / За ред. Ю. С. Шемшученко, І. С. Чижа. – К., 2006. – 232 с.
10. Радкевич О. П. До розуміння персональної інформації та персональних даних // Інформаційні технології в глобальному управлінні: Матеріали наук.-практ. конф., 29 жовтня 2011 р., м. Київ. – К., 2011. – 140 с.
11. Сербінов О. С. Договір про надання послуг мобільного зв'язку як джерело інформації про фізичну особу // Імперативи розвитку юридичної та безпекової науки: Матеріали наук.-практ. конф., 15 квітня 2010 р., м. Київ. – К., 2010. – 102 с.



Микола Хавронюк,

д-р юрид. наук, професор,
професор кафедри кримінального права і кримінології
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

1–4 грудня 2012 р. у Пекіні (КНР) відбувся Четвертий міжнародний форум з проблем злочинності та кримінального права в епоху глобалізації.

Участь у Форумі взяв головний редактор журналу «Підприємництво, господарство і право», доктор юридичних наук, професор Микола Хавронюк, який, представляючи Україну, виступив із доповіддю щодо проблем кримінального покарання.

У роботі Форуму брали участь учені з 26 країн світу. Крім України та Китаю, це Японія, Франція, Німеччина, США, Італія, Іспанія, Росія, Бразилія, ПАР, Аргентина, Мексика, Сербія, Угорщина та ін.

Форум прийняв Декларацію наступного змісту.

ДЕКЛАРАЦІЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ФОРУМА ПО ПРОБЛЕМАМ ПРЕСТУПНОСТІ И УГОЛОВНОГО ПРАВА В ЭПОХУ ГЛОБАЛИЗАЦИИ (МФППУПЭГ)

Мы глубоко убеждены, что наступление эпохи глобализации является новым этапом и отправной точкой развития уголовного права и юриспруденции. Находясь на данном великом переходном пункте истории, взяв на себя историческую миссию и воплощая дух времени, мы должны исследовать новые проблемы в криминологии и уголовном праве, способствовать дальнейшему развитию уголовно-правовой науки. Это требует масштабной реформы, инновации, смещения и развития теорий уголовного права для прогрессивного понимания глобализации теории уголовного права. Это будет длительным историческим процессом.

Теория уголовного права является продуктом эпохи и будет, несомненно, развиваться с продолжением эпохи. Мы должны пересмотреть существующие теории уголовного права, принимая во внимание текущую реальность и заглядывая в будущее для проведения предстоящего исследования реформ и инновации теорий уголовного права.

Первостепенное значение глобализация теории уголовного права приобретает в условиях продолжающего роста глобализации преступности. В первую очередь большую угрозу безопасности человечества несет собой международный терроризм, организованная преступность и коррупция. Ни одна страна не может самостоятельно справиться с этими угрозами. Это требует постепенной глобализации теории уголовного права для обеспечения верховенства закона и защиты прав человека. Конвенция ООН против транснацио-

нальной организованной преступности, Конвенция против коррупции, всеобщая ратификация и применение Международных анти-террористических инструментов являются индикаторами наступления новой эпохи в теории уголовного права.

В течение длительного времени теория уголовного права эволюционировала и развивалась в пределах отдельных государств. Исследования уголовного права проводились на национальном уровне исходя из текущей обстановки в стране. Методы исследования состояли в обобщении теории и практики, что служило практическим национальным интересам, в то время как сотрудничество и обмен с другими странами осуществлялись для использования опыта других государств с более развитой теорией и практикой правоприменения. Однако таким исследованиям не доставало глобального видения реальности, поскольку начальные и конечные цели вполне ограничены.

Эпоха глобализации требует обновления идей и методологии научных исследований. Теория уголовного права уже начала перемещаться с национального на мировой уровень. Изучение развития уголовного права в мировом масштабе включает и служит интересам не только отдельных стран, но должно одновременно способствовать совершенствованию международного уголовного права. Придерживаясь самых высоких стандартов, исследуя международную теорию уголовного права, научная методология должна обеспечивать всесторонний анализ глобального исследова-

ния. Она должна принимать во внимание национальную теорию уголовного права как фундаментальную часть глобальной теории и практики. Всесторонний глобальный анализ и сравнительно-правовое исследование развития международного уголовного права должно соответствовать требованиям эпохи глобализации и удовлетворять интересам, как всего мирового сообщества, так и отдельных государств.

В настоящее время теория уголовного права будет по-прежнему национальной, несмотря на то, что она уже защищает отдельные сферы глобализованного мира. Следовательно, текущие исследования уголовного права должны в своей отправной точке опираться, прежде всего, на национальную теорию уголовного права. Однако, по мере своего дальнейшего развития, она будет все больше приходить к глобальному осознанию существующей реальности. Несмотря на то, что это длительный процесс, продолжающееся расширение и углубление процесса всемирной глобализации оперативно разовьет глобальную теорию уголовного права, включив в нее элементы национального уголовного права.

Глобализация преступности и уголовного права требует от специалистов и ученых разных стран усилить международное сотрудничество и постоянный обмен мнениями относительно важных теоретических и практических проблем. В прошедшие 10 лет мы успешно провели восемь международных конференций для изучения всех этих проблем, добились определенных успехов и приобрели большой опыт.

Для придания этой конференции основного направления и для поддержания ее непрерывности мы решили с нынешнего года создать Международный форум по проблемам преступности и уголовного права в эпоху гло-

бализации и проводить его ежегодный созыв в октябре месяце. Это предоставит ученым достаточно стабильную платформу для международного сотрудничества, обмена мнениями и научного обмена. Тема каждого созыва будет определяться путем сочетания объективных потребностей с субъективными желаниями. Исследовательские центры, Центр исследования уголовного права и Исследовательский центр по проблемам терроризма и организованной преступности при Китайском политико-юридическом университете будут поддерживать форум и тесно общаться с другими исследовательскими учреждениями для проведения важных научных исследований и создания серьезной теоретической базы для каждого созыва форума.

Для усиления организационной роли форума и формирования серьезной финансовой поддержки мы создали веб-сайт (МФППУПЭГ), который стал базой для размещения рекламы и совместного обмена на национальном и международном уровне. С этого года мы начинаем привлекать средства от национальных и международных организаций и граждан. Мы также создали бюро экспертов для международного сотрудничества и редакцию для публикации научных трудов и результатов каждого форума на китайском и английском языках.

Целью МФППУПЭГ является постепенное достижение глобальности уголовного права. Поэтому МФППУПЭГ сам по себе должен постепенно стать глобальным. Мы будем постепенно увеличивать число стран, принимающих участие в форуме, сотрудничать с учеными и экспертами со всего мира для проведения исследований.

Мы приглашаем других международных экспертов принять участие в форуме, чтобы сделать его по-настоящему международной организацией.



Єгор Назимко,*канд. юрид. наук,
старший науковий співробітник відділу організації наукової роботи
Донецького юридичного інституту МВС України*

ІНСТИТУТ ПОКАРАННЯ В СИСТЕМІ ЗАСОБІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУСПІЛЬНИХ ВІДНОСИН: теоретичний аспект

У статті розглядаються питання функціонування механізму кримінально-правового регулювання, визначаються методи та засоби кримінально-правового регулювання, обґрунтовуються місце і роль інституту покарання в механізмі кримінально-правового регулювання.

Ключові слова: механізм, кримінально-правове регулювання, інститут, покарання.

Розвиток сучасного кримінального права та проблеми, що виникають при цьому, вимагають пошуку науково обґрунтованих відповідей щодо суті кримінально-правових явищ, їх формування, функціонування, значення тощо. Швидкість змін суспільного життя, новизна та складність завдань, що постають перед законодавцем у принципово нових соціально-політичних умовах, впливають на якість прийнятих законів з точки зору їх техніко-юридичної форми. Наслідком цього стає зниження рівня застосування кримінально-правових норм. У зв'язку з цим актуальним вважаємо дослідження інституту покарання в кримінально-правовому механізмі регулювання суспільних відносин. Питанням функціонування останнього присвятили свої праці такі вчені, як А. Васильченко, А. Вознюк, П. Берзін, М. Хавронюк, П. Фріс, С. Шапченко та ін. Однак, незважаючи на ґрунтовне наукове розроблення фундаментальних засад механізму кримінально-правового регулювання, низка питань як теоретичного, так і прикладного характеру функціонування інституту покарання ще очікують свого дослідження. Науковий аналіз систем, механізмів права передбачає необхідність розгляду інституту покарання як самостійної категорії у взаємозв'язку та взаємодії з іншими елементами механізму правового регулювання, що дає змогу встановити ефективність дії компонентів, функцій та результативність роботи механізму правового регулювання в цілому як єдиного цілісного утворення.

Метою цієї статті є встановлення місця інституту покарання в системі засобів кримінально-правового регулювання суспільних відносин.

Оптимальний засіб досягнення зазначеної мети вбачаємо у проведенні аналогії між механізмом кримінально-правового регулювання та механізмом правового регулювання із зазначенням особливостей першого. Ця необхідність пов'язана з тим, що поняття «механізм правового регулювання» дозволяє розробити узагальнений підхід до різних явищ правової дійсності – норм, інститутів, правовідносин, правових по-

глядів, правової культури тощо та подати їх у працюючому, системно-діючому вигляді, що впливає та характеризує результативність інституту покарання; висвітлити місце та роль інституту в правовій системі, показати його зв'язок із іншими правовими явищами.

Зрозуміло, що механізм кримінально-правового регулювання є елементом загального механізму правового регулювання, а тому йому властиві, крім власної специфіки, ознаки загального по відношенню до нього механізму.

Категорія «правове регулювання» є однією з основоположних категорій правової дійсності, оскільки через регулювання виявляється власне сутність і соціальне призначення права. Не ставиться під сумнів теза про те, що призначенням права є регулювання або охорона певних явищ. Саме тому проблематика правового регулювання завжди була в колі інтересів учених-юристів, у працях яких порушувались як загальні, так і окремі його питання. Останнім часом значного поширення набуло словосполучення «правове регулювання», що поєднується з найрізноманітнішими аспектами людського буття, з різними сферами відносин у суспільстві.

Механізм правового регулювання розглядається вченими як поліструктурна система, що складається з правових засобів, суб'єктів, які здійснюють правове регулювання чи правову діяльність, і юридично значущих результатів їх діяльності. При цьому єдиний механізм правового регулювання згідно із стадіями правового регулювання поділяється на три компоненти: механізм правотворчості, механізм реалізації норм права та механізм державного примусу. Кожен із механізмів діє на певній стадії правового регулювання – правотворчості, правореалізації, правозастосуванні та характеризується специфічними, тільки йому властивими правовими засобами [1, с. 92].

С. Алексєєв правове регулювання розуміє як здійснюваний за допомогою системи правових засобів (юридичних норм, правовідносин, індивідуальних розпоряджень тощо) результативний, нормативно-організаційний вплив на суспільні відносини із метою їх упорядкування, охорони, розвитку відповідно до суспільних по-

треб [2, с. 47]. В. Корельський під механізмом правового регулювання розуміє систему юридичних засобів, за допомогою яких здійснюється правове регулювання [3, с. 269].

Як зазначав В. Прохоров, механізм кримінально-правового регулювання є природною складовою частиною загального механізму правового регулювання, що включає основні ланки норми кримінального права, акти їх реалізації та кримінально-правові відносини, які утворюють єдину систему, функціонування якої підпорядковане досягненню єдиної мети – забезпеченню і підтримці порядку в суспільному житті [4, с. 77]. О. Горішний вважає, що механізм кримінально-правового регулювання – це об'єктивно необхідний складний динамічний процес практичної реалізації негативної, справедливої та невідомої реакції держави на вчинення злочинів за допомогою системи передбачених законом кримінально-правових засобів (кримінально-правових норм, кримінально-правових відносин і актів застосування норм кримінального права) з метою забезпечення і підтримки порядку в суспільному житті [5].

Методологічне значення поняття «механізм кримінально-правового регулювання» полягає ще й у тому, що вивчення зазначеного феномена припускає розширення традиційного предмета науки кримінального права. Встановлення узгодженості у взаємодії інститутів, визначення їх ефективності вимагають виходу теоретичної думки за межі змісту власне юридичних норм і звернення до емпіричних даних [6, с. 3].

Узагальнення наведених визначень дозволяє стверджувати, що кримінально-правове регулювання суспільних відносин – це здійснюване державою та суспільством за допомогою закріплених у Кримінальному кодексі (далі – КК) України засобів упорядкування суспільних відносин.

У системі механізму кримінально-правового регулювання необхідно виділити об'єкт, суб'єкт, методи та засоби. Розглянемо методи й засоби механізму кримінально-правового регулювання.

У теорії права під методом правового регулювання розуміють сукупність прийомів і способів, за допомогою яких здійснюється вплив на поведінку суб'єктів суспільних відносин для забезпечення правопорядку [7, с. 285]. Метод як елемент механізму кримінально-правового регулювання дозволяє зрозуміти як відбувається таке регулювання, яким чином, у якому співвідношенні застосовуються способи правового впливу на поведінку учасників відносин, як унаслідок цього вона змінюється. Метод правового регулювання визначає особливості поєднання правових засобів у рамках певної сукупності правових норм [8, с. 56].

Слід зазначити, що на думку П. Фріса, регуляція суспільних відносин кримінальним правом пов'язана із застосуванням засобів, прийомів, притаманних виключно цій галузі права [9, с. 10]. У теорії кримінального права погляди відносно видів таких методів неоднозначні. Так, Ю. Александров зазначає, що метод правового регулювання кримінального права має дві скла-

дові: визначення того, які суспільно небезпечні діяння є злочинами й які покарання застосовуються до осіб, які вчинили злочини. На його думку, саме метод правового регулювання найбільш повно відрізняє кримінальне право від інших галузей законодавства [10, с. 32]. В. Кузнецов стверджує, що метод регламентування кримінально-правових відносин примусовий і застосовується, як правило, лише до особи, яка вчинила злочин через покарання [11, с. 11].

Викладене свідчить, що основним методом кримінально-правового регулювання є визнання суспільно небезпечних діянь злочинами, встановлення виду та розміру покарання за їх вчинення. Але він не єдиний. Сучасне кримінальне право, крім зазначеного методу регулювання, використовує й інші методи, засновані на стимулюванні позитивної поведінки. При цьому сфера застосування таких методів у механізмі кримінально-правового регулювання розширюється, що є об'єктивним процесом, зумовленим не лише складністю та неоднорідністю предмета регулювання, а й гуманізацією всіх сторін суспільного життя [12, с. 5].

П. Фріс стверджує, що визначення методу кримінального права виключно як застосування примусу було б дещо обмеженим поглядом на проблему. Виходячи з того, що кримінальне право своїми нормами заохочує громадян до вчинення ряду соціально-корисних дій (необхідної оборони, затримання злочинця, невиконання злочинного наказу тощо), методом кримінального права слід визнати також заохочення, яке, щоправда, застосовується в обмежених випадках [9, с. 10]. Метод заохочення або стимулювання в кримінальному праві є елементом диспозитивного методу регулювання кримінально-правових відносин.

Не секрет, що де-факто у вітчизняній кримінально-правовій практиці диспозитивність займає гідне місце. Однак у науці кримінального права диспозитивність почали усвідомлювати як правове явище відносно недавно. Більше того, розширення дії диспозитивності визнається важливою тенденцією в еволюції вітчизняного кримінального права на сучасному етапі. Можемо стверджувати, що диспозитивність у кримінально-правовій науці не залишилася на рівні ідей. Зараз розробляється методологічна основа відображення цього явища в нормативному матеріалі. Це дозволяє створити ефективний механізм забезпечення інтересів приватних осіб у сфері кримінально-правового регулювання.

У кримінальному праві існує система норм, які регулюють позитивну посткримінальну поведінку. Так, крім методу примусу, законодавець використовує і метод заохочення, юридичним вираженням якого є стимулювання позитивної постзлочинної поведінки [13, с. 48–49]. Як бачимо, до методів кримінально-правового регулювання відносяться імперативний і диспозитивний методи. Зазначені методи деталізуються у засобах кримінально-правового регулювання суспільних відносин.

Вважаємо, що до засобів кримінально-правового регулювання суспільних відносин слід

віднести визнання суспільно небезпечних діянь злочинами; встановлення міри покарання за вчинення злочину; звільнення від кримінальної відповідальності; виключення кримінальної відповідальності; звільнення від покарання та його відбування; пом'якшення покарання; видачу та передачу особи, яка вчинила злочин; зупинення та переривання перебігу строків давності; пом'якшення чи обтяження покарання, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом; судимість (її настання, зняття та погашення); примусове лікування; примусові заходи виховного характеру тощо [11, с. 101].

Щоб визначити, які саме засоби кримінально-правового регулювання суспільних відносин відносяться до інституту покарання, необхідно з'ясувати зміст інституту покарання.

Під інститутом покарання пропонуємо розуміти об'єктивно утворену, відносно відособлену, складну, міжгалузеву, охоронно-регулятивну систему кримінально-правових приписів, які охоплюють мету, вид і розмір покарання (у положеннях як загальної, так і особливої частини КК України), положення щодо призначення та звільнення від покарання та його відбування [14, с. 128].

Як бачимо, до сфери інституту покарання відносяться такі засоби кримінально-правового регулювання суспільних відносин, як встановлення міри покарання за вчинення злочину; звільнення від покарання та його відбування; пом'якшення покарання; пом'якшення чи обтяження покарання, призначення більш м'якого покарання, ніж передбачено законом.

За функціональним призначенням суспільні відносини, що регулюються нормами кримінального права, можна охарактеризувати як охоронні. Однак це твердження стосується лише побудови кримінально-правових санкцій, визначення виду та розміру покарання. Розділи ж XII та XIII Загальної частини КК України в межах інституту покарання є регулятивними, оскільки містять приписи щодо правил вибору міри застосування покарання або звільнення від нього, адресатами яких, перш за все, є особи, які застосовують закон, а також особи, яких безпосередньо стосується обрання міри заходу державного примусу за вчинений ними злочин.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що інститут покарання в кримінально-правовому механізмі регулювання суспільних відносин має охоронний стосовно до цих відносин характер, однак містить регулятивні норми, спрямовані на

розв'язання внутрішніх потреб функціонування зазначеного інституту.

Список використаних джерел

1. Андрущакевич Ю. В. Місце і роль конкретизації права у механізмі правового регулювання // Держава і право. – К., 2012. – Вип. 55. – С. 88–94.
2. Алексеев С. С. Проблемы теории права: В 2 т. – Свердловск, 1972. – Т. 1. – 396 с.
3. Теория государства и права / Под ред. В. М. Корельского, В. Д. Перевалова. – М., 1999. – 570 с.
4. Прохоров В. С. Преступление и ответственность. – Л., 1984. – 136 с.
5. Горішний О. О. Співвідношення механізмів протидії злочинності та кримінально-правового впливу // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 189–193 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11gookpv.pdf>. – Назва з екрану.
6. Кропачев Н. М. Механизм уголовно-правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук. – СПб., 2000. – 59 с.
7. Теория держави і права / За ред. О. В. Зайчука, Н. М. Оніщенко. – К., 2008. – 688 с.
8. Вознюк А. А. Проблемы кримінально-правового регулювання // Актуальні проблеми юридичної науки очима молодих вчених: Матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 25 лютого 2011 р., м. Донецьк. – Д., 2011. – С. 55–59.
9. Фріс П. Л. Кримінальне право України: Загальна частина. – К., 2004. – 362 с.
10. Кримінальне право України: Загальна частина / Ю. В. Александров, В. І. Антипов, М. В. Володько, О. О. Дудоров та ін.; За ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. – К., 2009. – 408 с.
11. Назимко Є. С. Щодо методів кримінально-правового регулювання суспільних відносин // Актуальні проблеми юридичної науки очима молодих вчених: Матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 24 лютого 2012 р., м. Донецьк: У 2 ч. – Д., 2012. – Ч. 2. – С. 99–101.
12. Куц В. М. Заохочення та пом'якшення примусу як засоби кримінально-правового регулювання // Актуальні проблеми боротьби зі злочинністю на етапі реформування кримінального судочинства: Матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 14–15 травня 2002 р., м. Запоріжжя: У 2 ч. – Запоріжжя, 2002. – Ч. 1. – С. 5–9.
13. Сабитов Р. А. Посткриминальное поведение (понятие, регулирование, последствия) / Под ред. Р. Р. Галиакбарова. – Томск, 1985. – 192 с.
14. Назимко Є. С., Гребеньков Г. В. Методологія кримінально-правових досліджень. – Д., 2012. – 202 с.

Стаття надійшла до редакції 17.10.2012 р.

The article deals with the functioning of the legal regulation. Defined methods and means of legal regulation. Substantiates the place and role of the institution of punishment in the mechanism of legal regulation.

В статтє рассматриваются вопросы функционирования механизма уголовно-правового регулирования, определяются методы и средства уголовно-правового регулирования, обосновываются место и роль института наказания в механизме уголовно-правового регулирования.



Ірина Карпенко,

аспірантка кафедри кримінального права та кримінології
Київського національного університету ім. Тараса Шевченка

ТРАНСФОРМАЦІЯ ЗЛОЧИННОЇ ПОВЕДІНКИ ЯК ОСОБЛИВА КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА СИТУАЦІЯ: загальна характеристика, відмежування від суміжних ситуацій

У статті розглядається проблема трансформації злочинної поведінки, досліджується кримінально-правовий зміст цього явища, конкретизуються окремі характеристики й етапи трансформації злочинної поведінки, визначаються критерії відмежування від інших кримінально-правових ситуацій.

Ключові слова: трансформація злочинної поведінки, суміжні ситуації, добровільна відмова від доведення злочину до кінця, вимушена відмова від доведення злочину до кінця, відхилення дії, ексцес виконавця.

У Кримінальному кодексі (далі – КК) України 2001 р., як і Кримінальному кодексі 1960 р., не вживається термін «трансформація», однак у науковій літературі використовуються словосполучення «перетворення одного злочину в інший», «переростання одного злочину в інший», «трансформація одного злочину в інший». При цьому зміст зазначених словосполучень не розкривається, хоча, очевидно, що вони вживаються для позначення одного і того самого явища. Оскільки це явище не обмежується перетворенням злочину одного виду в злочин іншого виду, а може мати й інші прояви, можна погодитися з К. Задоя, що більш точним і таким, що відображає специфіку даного явища, є словосполучення «трансформація злочинної поведінки» [1, с. 109], оскільки воно охоплює всі випадки трансформації злочину одного виду в злочин іншого виду. Тому в подальшому ми вживатимемо саме це словосполучення, маючи на увазі, що воно «представляє» також і згадані нами інші словосполучення.

Проблеми трансформації злочинної поведінки й її кримінально-правової оцінки розглядали у своїх працях: М. Бажанов, Ф. Бурчак, В. Кузнєцов, М. Мельник, В. Навроцький, А. Піонтковський, А. Савченко, В. Сташис, В. Тацій, П. Тельнов, М. Хавронюк, С. Шапченко та ін. Однак вони розглядали проблеми трансформації, як правило, в межах окремих інститутів кримінального права, а комплексного дослідження цього явища не проводилося.

На фрагментарність сприйняття проблеми трансформації злочинної поведінки вказує К. Задоя [1, с. 109], який запропонував

своє розуміння юридичної природи трансформації, а також розглянув загальні та спеціальні правила її кваліфікації [1, с. 109–112; 2, с. 42–44].

Метою цієї статті є визначення основного кримінально-правового змісту трансформації злочинної поведінки, конкретизація окремих її характеристик та етапів, відмежування від інших кримінально-правових ситуацій.

Основний кримінально-правовий зміст трансформації злочинної поведінки. Слово «трансформація» походить від лат. *transformatio* й означає перетворення, зміну вигляду, форми, істотних властивостей чого-небудь [3]. З позицій науки кримінального права трансформація злочинної поведінки – це особлива кримінально-правова ситуація, зміст якої може бути розкритий через призму притаманних їй специфічних характеристик. Зазначені характеристики можуть бути «прив'язані» до складових, що утворюють загальну структуру складу злочину [4, с. 186–187]. Ними, як відомо, є об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт, суб'єктивна сторона складу злочину. Використання цих складових при визначенні кримінально-правового змісту трансформації зумовлене тим, що її основним компонентом є саме злочинна поведінка.

Специфічною характеристикою ситуації трансформації в межах *об'єктивної сторони* є те, що особа *вчиняє як мінімум два діяння, кожне з яких містить певні ознаки, передбачені різними складами злочинів*. При цьому друге діяння є своєрідним продовженням першого. Таким чином, певні діяння, вчинені суб'єк-

том, містять ознаки, що передбачені КК як обов'язкові (альтернативні) в межах об'єктивної сторони складів кількох (принаймні двох) злочинів.

Залежно від специфіки механізму перетворення злочину одного виду в злочин іншого виду К. Задоя виділяє три типові прояви ситуації трансформації.

До трансформації *першого типу* вчений відносить випадки, коли діяння особи у поєднанні з одними обставинами в певний момент часу відповідає юридичному складу готування до злочину певного виду, але через певний час особа, усвідомлюючи неможливість доведення розпочатого злочину до кінця, вирішує використати зазначене підготовче діяння для вчинення злочину іншого виду та вчиняє інше діяння, яке в поєднанні з іншими обставинами відповідає юридичному складу готування до цього «нового» злочину [1, с. 110].

На нашу думку, усвідомлення особою неможливості доведення розпочатого злочину до кінця не може бути універсальною характеристикою трансформації злочинної поведінки. В окремих випадках суб'єкт може усвідомлювати можливість доведення розпочатого злочину до кінця, але в силу якихось інших («сприятливих» для трансформації) обставин він вчиняє діяння, передбачене складом іншого злочину. Наприклад, готуючись до крадіжки чужого майна (одягу й ювелірних виробів), суб'єкт дізнається про те, що господар зберігає у квартирі велику партію наркотичних засобів, і в подальшому спрямовує підготовчі дії на викрадення лише їх.

До трансформації *другого типу* можна віднести випадки, коли на початковому етапі особа вчиняє діяння, що відповідає юридичному складу готування до злочину певного виду, а на завершальному – незакінчений (закінчений) замах або закінчений злочин іншого виду.

До трансформації *третього типу* належать випадки, коли на початковому етапі суб'єкт вчиняє діяння, що відповідає юридичному складу незакінченого замаху на злочин певного виду, а потім, у силу певних обставин, вчиняє діяння, що відповідає юридичному складу незакінченого (закінченого) замаху або закінченого злочину іншого виду [1, с. 110].

Зміст діянь і їх співвідношення між собою можуть бути різними. Між діянням, яке вчинене на початковому етапі та відповідає складу готування чи незакінченого замаху на злочин певного виду, і діянням, вчиненим на завершальному етапі, яке відповідає складу закінченого (незакінченого) злочину іншого виду, існує певний зв'язок. К. Задоя визначає цей зв'язок як функціональний. Під ним він розуміє те, що вчинене раніше особою діяння об'єктивно створює умови для вчинення транс-

формованого злочину або воно об'єднується з наступним діянням (кількома діяннями) у межах психічного ставлення винного до своєї поведінки [1, с. 110]. При цьому в одних випадках діяння особи, вчинене на початковому етапі, може одночасно бути елементом трансформованого злочину, а в інших – являти собою окреме діяння, яке юридичним складом трансформованого злочину не передбачене.

Певними особливостями в ситуації трансформації характеризується і *об'єкт посягання*. Безпосередній об'єкт обох (кількох) діянь, що її утворюють, як правило, збігається. В злочинах, де є поділ безпосереднього об'єкта на основний і додатковий, може збігатися основний об'єкт. У ході вчинення останнього з діянь може з'явитися «новий» додатковий об'єкт. Наприклад, при трансформації крадіжки в розбій «з'являється» додатковий об'єкт – особиста безпека та (чи) здоров'я особи. На завершальному етапі діяння суб'єкт може посягати на інший об'єкт, порівняно з попереднім діянням. Тому випадки, коли особа, маючи намір таємно викрасти грошові кошти з певної квартири, після проникнення до квартири виявляє, що в ній знаходяться не гроші, а зброя, і викрадає лише зброєю, також, на нашу думку, охоплюються ситуацією трансформації.

Певну специфіку має в ситуації трансформації і *суб'єкт злочинної поведінки*. Слід зазначити, що ця ситуація може мати місце лише тоді, коли особа, яка вчинює діяння, є суб'єктом обох злочинів, тобто важливим є те, чи досягла особа віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність за вчинення кожного з діянь. Якщо особа досягла такого віку лише щодо одного з учинених нею діянь, то другого злочину взагалі немає, а тому не можна вести мову про трансформацію злочинної поведінки. Ситуація трансформації відсутня і тоді, коли має місце так зване *опосередковане вчинення злочину*, якщо особа, яка не підлягає кримінальній відповідальності, вчинила діяння, яке виходить за межі умислу опосередкованого виконавця, хоча її діяння і можуть відповідати окремим ознакам ситуації трансформації.

Особливістю *суб'єктивної сторони* є те, що обидва діяння є *умисними*. При цьому у суб'єкта на початковому етапі не було наміру вчинити інший злочин. Цей намір у нього виникає *окремо і реалізується на завершальному етапі*. Слід зазначити, що якщо у суб'єкта був неконкретизований чи альтернативний умисел щодо можливості вчинення обох діянь, то трансформація злочинної поведінки також відсутня. Прикладом цього може бути ситуація коли особа, маючи намір заподіяти іншій особі будь-яке тілесне ушкодження, заподіює їй середньої тяжкості тілес-

не ушкодження, або ж коли особа, бажаючи викрасти в іншої особи грошові кошти або наркотичні засоби, викрадає лише наркотичні засоби, які були в особі.

Етапи трансформації злочинної поведінки. З урахуванням наведених характеристик можна виділити такі етапи ситуації трансформації:

- початковий – суб'єкт вчиняє діяння, в якому вбачаються ознаки готування або незакінченого замаху на злочин певного виду, який він мав намір вчинити; таким чином, на *першому (початковому) етапі в діях суб'єкта відсутній склад того закінченого злочину, який він розпочав вчинювати відповідно до свого умислу*;

- проміжний – з певних причин у особи виникає *«новий» самостійний умисел на вчинення злочину іншого виду*;

- завершальний – відповідно до *«нового» умислу суб'єкт вчиняє діяння, що передбачене складом злочину іншого виду*, порівняно з діянням, яке він розпочав вчинювати на початковому етапі.

Відмежування трансформації злочинної поведінки від суміжних кримінально-правових ситуацій. Трансформацію злочинної поведінки слід відмежовувати від суміжних кримінально-правових ситуацій, перш за все, від так званого відхилення дії, добровільної та вимушеної відмови від доведення злочину до кінця.

А. Піонтковський під *відхиленням дії (aberratio ictus)* розуміє здійснення злочинного наміру щодо іншого об'єкта не внаслідок того, що суб'єкт злочину помилково приймає його за належний, а внаслідок яких-небудь інших причин. Наприклад, А., бажаючи вбити П., стріляє в нього, але П. вчасно відхиляється і куля попадає в І. [5, с. 406]. Як зазначають В. Сташис і М. Бажанов, при відхиленні дії, коли смерть заподіяна іншій особі, а не тій, яку бажав убити винний, і по відношенню до цієї смерті має місце необережна вина, вчинене слід кваліфікувати за сукупністю: як замах на вбивство однієї особи та необережне вбивство іншої [6, с. 40].

Отже, в ситуації, коли має місце відхилення дії, діяння, як і при трансформації одного злочину в інший, вчиняється суб'єктом умисно. Проте до наслідків, які фактично настали в результаті впливу на потерпілого не лише діяння, а й якихось зовнішніх по відношенню до нього обставин, ставлення суб'єкта може бути різним, але *не в межах умисної вини*, що виключає можливість трансформації злочинної поведінки особи. В одних випадках таке ставлення відповідає змісту необережної вини, в інших – може мати місце так званий казус (випадок). Коли має місце відхилення дії з боку одного із співучасників

злочину, шкода, заподіяна *«відхиленою дією»*, охоплюється необережністю тільки тієї особи, яка виконувала таку дію [7, с. 162].

При *добровільній відмові від доведення злочину до кінця* також має місце вчинення особою діяння (частини діяння), що входить до об'єктивної сторони складу певного злочину. Однак у цьому разі *«трансформація»*, як правило, відсутня, оскільки таке діяння (його частина) не буде розглядатися як незакінчений злочин. Трансформація відсутня й у випадках, коли особі не вдалося довести до кінця злочин, який вона почала вчиняти, але у ході вчинення посягання все ж заподіяна шкода, проте в меншому обсязі чи іншому об'єкті (В. Навроцький визначає такі ситуації як частково невдалу добровільну відмову [8, с. 193]). Це пояснюється тим, що відповідно до ч. 2 ст. 17 КК діяння, наділене ознаками, передбаченими ч. 1 ст. 17, не є кримінально караним, якщо фактично вчинене особою не містить складу іншого злочину, тобто воно *«перестає бути злочином»*, а тому не може розглядатися як елемент трансформації злочинної поведінки.

Складнішою є ситуація, коли злочин вчинюється у співучасті. Так, добровільна відмова може мати місце з боку одного із співвиконавців (наприклад, при вчиненні крадіжки один співвиконавець добровільно відмовився від доведення злочину до кінця), а інший співвиконавець продовжив вчинення злочину і в певний момент (до закінчення злочину) його умисел змінився. Відповідно до *«нового» умислу він учиняє діяння, що відповідає складу закінченого або незакінченого злочину іншого виду* (наприклад, після виявлення його дій власником майна він продовжує вилучення майна вже відкрито або із застосуванням насильства). Зрозуміло, що в цьому разі дії співвиконавця, який продовжив свою злочинну діяльність, можна розглядати як трансформацію злочинної поведінки.

Трансформацію злочинної поведінки необхідно відмежовувати від випадків *вимушеної відмови*. Випадки вимушеної відмови за своєю юридичною природою є досить близькими до випадків трансформації злочинної поведінки. Вимушена відмова від доведення первинного злочину до кінця може бути складовою (компонентом) трансформації злочинної поведінки. Разом із тим вимушеною відмовою не можна охопити продовження суб'єктом своєї злочинної поведінки [1, с. 111]. В окремих випадках особа може відмовитися від доведення первинного злочину до кінця у зв'язку з виникненням у неї можливості вчинити менш тяжкий злочин. Наприклад, під час готування до грабежу особа, усвідомивши можливість здійснення таємного викрадення майна, вчиняє крадіжку.

Експрес виконавця не є суміжною до трансформації кримінально-правовою ситуацією. В одних випадках трансформація може бути проявом експресу, а в інших експрес може включати можливість трансформації злочинної поведінки. Трансформація є проявом експресу виконавця лише тоді, коли він відповідає всім її ознакам, розглянутим нами раніше. Наприклад, вихід виконавця за межі умислу решти співучасників на вчинення крадіжки у формі застосування до потерпілого погрози насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я, є й експресом виконавця, і трансформацією злочинної поведінки, а умисне вбивство, вчинене виконавцем, який мав вчинити грабіж, може не бути трансформацією злочинної поведінки, але бути експресом виконавця.

Висновки

Трансформація злочинної поведінки – це особлива кримінально-правова ситуація, яка має місце за наявності таких ознак:

особа вчиняє як мінімум *два діяння*, кожне з яких у поєднанні з іншими обставинами відповідає ознакам *різних юридичних складів злочинів*;

перше із учинених особою діянь завжди відповідає ознакам юридичного складу *незакінченого злочину*; якщо діянь більше двох, ознакам юридичного складу незакінченого злочину відповідає кожне з «попередніх» діянь; при цьому останнє діяння може відповідати юридичному складу як закінченого, так і незакінченого злочину;

діяння, що утворюють ситуацію трансформації, *не об'єднані єдиним злочинним наміром*; намір на вчинення наступного діяння в особі виникає після того, як розпочалося вчинення попереднього;

між вчиненими особою діяннями завжди існує певний *зв'язок*; практично завжди він носить так званий *функціональний характер* – при вчиненні наступного діяння особою певним чином використовуються сприятливі для продовження посягання умови, створені першим (попереднім) діянням.

Трансформація злочинної поведінки завжди охоплює кілька *етапів*. Такими етапами, на нашу думку, є:

початковий – суб'єкт вчиняє діяння, в якому вбачаються ознаки готування або не-

закінченого замаху на злочин певного виду, який він мав намір вчинити; таким чином, на *першому (початковому) етапі в діях суб'єкта відсутній склад того закінченого злочину, який він розпочав вчинювати відповідно до свого умислу*;

проміжний – із певних причин у особи виникає *«новий» самостійний умисел на вчинення злочину іншого виду*;

завершальний – суб'єкт вчиняє діяння, *що передбачене складом злочину іншого виду*, порівняно з діянням, які він розпочав вчинювати на початковому етапі.

Трансформацію злочинної поведінки необхідно відмежовувати від інших кримінально-правових ситуацій, зокрема від так званого відхилення дії, добровільної та вимушеної відмови від доведення злочину до кінця. При цьому основними орієнтирами такого відмежування є: *від відхилення дії* – форма вини стосовно наслідків, що настали; *від добровільної відмови від доведення злочину до кінця* – причини припинення діяння, яке особа розпочала вчинювати, і наявність/відсутність наміру довести посягання до кінця; *від вимушеної відмови від доведення злочину до кінця* – наявність/відсутність «нового» посягання.

Список використаних джерел

1. *Задоя К.* Юридична природа трансформації злочинної поведінки та правила її кваліфікації // Підприємництво, господарство і право. – 2010. – № 11. – С. 109–112.
2. *Задоя К.* Спеціальні правила кваліфікації трансформації злочинної поведінки // Адвокат. – 2012. – № 1. – С. 42–44.
3. *Словник іншомовних слів* / За ред. О. С. Мельничука. – К., 1974 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://supermodern.narod.ru/sloynyk_meln/slova/te.htm.
4. *Кримінальне право України: Загальна частина* / Г. В. Андрусів, П. П. Андрушко, В. В. Беньківський та ін. – К., 2000. – 512 с.
5. *Пионтковский А. А.* Учение о преступлении по советскому уголовному праву. Курс советского уголовного права. Общая часть. – М., 1961. – 666 с.
6. *Сташис В. В., Бажанов М. И.* Преступления против личности в УК УССР и судебной практике. – Х., 1987. – 216 с.
7. *Навроцький В. О.* Основи кримінально-правової кваліфікації. – К., 2009. – 512 с.
8. *Навроцький В.* Основи кримінально-правової кваліфікації. – К., 2006. – 704 с.

Стаття надійшла до редакції 10.11.2012 р.

The article reviews the problem of the criminal behavior transformation and examines criminal legal nature of this phenomenon. The author specifies separate characteristics and steps of the criminal behavior transformation, and establishes the criteria of separation from the criminal legal cases.

В статтє рассматривается проблема трансформации преступного поведения, исследуется уголовно-правовая сущность этого явления, конкретизируются отдельные характеристики и этапы трансформации преступного поведения, определяются критерии отграничения от других уголовно-правовых ситуаций.



УДК 343.28/29

Андрій Андреев,

здобувач кафедри кримінального права

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

МІСЦЕ СУДИМОСТІ В СИСТЕМІ ЕЛЕМЕНТІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: дискусійні аспекти

У статті розглядаються окремі дискусійні аспекти судимості, яка визначається як елемент кримінальної відповідальності, досліджуються найбільш суперечливі питання судимості, пов'язані з її правовою регламентацією та перспективами подальшого існування.

Ключові слова: судимість, кримінальна відповідальність, строк погашення судимості, загальноправові наслідки судимості.

Реалізація кримінальної відповідальності в окремих її формах може передбачати виникнення в особи, яка вчинила злочин, судимості, тобто судимість є факкультативним елементом кримінальної відповідальності, що має місце при засудженні та призначенні особі покарання (за винятком безумовного звільнення від нього). Суть кримінальної відповідальності завжди полягає в позбавленні чи обмеженні певних прав і свобод винного, що відбувається на різних етапах її реалізації, у тому числі під час перебування особи в стані судимості.

Поняття судимості є одним із найважливіших у науці кримінального права. Однак відсутність його законодавчого визначення, невирішеність низки інших теоретико-прикладних проблем, пов'язаних із цим юридичним явищем (спектр правових наслідків судимості та період їх дії, питання виникнення і припинення судимості тощо), зумовлюють тим самим актуальність теми, обраної для дослідження. Крім того, вивчення практики застосування законодавства про судимість свідчить про те, що деякі суди припускаються помилок, які в деяких випадках призводять до порушення законних прав та інтересів засуджених осіб або, навпаки, необґрунтовано визнають таких осіб такими, що не мають судимості [1, с. 5].

Окремим кримінально-правовим аспектом судимості приділяли увагу В. Білоконев, В. Горобцов, Б. Кириш, С. Зельдов, О. Санталов, П. Сердюк, М. Степаненко, Ю. Ткачевський, В. Тютюгін, В. Филимонов та ін. Серед вітчизняних фахівців судимість в останні роки комплексно та найбільш змістовно досліджували В. Голіна, Є. Письменський і А. Раксюк. Проте до сьогоднішнього дня природа судимості залишається предметом гострих суперечок і дискусій.

Метою цієї статті є визначення місця судимості в системі елементів кримінальної відповідальності, розв'язання проблеми доцільності подальшої наявності цього елементу, з'ясування вад чинного законодавства в частині регламентації судимості, формулювання пропозицій щодо їх усунення.

В окремі історичні періоди та в різних країнах судимість і ганебні знаки, що засвідчували її наявність (клейміння, таврування), «виконували» такі основні завдання: забезпечували судам інформацію про злочинне минуле особи, що, у свою чергу, тягло для неї несприятливі кримінально-правові наслідки; ускладнювали втечу засуджених із місць позбавлення волі (тюрма, заслання); сприяли нагляду за злочинцями, які відбули покарання, тобто сприяли підвищенню рівня соціального контролю [2, с. 9]. Однак із розвитком цивілізаційних основ суспільства судимість перетворювалась на такий правовий стан особи, яка вчинила злочин, у межах якого переважно здійснювався соціальний контроль за її поведінкою, у зв'язку з чим додатково обмежувалися права та свободи цієї особи.

На сьогодні згідно з чинним кримінальним законодавством України судимість є елементом кримінальної відповідальності (разом із засудженням і покаранням), яким остання повністю вичерпується. Після припинення судимості можна вести мову про те, що кримінальна відповідальність повністю реалізована.

Як зазначає В. Голіна, інститут судимості в сучасному українському законодавстві не існує (і, мабуть, взагалі не повинен існувати) самостійно у відриві від кримінальної відповідальності. Він є складовою і необхідною для посилення боротьби із злочинністю її частиною, обсяг дії якого в межах кримінальної

відповідальності регулюється законом. Створений кримінально-правовою теорією інститут судимості став притаманною частиною кримінальної відповідальності особи за свою поведінку. Саме у зв'язку з цим законодавець наділяє конкретну судимість особи на деякий час певними негативними наслідками, що так чи інакше детермінують поведінку засудженого й інших осіб [2, с. 16–17].

Визначаючи судимість у порівняльній характеристиці з суміжними інститутами кримінального права, Є. Письменський робить висновок, що судимість і кримінальна відповідальність співвідносяться як частина та ціле. При цьому судимість як органічно пов'язана з покаранням може бути однією із складових кримінальної відповідальності. Стан судимості не може виникати поза кримінально-правовими відносинами й інакше ніж у зв'язку з процесом притягнення особи до кримінальної відповідальності. Разом із тим судимість не є обов'язковим елементом кримінальної відповідальності. Остання може бути реалізована навіть без судимості, якщо засудження винного, виражене в обвинувальному вирокі суду, не пов'язане з призначенням покарання [3, с. 67]. Слід зазначити, що кримінальна відповідальність може реалізовуватися без судимості лише в разі безумовного звільнення особи від відбування покарання, адже, на нашу думку, при засудженні особи покарання завжди має призначатися.

А. Расюк поділяє позицію правників, які розглядають судимість як складову кримінальної відповідальності, вважаючи, що судимість зазвичай складається з таких періодів: проміжку часу від набрання обвинувальним вирокі суду законної сили до початку виконання (відбування) покарання; періоду виконання (відбування) основного та додаткового покарання; строку від завершення відбування покарання до моменту погашення або зняття судимості судом. З урахуванням того, що загальноправові та кримінально-правові обмеження засудженої особи належать до змісту кримінальної відповідальності, судимість слід визнавати субінститутом кримінальної відповідальності, самостійною стадією її реалізації, після завершення якої кримінальна відповідальність вважається вичерпаною, а право особи на «добре ім'я» – відновленим [4, с. 8].

Отже, судимість як один із обов'язкових елементів репресивної форми реалізації кримінальної відповідальності дозволяє якісніше індивідуалізовувати останню, враховуючи різноманітні аспекти особи винного й обставин скоєного злочину. Адже судимість не обов'язково має виникати в кожному випадку.

У кримінально-правовій літературі вже не перший рік точаться дискусії з приводу

доцільності існування судимості як такої й її подальшої долі у вітчизняному законодавстві. Так, ще за радянських часів деякі вчені-юристи пропонували відмовитися від судимості, аргументуючи свою думку тим, що правообмеження, пов'язані з судимістю, не сприяють поверненню осіб, які відбули покарання, до кола правослужняних людей [5, с. 100–105; 6, с. 14–18]. Їх сучасні однодумці вважають, що інститут судимості, який зберігається у вітчизняному кримінальному законодавстві з часів тоталітарної епохи, не може розглядатися інакше, як анахронізм, який не відповідає реаліям демократичного суспільства. Він здійснює фактичну селекцію громадян, що грубо порушує принцип рівності громадян перед законом і судом, закріплений ст. 24 Конституції України [7, с. 261].

Законодавець індиферентно поставився до висловлених пропозицій і в процесі реформування кримінального законодавства зберіг судимість із огляду на її особливу соціально-правову природу. Так, на переконання Є. Письменського, наявність у кримінальному праві України інституту судимості є засобом, покликаним сприяти забезпеченню безпеки суспільства та держави з метою захисту основ конституційного ладу, моральності, здоров'я, прав і законних інтересів громадян тощо. Судимість виникла небезпідставно та заслуговує на подальше існування, адже інститут судимості формувався поступово під впливом наявних у нашій країні громадсько-політичних традицій, специфіки культурного та морального життя суспільства, національного побуту, правових традицій і мислення [8, с. 33].

На нашу думку, питання про ступінь значущості судимості як безпосереднього елемента кримінальної відповідальності потребує подальшого фахового обговорення за умов перспективних змін Кримінального кодексу (далі – КК) України. Зокрема, вважаємо, що судимість має зберегти своє місце в системі елементів кримінальної відповідальності, але її роль і значення потребують істотного зменшення. Передусім, ідеться про запровадження в чинному законодавстві поняття «кримінальне правопорушення» та відповідної диференціації кримінальної відповідальності на відповідальність за злочини і кримінальні проступки. В. Навроцький зазначає, що з урахуванням дії цього та інших факторів цілком можливо, що сфера застосування інституту судимості обмежуватиметься аж до повної відмови від судимості як визнання того, що держава та суспільство не справилися із злочинцем у ході відбування призначеного покарання.

Повна відмова від судимості все ж є передчасною. Вона має виникати лише в разі вчинення злочину як найбільш небезпечного різновиду кримінального правопорушення.

Що стосується кримінальних проступків, то їх скоєння не повинно тягти судимості за жодних обставин. Такий підхід дозволить диференційовано ставитися до різних за ступенем суспільної небезпечності типів поведінки, що забезпечуватиме повноцінну реалізацію принципів гуманізму та справедливості в кримінальному праві.

У теорії кримінального права висловлена позиція, згідно з якою спростовується установлене розуміння судимості як окремого правового інституту й обґрунтовується висновок про те, що судимість є субінститутом кримінальної відповідальності [4, с. 4]. Не можна беззаперечно погодитися з цією думкою, оскільки судимість цілком відповідає всім ознакам самостійного інституту кримінального права. З точки зору сучасних досягнень загальної теорії права та теорії кримінального права кримінально-правовий інститут може бути визначений як зовнішньо оформлений структурний елемент галузі кримінального права, який являє собою підпорядковану її принципам і завданням, засновану на власній ідейній платформі систему кримінально-правових норм, покликаних цілісно та без пробілів регулювати частину кримінально-правових відносин, що зумовлена специфікою юридичного факту, що її породжує [9, с. 144]. Визнання ж кримінальної відповідальності як окремого кримінально-правового інституту зумовлює визнання безмежної кількості субінститутів.

Одним із ключових питань, гідних уваги в контексті подальшого дослідження судимості, є проблематика тривалості строків погашення судимості, яка на сьогодні, передусім, залежить від виду покарання, відбутого винним, і ступеня тяжкості вчиненого злочину. Серед фахівців лунають пропозиції про необхідність установити нижчі, ніж нині існуючі, строки погашення судимості для осіб, які вчинили злочини з необережності. Так, Є. Письменський, установивши, що для осіб, які скоїли необережні злочини, передбачаються такі самі строки погашення судимості, що й для тих, хто вчинив злочини умисно, вважає таке рішення неправильним. Адже чинне законодавство містить низку положень, що свідчать про особливе ставлення законодавця до зазначеної категорії осіб. Ці положення передбачають диференційований підхід до осіб, які вчинили умисні та необережні злочини, в основу якого покладено визнання меншої суспільної небезпечності осіб, винних у вчиненні злочинів з необережності. Тому й строки погашення судимості для осіб, які вчинили необережні злочини, мають бути скорочені, що більшою мірою забезпечить диференційований підхід законодавця до цього питання [8, с. 157–158].

Схожу думку висловила А. Расюк, яка так само переконує в тому, що тривалість строків погашення судимості має залежати від того, за який злочин засуджено особу – умисний чи необережний. Про необхідність формування спеціального підходу до засуджених за необережні злочини, свідчить те, що 99 % опитаних засуджених за вчинення необережних злочинів не допускають можливості вчинення ними у майбутньому нових умисних злочинів, тоді як майже третина засуджених за вчинення умисних злочинів таку можливість допускають. Щодо ставлення анкетованих до наявної у них судимості (судимостей), то 93 % засуджених за необережні злочини дали відповідь: «Негативно, хоча якнайшвидше від неї позбутися». Це на 29 % більше порівняно із кількістю таких відповідей, одержаних від засуджених за умисні злочини. Крім того, від засуджених за необережні злочини не одержано жодної відповіді на кшталт «пишаюся нею (ними)», тоді як 13 % засуджених за умисні злочини відповіли саме таким чином [4, с. 9]. Разом із тим А. Расюк пропонує визнавати такими, що не мають судимості, осіб, засуджених за злочини, вчинені з необережності, відразу після відбуття покарання (основного та додаткового) [4, с. 16].

Складно погодитися з висловленими пропозиціями з огляду на такі міркування. По-перше, між формами вини під час існує незначна різниця. Скажімо, у деяких випадках може викликати суттєві складнощі відмежування непрямого умислу від злочинної самовпевненості. Перш за все це стосується складів злочинів, які законодавець сконструював таким чином, що діяння вважається злочинном незалежно від того, з якою формою вини його вчинено. По-друге, на жаль, все частіше в наш час вчиняються необережні злочини, наслідком яких є спричинення шкоди життю та здоров'ю багатьох осіб. Оскільки суб'єктами цих злочинів є переважно службові особи, нераціонально ставити їх у певне пільгове положення, фактично дозволяючи після засудження та в деяких випадках після відбуття покарання займатися тією ж діяльністю, що призвела до катастрофічних наслідків.

Ще одним питанням, яке належить до числа неоднозначних у науці кримінального права, слід визнати проблематику загальноправових наслідків судимості (тобто, як впливає із ч. 2 ст. 88 КК України, про інше, крім кримінально-правового, правове значення судимості). Науковці, які займалися її дослідженням, перш за все роблять спроби класифікувати загальноправові наслідки судимості, оскільки на сьогодні вони мають не систематизований характер, розпорошені по різним нормативним актам (у тому числі підза-

конним) і тлумачаться суперечливо. Найбільш типовим підходом до визначення видів загальноправових наслідків судимості є їх поділ за критерієм нормативної галузевої належності. Так, В. Грищук поділяє наслідки судимості на п'ять груп: наслідки судимості, що мають кримінально-правове значення; наслідки судимості конституційно-правового характеру; наслідки судимості адміністративно-правового характеру; наслідки судимості трудово-правового характеру; наслідки судимості цивільно-правового характеру [10, с. 41].

А. Расюк виокремлює три законодавчі форми врахування правового стану судимості особи як підстави для заборони призначити її на певні посади. Для першої форми характерним є те, що до уваги береться наявна судимість за вчинення будь-якого злочину – як умисного, так і необережного (поширюється, зокрема, на членів Кабінету Міністрів України, суддів, нотаріусів). Інша форма врахування правового стану судимості передбачає врахування самого факту попереднього засудження особи, навіть якщо судимість за вчинення злочину вже анульована (стосується, наприклад, прокурорів, слідчих прокуратури, працівників міліції). У межах наступної (третьої) форми враховується наявність судимості лише за вчинення умисного злочину, якщо ця судимість не погашена чи не знята у встановленому законом порядку. Так, перешкодою для обіймання посад Президента України, народних депутатів України, депутатів усіх рівнів, сільських, селищних, міських голів, працівників митної служби визнається наявність незнятої або непогашеної судимості за вчинення умисного злочину. Тобто особи, які мають незняту або непогашену судимість за необережний злочин, не втрачають права обіймати зазначені посади [4, с. 13–14].

З урахуванням того, що на сьогодні сформувалася низка наслідків судимості, властивих майже всім правовим галузям, неоднаково регламентованих і на різному законодавчому рівні, а також з використанням неоднозначних законодавчих формулювань, є потреба в проведенні «ревізії» всього спектра загальноправових наслідків судимості. Зробити це можна шляхом законодавчої систематизації загальноправових наслідків судимості в окремому законі з назвою «Про правові наслідки судимості», як пропонує зробити, зокрема, В. Голіна [2, с. 30]. У цьому сен-

сі не можна погодитися з Є. Письменським, який зазначає про недоцільність систематизації всіх обмежень загальноправового характеру в єдиному нормативно-правовому акті [8, с. 123].

Також слід пам'ятати, що виникнення та реалізація будь-якого правообмеження загальноправового характеру має підпорядковуватися досягненню цілей, які має судимість, основною з яких є попередження вчинення нових злочинів судимими особами. Тому при підготовці зазначеного закону потрібно звертати особливу увагу на наявність деяких із загальноправових наслідків судимості, які не мають на меті превентивних і виправних цілей.

Викладене дозволяє зробити **висновок**, що судимість є одним із елементів кримінальної відповідальності, що виникає при засудженні особи за вчинений злочин та призначенні їй покарання (за винятком безумовного звільнення від покарання). На сьогодні є потреба в подальшому розвитку норм про судимість, зокрема, за рахунок її поширення лише на осіб, які вчинили кримінальне правопорушення у вигляді злочину.

Список використаних джерел

1. Білоконов В. М. Застосування законодавства про погашення і зняття судимості (судова практика). – Запоріжжя, 2010. – 260 с.
2. Голіна В. В. Судимість. – Х., 2006. – 384 с.
3. Письменський Є. О. Інститут судимості в кримінальному праві України. – Луганськ, 2009. – 216 с.
4. Расюк А. О. Судимість у кримінальному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2012. – 20 с.
5. Никифоров Б. С. О рецидиве и судимости // Советское государство и право. – 1957. – № 5. – С. 100–106.
6. Степичев С. Нужен ли институт судимости? // Социалистическая законность. – 1965. – № 9. – С. 14–18.
7. Фріс П. Л. Кримінально-правова політика України: дис. ... д-ра юрид. наук. – К., 2005. – 440 с.
8. Письменський Є. О. Інститут судимості в кримінальному праві України: дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2009. – 242 с.
9. Жук М. С. Институты российского уголовного права: история развития и современное понимание / Под ред. В. П. Коняхина. – Краснодар, 2010. – 166 с.
10. Грищук В. К. Поняття «покарання» за чиним КК України: проблеми удосконалення // Кримінальний кодекс України 2001 р.: проблеми застосування і перспективи удосконалення: Матеріали міжнар. наук.-практ. конф., 7–8 квітня 2006 р. У 2 ч. – Л., 2006. – Ч. 1. – С. 38–44.

Стаття надійшла до редакції 10.12.2012 р.

The discursive issues of the conviction, which is defined as the element of criminal liability, are considered. In particular, the most controversial aspects of the conviction connected with its legal regulation and prospects of further existing are studied.

В статті розглядаються окремі дискусійні аспекти судимості, котра визначається як елемент уголовної відповідальності, досліджуються найбільш противоречиві питання судимості, пов'язані з її правовою регламентацією і перспективами дальнішого існування.



Володимир Вітенко,

здобувач Національної академії Служби безпеки України

ДО ПИТАННЯ ПРО МОМЕНТ ЗАКІНЧЕННЯ СПРИЯННЯ ВЧИНЕННЮ ТЕРОРИСТИЧНОГО АКТУ

У статті розглядаються проблемні питання визначення моменту закінчення сприяння вчиненню терористичного акту у формах втягнення, навчання, озброєння та використання особи як в суто теоретичному аспекті, так і через призму практики протидії тероризму, пропонуються критерії, на підставі яких конкретні дії, спрямовані на сприяння вчиненню теракту, правомірно вважати закінченим злочином.

Ключові слова: сприяння вчиненню терористичного акту, закінчений злочин, момент закінчення злочину, терористичний акт, втягнення до вчинення злочину, навчання, озброєння, використання особи для вчинення теракту.

Сприяння вчиненню терористичного акту у формі вербування, озброєння та навчання особи, а також використання особи (ст. 258⁴ Кримінального кодексу (далі – КК) України) фахівці відносять до злочинів із формальним складом. Із змісту науково-практичних коментарів до КК випливає, що для кваліфікації діяння за ст. 258⁴ КК не має значення, чи вдалося суб'єкту залучити або використати особу для вчинення теракту, чи реалізовано залученою, озброєною або навченою особою злочинний намір.

Питання щодо моменту закінчення цього злочину, передусім у формі вербування (залучення), є проблемним і дискусійним. Автори науково-практичних коментарів, як правило, обмежуються формулюванням «з моменту вчинення відповідних дій», що не дає необхідного уявлення про межі виконання об'єктивної сторони злочину та правомірність притягнення до кримінальної відповідальності. Разом із тим чітке визначення того, який обсяг дій у даному випадку є достатнім для констатації кримінально караного правопорушення, відповідає потребам правозастосування.

Метою цієї статті є визначення критеріїв, на підставі яких конкретні дії, спрямовані на сприяння вчиненню теракту, правомірно вважати закінченим злочином.

Перш як перейти до викладення основного матеріалу, слід зазначити, що, на нашу думку, вживання у диспозиції ст. 258⁴ КК України терміна «вербування» (найм, рекрутування) не відображає дійсного характеру злочинних діянь і від нього в інтересах термінологічної

чистоти необхідно відмовитися. Виходячи з наявної практики, дії, спрямовані на залучення особи до вчинення терористичного акту, на необхідності криміналізації яких акцентує увагу ратифікована Україною Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16.05.2005 р., більшою мірою підпадають під визначення підбурювання (ч. 4 ст. 27 КК України) або втягнення (ст. 258¹ КК України). У такому розумінні ми розглядатимемо їх далі.

Слід також зазначити, що зміст ст. 258⁴ КК України є вужчим, ніж її назва, враховуючи, що до сприяння вчиненню теракту можна віднести, крім згаданого втягнення, публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258²), створення терористичної групи чи терористичної організації (ст. 258³), фінансування тероризму (ст. 258⁵). На таку ваду звертав увагу російський учений А. Бриліантов у коментарі до ст. 205¹ КК Російської Федерації («Сприяння терористичній діяльності») [1], багато в чому подібної до ст. 258⁴ КК України. У статті 205¹ КК РФ поняття «схиляння» та «вербування» розглядаються як видові щодо «втягнення». Це викликає певні заперечення («вербування» передбачає первинну готовність особи долучитися до вчинення злочину за винагороду, її не потрібно «втягувати»), але не має принципового значення в контексті питання, що розглядається. Принциповою відмінністю ст. 205¹ КК РФ від ст. 258⁴ КК України є те, що в ній йдеться про сприяння вчиненню визначеного переліку «терористичних» злочинів, а не лише теракту.

Аналізуючи питання про момент закінчення втягнення у вчинення злочину терористичного характеру, П. Агапов і К. Михай-

лов дійшли висновку, що в даному разі можливі два варіанти правової оцінки. Перший варіант – це вважати закінченим вказане посягання з моменту, коли винний (втягнута особа) здійснить зазначені в законі дії (наприклад, терористичний акт) або вчинить замах на відповідний злочин. Другий варіант – визнавати моментом закінчення даного діяння виникнення умислу (рішучості) у втягненої особи вчинити будь-які злочини терористичного характеру, незалежно від того, чи здійснить вона їх. На думку авторів, перший варіант кваліфікації є більш прийнятним, хоча б тому, що більш реальний. Установлення ж факту «невдалого» залучення особи до здійснення посягань терористичного характеру слід розцінювати як замах на злочин, передбачений ч. 1 ст. 205¹ КК РФ. Готування до схиляння, вербування чи іншого втягнення особи у вчинення злочинів терористичного характеру бути не може, оскільки останні самі собою утворюють підготовчі дії [2].

Є також точка зору, згідно з якою посягання повинно вважатися закінченим вже за умови надання втягнутою особою згоди на участь у терористичних акціях або інше сприяння терористам. А на думку С. Кочої, кваліфікація схиляння до участі в злочині не повинна залежати від поведінки особи, яка під нього підпадає. Реакція останньої перебуває за рамками аналізованого складу злочину [3, с. 79]. Таким чином, маємо три точки зору; згідно з однією для констатації закінченого злочину втягувана особа має приступити до реалізації злочинного задуму; згідно з другою – достатньо формування у втягуваної особи злочинного умислу, а відповідно до третьої – реакція втягуваної особи взагалі не має значення.

На нашу думку, у даному випадку змішуються суто теоретичний і практичний аспекти, що нагадує дискусію про початок настання кримінальної відповідальності (з одного боку, стверджувалося, що вона настає вже з моменту вчинення злочину, з іншого – в момент встановлення особи, причетної до його вчинення, або пізніше – на стадії пред'явлення обвинувачення чи призначення покарання). Безумовно, намагання сформулювати в особи злочинний умисел на вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину (до числа яких і належить теракт) мають розглядатися у кримінально-правовій площині. Але якщо в теорії вирішити питання про настання моменту відповідальності за вказані прояви не викликає особливих труднощів, то на практиці досить чіткі теоретичні конструкції нерідко перетворюються на «мертві» норми закону.

З точки зору теорії, щоб вважати втягнення у вчинення терористичного акту закінченим злочином, необхідною та достатньою є така сукупність умов: цілеспрямований вплив

із боку суб'єкта на особу; ознайомлення її з алгоритмом конкретних дій, які від неї вимагаються для реалізації злочинного задуму; реалістичність злочинного задуму, тобто наявність реальної можливості його втілення завдяки наміченим діям.

Як свідчить практика протидії тероризму органів державної безпеки, цілеспрямований вплив на особу, як правило, розтягнутий у часі, може здійснюватися кількома виконавцями та на території кількох держав. Крім того, не йдеться відразу про вчинення конкретного злочину; спочатку мова йде, наприклад, про «надання допомоги афганському народу боротися з окупантами», «допомогу чеченському народу боротися за незалежність від Росії», «боротьбу з «невірними» тощо. Тому не дивно, що з часу включення до КК України ст. 258⁴ (2006 р.) жодної кримінальної справи за нею порушено не було. У Російській Федерації практика застосування ст. 205¹ КК РФ існує, але, на нашу думку, є досить проблемною.

За інформацією російських інтернет-ресурсів [4], у 2012 р. слідчим відділом УФСБ Росії у Волгоградській області стосовно 18-річної жительки Волзького А. порушено кримінальну справу за ознаками складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 205¹ КК РФ. А. потрапила у поле зору волгоградських контррозвідників за підозрою в прихильності до ідей радикального ісламу та намірах виїхати на територію Чеченської Республіки для вступу в ряди бандформувань. Було встановлено, що в спілкуванні через соціальні мережі в Інтернеті вона повідомляла співрозмовникам, що прийняла іслам і готова ступити на шлях терористки-смертниці, у зв'язку з чим виїжджала в табір чеченських бойовиків у Чечню та проходила навчання вибуховій справі. При цьому вона наполегливо пропонувала наслідувати її приклад і приєднатися до боротьби з «невірними». Зрештою, під її вплив потрапили три особи – мешканці Волзького, Москви й Астрахані. Двоє з них виїхали в Чечню з наміром долучитися до терористичної діяльності та були зупинені правоохоронцями.

Із повідомлення незрозуміло, під чий впливом перебувала 18-річна дівчина, яка напевно могла самостійно дійти до вказаних переконань. Але більш важливим є інше питання, що ставить під сумнів правомірність кваліфікації за ст. 205¹ КК РФ: який конкретно злочин із числа перелічених у диспозиції названої статті планувалося вчинити? Цілком імовірно, що чіткої відповіді на це питання немає, що робить непереконливою позицію сторони обвинувачення у ході можливого судового розгляду. У цьому та подібних випадках відсутня визначеність умислу осіб, які залучають інших до діяльності у складі організацій терористичної спрямованості, у тому числі достатні підстави для притягнення їх до кримінальної відповідальності, принаймні за вказаною статтею.

Погодимося з С. Кочої у тому, що кримінально-правова оцінка дій суб'єкта не повинна залежати від поведінки втягнутої у вчинення злочину особи. На практиці ця поведінка матиме значення лише в тому сенсі, що особа своїм ставленням може дати суб'єкту можливість повною мірою виконати всі необхідні для втягнення дії (об'єктивну сторону), а може припинити відповідні намагання ще на початку.

Проте занадто схематичне відображення закріплених у кримінальному законодавстві дій, пов'язаних із втягненням до вчинення теракту, не узгоджується з практикою, що рясніє випадками втягнення до діяльності організацій, які в окремих країнах визнані терористичними, а не безпосередньо до вчинення «терористичних» злочинів. Відслідковування причинно-наслідкового зв'язку між моментом такого втягнення й організацією та вчиненням конкретного «терористичного» злочину і належить до тих «непосильних для практичних органів завдань», про які зазначають П. Агапов та К. Михайлов [2].

Визначення моменту фактичного приєднання особи до терористичної організації також пов'язане з труднощами (зважаючи на його поступовість, практикування кількох рівнів «посвяченості», найнижчі з яких не передбачають виходу за рамки чинного законодавства – релігійна освіта, бесіди, виконання дрібних доручень тощо). Тому в кожному конкретному випадку правоохоронцям належить з'ясовувати, наскільки особа пов'язана з такою організацією, чи усвідомлює злочинну спрямованість її діяльності, чи сприяє реалізації злочинних цілей. Про набуття членства може свідчити, зокрема, прийняття присяги, що практикується в окремих міжнародних терористичних організаціях, отримання спеціальних засобів, зброї тощо [5].

Проблемним є також встановлення моменту закінчення навчання особи з метою здійснення теракту. Висловлюється точка зору, згідно з якою це момент «організації практичного навчання спеціальним навичкам» [2], що містить певну невизначеність. Зокрема, вона стосується зазначеної «організації навчання». На практиці власне організації як певної сукупності дій може не бути або вона може тривати значний час. Так, особи, які втягуються в діяльність міжнародних терористичних організацій, нерідко проходять попередню підготовку в спеціальних заздалегідь облаштованих таборах. Це навчання, як правило, не пов'язується з учиненням конкретних злочинів, хоча відпрацьовані навички можуть використовуватися з зазначеною метою у подальшому. «Відірваність» моменту такого навчання фактично унеможливило застосування ст. 258⁴ КК України.

Визначаючи момент закінчення навчання особи з метою здійснення терористичного акту у контексті ст. 258⁴ КК, очевидно, слід було б виходити з конкретних дій суб'єкта, необхідних і достатніх для вчинення зазначеного злочину (передача спеціальних знань, відпрацювання прийомів в обсязі, що робить можливим вчинення конкретного теракту). При цьому, на відміну від втягнення, передбачається зустрічна налаштованість самої особи, адже навчити будь-чому без такої налаштованості практично неможливо.

Визначення моменту озброєння для вчинення терористичного акту не є таким складним, як втягнення чи навчання. Очевидно, він має бути пов'язаний з початком передачі відповідних предметів або створенням умов для заволодіння ними в розрахунок на використання за злочинним призначенням.

Криміналізація у ст. 258⁴ КК України використання особи з метою вчинення терористичного акту викликала певне здивування фахівців, оскільки тут вбачається так зване посереднє виконавство, що за визначенням не є сприянням [6]. Моделюючи ситуації, на які може поширюватися дія цієї норми, доходимо висновку, що йдеться про задіяння особи, яка не може бути суб'єктом злочину через вік чи психічний стан або використовується «втемну» (в іншому випадку навіщо окреме закріплення відповідальності за втягнення та вербування?). Наприклад, пасажирів потягу висловлюється прохання доставити багаж (в якому знаходиться вибуховий пристрій) у певне місце, а під час руху пристрій дистанційно приводиться у дію. Очевидно, у цьому і подібних випадках моментом закінчення злочину слід вважати момент передачі вказаної речі, а узагальнюючи – початок спрямування особи на виконання певних дій, які, за задумом суб'єкта, мають призвести до вчинення теракту.

Висновки

У диспозиції статті про сприяння вчиненню терористичного акту КК України закріплені алгоритми дій, які не узгоджуються з фактичними механізмами злочинної діяльності. Крім того, до відповідних посягань у разі їх скоєння можуть (і, на нашу думку, повинні) застосовуватися норми інституту співучасті (ст. 27 КК України).

Абстрагуючись від вказаних суперечностей, момент закінчення сприяння вчиненню терористичного акту (підбурювання чи пособництва) визначається залежно від конкретної ситуації, ступеня виявлення злочинного умислу з урахуванням:

необов'язковості настання шкідливих наслідків, оскільки дії суб'єкта є лише проміжними для досягнення кінцевої мети;

необов'язковості досягнення цілі переконати втягвану особу вчинити теракт;

реальної можливості настання шкідливих наслідків. Наявні обставини мають вказувати на фактичну підготовку злочину, а не гіпотетичну, в невизначеному майбутньому;

достатності дій суб'єкта для того, щоб кінцева мета могла бути досягнута. Відповідно, у випадку втягнення особи здійснюваний вплив за інтенсивністю та характером має бути спроможним спонукати до злочинних дій. У випадку навчання повинен передаватися такий обсяг знань і навичок, який би дозволяв особі реалізувати злочинний задум. У випадку озброєння відповідні засоби мають ставати особі доступними безпосередньо чи опосередковано.

Список використаних джерел

1. Бриллиантов А. В. Комментарий к уголовному кодексу Российской Федерации, 2011 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: [http://all-books.](http://all-books.biz/ugolovnoe-pravo-uchebnik/statya-2051-sodeystvie-terroristicheskoy.html)

[biz/ugolovnoe-pravo-uchebnik/statya-2051-sodeystvie-terroristicheskoy.html](http://all-books.biz/ugolovnoe-pravo-uchebnik/statya-2051-sodeystvie-terroristicheskoy.html).

2. Агапов П. В., Михайлов К. В. Уголовная ответственность за содействие террористической деятельности: тенденции современной уголовной политики. – Саратов, 2007. – 144 с.

3. Кочои С. М. Терроризм и экстремизм: уголовно-правовая характеристика. – М., 2005.

4. Жительницу Волжского привлекли к ответственности за содействие террористической деятельности [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://v102.ru/accidents/35802.html>.

5. Постановление Пленума ВС РФ о некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам о преступлениях террористической направленности от 09.02.2012 г. № 1 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://kkka13.ru/pomosch/sudebnaja_praktika/post_plenuma_terrorizm.aspx.

6. Данилевский А. А. Анализ некоторых изменений законодательства в сфере противодействия терроризму // Материалы докладов XIV Междунар. конф. студентов, аспирантов и молодых ученых «Ломоносов». – М., 2007.

Стаття надійшла до редакції 11.10.2012 р.

The article deals with problems determining the end facilitate the commission of a terrorist act in the forms of involvement, training, arming and use a person as a purely theoretical perspective, and through the prism of counter-terrorism practices. The criteria on which specific actions to facilitate the commission of terrorist attack, rightly considered complete offense.

В статье рассматриваются проблемные вопросы определения момента окончания содействия совершению террористического акта в формах вовлечения, обучения, вооружения и использования лица как в сугубо теоретическом аспекте, так и через призму практики противодействия терроризму, предлагаются критерии, на основании которых конкретные действия, направленные на содействие совершению теракта, правомерно считать законченным преступлением.



Олег Левендаренко,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права і процесу,

Ірина Щербак,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Донецького національного університету

ПЕРЕДАННЯ НЕПОВНОЛІТНЬОГО ПІДОЗРЮВАНОГО Й ОБВИНУВАЧЕНОГО ПІД НАГЛЯД У СИСТЕМІ ЗАПОБІЖНИХ ЗАХОДІВ

Стаття присвячена застосуванню у кримінальному провадженні щодо неповнолітніх підозрюваних (обвинувачених) такого запобіжного заходу, як передавання неповнолітнього під нагляд батькам, опікунам, піклувальникам та адміністрації дитячої установи.

Ключові слова: неповнолітній, передача під нагляд, запобіжні заходи, заходи забезпечення кримінального провадження, батьки, опікуни, піклувальники, адміністрація дитячої установи.

Прийняття нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України та набрання ним чинності стало вагомим кроком України до європейського співтовариства. Перш за все, це стосується захисту прав і законних інтересів учасників кримінального провадження. Чинний КПК України містить низку новел, які гарантують захист таких прав і законних інтересів особи у кримінальному провадженні. До їх числа відносяться також норми, що стосуються захисту прав неповнолітніх підозрюваних (обвинувачених).

Слід зазначити, що КПК України 1960 р. також передбачав належні гарантії захисту прав неповнолітніх обвинувачених. Можна навіть констатувати, що окремі норми старого закону знайшли своє точне відображення в новелах чинного КПК. Однак значна кількість пропозицій учених, які свого часу займалися проблемами кримінального провадження щодо неповнолітніх (В. Зеленецький, З. Коврига, Ю. Лівшиц, Г. Омельченко, В. Очеретін, Д. Чухраєв та ін.), на жаль, не знайшли належного застосування у новому кримінальному процесуальному законі. Це стосується і норм, що присвячені застосуванню до неповнолітніх підозрюваних (обвинувачених) запобіжних заходів, зокрема такого, як передавання неповнолітнього підозрюваного (обвинуваченого) під нагляд. Вивчення нами змісту вказаних норм закону свідчить, що законодавець дещо поверхово підійшов до їх формулювання, навіть не зазначивши про його пріоритетність, а це, на нашу думку, може негативно впливати на практику їх застосування. Цим обумовлюється актуальність обраної нами теми наукової статті.

Метою цієї статті є надання пропозицій щодо вдосконалення окремих норм КПК, що стосуються застосування до неповнолітніх підозрюваних (обвинувачених) такого запобіжного заходу, як передавання під нагляд.

Вікові особливості неповнолітніх підозрюваних та обвинувачених зумовлюють також процесуальні правила та тактичні прийоми застосування щодо них запобіжних заходів. У КПК України вказується на необхідність вирішення питання про обрання запобіжного заходу лише за наявності достатніх підстав вважати, що підозрюваний, обвинувачений буде переховуватися від органів досудового розслідування та/або суду; знищить, приховає або спотворить будь-яку із речей чи документів, що мають істотне значення для встановлення обставин кримінального правопорушення; незаконно впливатиме на потерпілого, свідка, іншого підозрюваного, обвинуваченого, експерта, спеціаліста у цьому ж кримінальному провадженні; перешкоджатиме кримінальному провадженню іншим чином; вчинить інше кримінальне правопорушення чи продовжить кримінальне правопорушення, в якому підозрюється, обвинувачується (ст. 177).

Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені ч. 1 ст. 177 КПК. Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіж-

ного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК.

Вирішуючи питання про вид запобіжного заходу, слідчий зобов'язаний враховувати також: вагомість наявних доказів про вчинення підозрюваним, обвинуваченим кримінального правопорушення; тяжкість покарання, що загрожує відповідній особі у разі визнання підозрюваного, обвинуваченого винуватим у кримінальному правопорушенні, у вчиненні якого він підозрюється, обвинувачується; вік і стан здоров'я підозрюваного, обвинуваченого; міцність соціальних зв'язків підозрюваного, обвинуваченого в місці його постійного проживання, у тому числі наявність у нього родини й утриманців; наявність у підозрюваного, обвинуваченого постійного місця роботи або навчання; репутацію підозрюваного, обвинуваченого; майновий стан підозрюваного, обвинуваченого; наявність судимостей у підозрюваного, обвинуваченого; дотримання підозрюваним, обвинуваченим умов застосованих запобіжних заходів, якщо вони застосовувалися до нього раніше; наявність повідомлення особі про підозру у вчиненні іншого кримінального правопорушення; розмір майнової шкоди, у завданні якої підозрюється, обвинувачується особа, або розмір доходу, в отриманні якого внаслідок вчинення кримінального правопорушення підозрюється, обвинувачується особа, вагомість наявних доказів, якими обґрунтовуються відповідні обставини (ст. 178 КПК України). Особливо важливе значення всі ці підстави мають у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх, оскільки неправильне рішення у виборі запобіжного заходу завжди пов'язане з негативними наслідками як для підлітка, так і для перебігу процесу.

Застосування запобіжного заходу до неповнолітнього має впливати на нього з виховної точки зору, забезпечувати належну його поведінку. Це можливо лише за умови, що прийнято справедливе рішення під час обрання стосовно підлітка певного запобіжного заходу. Не слід також нехтувати й тим, що законодавець припускає застосування відносно осіб, які не досягли 18-річного віку, запобіжних заходів у вигляді взяття під варту та затримання лише у виняткових випадках (ст. 492 КПК України), що також зобов'язує слідчого до більш ретельного дослідження всіх обставин кримінального провадження. Врахування обставин, що характеризують особистість неповнолітнього та його діяння, надає слідчому (прокурору) можливість визначити найбільш доцільний у тому чи іншому конкретному випадку запобіжний захід.

Стаття 176 КПК України передбачає такі запобіжні заходи, які можна застосувати до неповнолітніх: особисте зобов'язання; осо-

биста порука; застава; домашній арешт; тримання під вартою. Тимчасовим запобіжним заходом є затримання особи, що застосовується з підстав і в порядку, визначеному КПК. Разом із тим КПК передбачає специфічний запобіжний захід, який може бути застосований лише до неповнолітніх правопорушників – віддання їх під нагляд батьків, опікунів, піклувальників, а також під нагляд адміністрації дитячої установи (ст. 493 КПК України).

Вирішуючи питання про обрання запобіжного заходу неповнолітньому підозрюваному й обвинуваченому, слідчий повинен враховувати не тільки загальні положення закону, а й норми кримінального та кримінального процесуального законодавства, які підлягають застосуванню в кожному конкретному випадку – ті, що регулюють умови відповідальності неповнолітніх і порядок провадження в цих справах. Нарівні з віковими особливостями досліджуватися мають обставини, що стосуються особистості неповнолітнього та кримінологічної характеристики кримінальних правопорушень підлітків.

Більшість науковців, які вивчали проблеми застосування запобіжних заходів у кримінальному процесі, вважає, що під час обрання певного запобіжного заходу стосовно підлітків обов'язково повинні враховуватися обставини, передбачені нормою про предмет доказування у справах неповнолітніх [1, с. 66; 2, с. 32]. Ми не можемо не погодитися із цією думкою, бо неврахування будь-якої з обставин, передбачених ст. 485 КПК, може потягнути за собою прийняття слідчим необґрунтованого рішення в ході вирішення цього питання. Однак науковці не зазначають, що це положення не зафіксоване у кримінальному процесуальному законі. Так, ст. 178 КПК України передбачає вичерпний перелік обставин, які підлягають врахуванню під час обрання виду запобіжного заходу щодо всіх підозрюваних, обвинувачених. Оскільки порядок кримінального провадження щодо неповнолітніх визначається загальними положеннями КПК (ст. 484), можна констатувати, що законодавець поширює дію ст. 178 КПК України і на неповнолітніх, оскільки у главі 38 кримінального процесуального закону відсутня окрема норма про обставини, які повинні враховуватися під час обрання запобіжного заходу щодо неповнолітніх.

Вважаємо, що неврахування слідчим, прокурором і слідчим суддею обставин ст. 485 КПК під час прийняття рішення про застосування запобіжного заходу щодо неповнолітнього підозрюваного (обвинуваченого) може негативно позначитися на доцільності й ефективності його застосування, у зв'язку з чим вважаємо за доцільне доповнити главу 38

КПК України окремою нормою, присвяченою обставинам, що підлягають врахуванню під час обрання запобіжного заходу щодо неповнолітнього із вказівкою на врахування органами досудового розслідування й суду не лише загальних обставин, вказаних у ст. 178 КПК, а й обставин, що є предметом доказування у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх.

Слід зазначити, що розглядаючи питання про види запобіжних заходів, які застосовуються до неповнолітніх підозрюваних та обвинувачених, неможливо відразу категорично констатувати, якому запобіжному заходу у справах цієї категорії слід надавати перевагу. Це пояснюється тим, що в кожному кримінальному провадженні слідчому доводиться встановлювати низку обставин, які, зрозуміло, не можуть бути у повному обсязі передбаченими кримінальним процесуальним законом. Надання ж переваги у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх запобіжним заходам, не пов'язаним із позбавленням волі, пояснюються прагненням мінімального обмеження прав, свобод і законних інтересів підлітків у процесі розслідування [3, с. 79]. З чим слід погодитись. Однак, вирішуючи питання про обрання одного із запропонованих законодавцем запобіжних заходів, не пов'язаних із позбавленням волі, слідчому слід з'ясувати який із цих заходів найбільш доцільний і ефективний у кожному конкретному випадку.

Серед запобіжних заходів, які можуть застосовуватися щодо неповнолітніх, законодавець на перше місце ставить передачу неповнолітнього під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи. Пріоритетність цього заходу визначається тим, що законодавець виділяє його в окремій главі, присвяченій кримінальному провадженню щодо неповнолітніх, тим самим наказуючи органам, які ведуть процес, звертати на них особливу увагу. Однак, незважаючи на позицію законодавця щодо юридичної природи цього запобіжного заходу, ми погоджуємось із науковцями, які по суті поділяють його на два самостійних види: передавання неповнолітнього обвинуваченого під нагляд батьків, опікунів або піклувальників; передавання обвинуваченого під нагляд адміністрації дитячої установи, оскільки одночасно вони застосовуватися не можуть [4, с. 100; 5, с. 74].

У разі застосування зазначених запобіжних заходів від батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи відбирається письмове зобов'язання про забезпечення ними належної поведінки неповнолітнього та його явки до слідчого, прокурора, суду. При цьому вказані особи попе-

реджаються про характер підозри чи обвинувачення неповнолітнього, про їх відповідальність у випадку неявки його до слідчого, прокурора та суду (ч. 2 ст. 436 КПК України).

Законодавець передбачив, що передача неповнолітнього під нагляд як запобіжний захід може бути обраний за ініціативою прокурора, а також за клопотанням сторони захисту. Залишається незрозумілою позиція законодавця з приводу того, що він не відносить до суб'єкта ініціації вказаного запобіжного заходу слідчого, в провадженні якого знаходяться матеріали кримінального провадження. Вважаємо, що вказана прогалина по суті робить норму про передання неповнолітнього під нагляд «мертвою», оскільки прокурор, як нам здається, не буде так ретельно пронизатися матеріалами кримінального провадження, ніж слідчий, а слідчий, у свою чергу, буде лише пасивним виконавцем цієї норми закону, оскільки він не уповноважений на ініціювання застосування такого запобіжного заходу. На нашу думку, це технічна помилка законодавця, яка має бути виправлена.

У результаті узагальнення практики кримінальних справ (проваджень) ми встановили, що зазначені запобіжні заходи використовуються слідчими у поодиноких випадках. Вважаємо, що це пояснюється тим, що слідчі (прокурори) не впевнені в їх доцільності й ефективності. Останнє вже залежить не лише від позитивної характеристики осіб, під нагляд яких віддається неповнолітній, а й від упевненості цих осіб у належній поведінці та своєчасній явці підлітка до слідчого, прокурора, суду. Відсутність же ініціативи з боку батьків, опікунів, піклувальників та адміністрацій дитячих установ щодо застосування до неповнолітнього запобіжних заходів, передбачених ст. 493 КПК України, на нашу думку, пояснюється саме цим. Вважаємо, що віддання неповнолітнього під нагляд осіб, перелічених у ст. 493 КПК України, повинна здійснюватися лише за умов наявності клопотання щодо цього з їх боку. Відсутність такої ініціативи вже сама собою свідчить про невпевненість зазначених осіб у належному виконанні обов'язків, покладених на них кримінальним процесуальним законом України (ст. 493 КПК України), або ж про незнання ними своїх прав, які їм слід доводити до відома.

Слід зазначити, що законодавство, виходячи із принципу дотримання процесуальних гарантій, має надати можливість батькам, опікунам, піклувальникам та адміністраціям дитячих установ ознайомитись із їх правом ініціативи у застосуванні вказаного запобіжного заходу, що неодмінно повинно

бути закріплене у законі. І лише у випадку, коли така ініціатива матиме місце, слідчий повинен з'ясувати питання про доцільність застосування вказаних у ст. 493 КПК запобіжних заходів. Не враховуючи це положення, законодавець лише передбачає, що згода батьків, опікунів, піклувальників та адміністрації дитячих установ є обов'язковою умовою застосування слідчим віддачі під нагляд як запобіжного заходу щодо неповнолітнього. У зв'язку з цим можна припустити, що у разі невпевненості зазначених осіб у виконанні обов'язків, покладених на них ст. 493 КПК України, останні можуть відмовитися від пропозицій слідчого про застосування такого запобіжного заходу. Однак у всіх випадках застосування щодо неповнолітніх віддачі під нагляд як запобіжного заходу з ініціативи слідчих у вивчених нами кримінальних справах (провадженнях) батьки давали згоду на це. Така практика підтверджується і дослідженнями науковців [5, с. 76]. Вважаємо таку згоду осіб, перелічених у ст. 436 КПК України, непереконаливою, бо не кожний із батьків, опікунів, піклувальників та адміністрації дитячої установи, керуючись моральними нормами, зможе правдиво заявити про невпевненість у своїй можливості забезпечити належну поведінку підлітка та його явку до слідчого, прокурора, суду, виходячи з того, що у разі відмови до їх сина (доньки) може бути застосований інший, більш суворий запобіжний захід. Це ще раз підтверджує недосконалість кримінального процесуального закону.

Якщо ж особи, перелічені у ст. 493 КПК України, виявили ініціативу застосування щодо неповнолітнього віддачі під нагляд, слідчий зобов'язаний встановити низку обставин із тим, щоб бути впевненим у доцільності її застосування. До таких обставин, окрім даних про особистість підлітка, належать й обставини криміногенного характеру. Так, встановлення характеристики батьків (опікунів, піклувальників) неповнолітнього необхідне для з'ясування основного питання: чи зможуть вони гідно виконувати покладені на них у зв'язку з цим обов'язки – забезпечити належну поведінку неповнолітнього та його явку до слідчого, прокурора, суду?

Деякі науковці вважають, що факт скоєння неповнолітніми кримінального правопорушення свідчить про прогалини у його вихованні та про нездатність батьків впливати на нього для досягнення належної поведінки [6, с. 119; 7, с. 71]. Вважаємо, що така думка не є обґрунтованою, оскільки не враховує певну категорію кримінальних правопорушень (учинених за необережністю, у стані сильного душевного хвилювання тощо); а факт скоєння неповнолітнім навмисного кримі-

нального правопорушення не може категорично свідчити, що останній виховувався у неблагополучній родині, яка не може належним чином контролювати поведінку підлітка. Крім того, слід враховувати, що саме скоєння підлітком злочину часто стає причиною того, що батьки докорінним чином змінюють своє ставлення до виховання сина або доньки [5, с. 79]. Однак з'ясування морально-психологічної характеристики батьків (опікунів, піклувальників) у цьому випадку недостатньо. Слідчому слід встановити стан здоров'я зазначених осіб із тим, щоб бути впевненим у фізичній можливості виконувати покладені на них ст. 493 КПК України обов'язки. З цієї ж причини необхідно з'ясувати, скільки часу вони приділяють сину або доньці, чи не пов'язана їх робота з відрядженнями тощо. Всі ці обставини можуть суттєво вплинути на рішення слідчого (прокурора) про обрання щодо підлітка вказаного запобіжного заходу.

Встановлення характеристики батьків (опікунів, піклувальників) якщо провадиться за допомогою класичних засобів доказування – допитів, витребування характеристик, довідок, то встановлення характеристик даних на адміністрації дитячих установ, де виховується неповнолітній, має специфічний характер. Вважаємо, що доцільність застосування щодо неповнолітнього такого запобіжного заходу, як віддання під нагляд адміністрації дитячої установи, визначається показником виховної роботи останньої. У зв'язку з цим слідчому необхідно з'ясувати загальну картину злочинності неповнолітніх, які виховуються у цьому закладі, заходи виховного характеру, що застосовувались адміністрацією установи до підлітків-правопорушників, наслідки такої роботи. Якщо слідчий встановить, що виховна робота в дитячому закладі ведеться на належному рівні, то можна припустити, що вказаний запобіжний захід за наявності ініціативи адміністрації установи, де виховується неповнолітній, може бути ефективним.

У юридичній літературі існує думка, що у виняткових випадках доцільно застосовувати щодо неповнолітнього віддачу під нагляд дитячого закладу без згоди останньої у випадку, коли для взяття під варту підлітка немає підстав, а будь-який інший запобіжний захід не може реально гарантувати його належну поведінку й явку за викликами [5, с. 89]. Вважаємо, що вказані міркування не зовсім обґрунтовані, оскільки застосування вказаного запобіжного заходу без ініціативи адміністрації дитячої установи, а тим більше без її згоди, є заздалегідь безперспективним, бо не враховує думки представників цих установ щодо можливості перевиховання неповнолітнього правопорушника та здатності ви-

конувати покладені на них ст. 493 КПК України обов'язки. На нашу думку, тут має йти про доповнення ст. 176 КПК України новим видом запобіжних заходів – віддання під нагляд кримінальної міліції у справах дітей. Такий запобіжний захід може стати альтернативою іншим запобіжним заходам у разі невпевненості слідчого у доцільності застосування останніх. Крім того, оскільки всіх неповнолітніх, які вчинили кримінальне правопорушення, ставлять на облік кримінальної міліції у справах дітей, працівники якої зобов'язані проводити виховну роботу з такими підлітками, ефективність даного запобіжного заходу не може викликати сумнівів.

Якщо слідчий встановить, що застосування відносно неповнолітнього підозрюваного чи обвинуваченого таких запобіжних заходів, як віддання під нагляд батьків, опікунів, піклувальників або адміністрації дитячої установи, є недоцільним, але неповнолітній правопорушник заслуговує на довіру слідчого, необхідно вирішити питання про застосування щодо такого підлітка аналогічного за юридичною природою з відданням під на-

гляд запобіжного заходу – особистої поруки, про доцільність застосування якого зазначалось у юридичній літературі [7].

Список використаних джерел

1. Лившиц Ю. Д. Меры пресечения в советском уголовном процессе. – М., 1964. – 139 с.
2. Зеленецкий В. С. Предупреждение преступлений следователем. – Х., 1975. – 172 с.
3. Очередин В. Т. Эффективность мер пресечения, не связанных с лишением свободы, по делам несовершеннолетних // Расследование преступлений несовершеннолетних на современном этапе. – Волгоград, 1986. – С. 43–45.
4. Рыбальская В. Я. Особенности производства по делам несовершеннолетних. – Иркутск, 1972. – 120 с.
5. Омельченко Г. Е. Применение следователями органов внутренних дел мер пресечения к несовершеннолетним. – К., 1988. – 92 с.
6. Коврига З. Ф. Уголовно-процессуальное принуждение. – Воронеж, 1975. – 175 с.
7. Посник В. С. Применение мер пресечения // Возбуждение и предварительное расследование дел о преступлениях несовершеннолетних. – Волгоград, 1982. – С. 69–80.

Стаття надійшла до редакції 11.12.2012 р.

Article is devoted to application in criminal proceedings to minor suspects (accused) such measure of restraint as transfer of the minor under supervision to parents, trustees, trustees or administration of child care facility.

Статья посвящена применению в уголовном производстве к несовершеннолетним подозреваемым (обвиняемым) такой меры пресечения, как передача несовершеннолетнего под надзор родителям, опекунам, попечителям либо администрации детского учреждения.



УДК 343.1

Світлана Щериця,*здобувачка кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ*

ЗВОРОТНА ДІЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНУ

У статті розглядаються теоретичні та законодавчі положення про дію кримінального процесуального закону в часі, зокрема про зворотню дію.

Ключові слова: кримінальний процесуальний закон, дія закону в часі, зворотна дія кримінального процесуального закону.

У теорії права визнається, що дія закону може бути простою (поширюватися на обставини, що виникли або продовжували існувати після набуття нормою чинності), переживаючою (тобто тривати навіть після скасування певного акта), простою зворотною (нова норма застосовується при прийнятті нового правозастосовчого акта) та ревізійною зворотною (передбачає перегляд раніше прийнятих правозастосовних актів) [1, с. 130–134]. За загальним правилом, дія закону є простою. Переживаюча та зворотна дія закону – винятки з цього правила, які повинні бути спеціально обумовлені законом.

Метою цієї статті є дослідження зворотної дії закону при регулюванні кримінально-процесуальних відносин.

Конституційний Суд України у своєму рішенні від 09.02.1999 р. у справі за конституційним зверненням Національного банку України щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 58 Конституції України (справа про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів) зазначив, що у регулюванні суспільних відносин застосовуються різні способи дії в часі нормативно-правових актів. Перехід від однієї форми регулювання суспільних відносин до іншої може здійснюватися, зокрема, негайно (безпосередня дія), шляхом перехідного періоду (ультраактивна форма) та зворотної дії (ретроактивна форма).

За загально визнаним принципом права закони й інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі. Цей принцип закріплений у ч. 1 ст. 58 Конституції України, за якою дію нормативно-правового акта в часі слід розуміти так, що вона починається з моменту набрання цим актом чинності та припиняється з втратою ним чинності, тобто до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце.

Конституція України, закріпивши ч. 1 ст. 58 положення щодо неприпустимості зворотної дії в часі законів та інших нормативно-правових актів, все ж передбачає їх зворотню дію в часі у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують юридичну відповідальність особи, що є загально визнаним принципом права. Тобто щодо юридичної відповідальності застосовується новий закон чи інший нормативно-правовий акт, що пом'якшує або скасовує відповідальність особи за вчинене правопорушення під час дії нормативно-правового акта, яким визначалися поняття правопорушення та відповідальність за нього.

Відповідальність можлива лише за наявності в законі чи іншому нормативно-правовому акті визначення правопорушення, за яке така юридична відповідальність особи передбачена і яка може реалізовуватись у формі примусу з боку уповноваженого державою органу.

У Конституції України ст. 58 міститься у розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», в якому закріплені конституційні права, свободи й обов'язки насамперед людини і громадянина, їх гарантії. Про це свідчить як назва цього розділу, так і системний аналіз змісту його статей та ч. 2 ст. 3 Конституції України. Тому Конституційний Суд України дійшов висновку, що положення ч. 1 ст. 58 Конституції України про зворотню дію в часі законів та інших нормативно-правових актів у випадках, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи, стосується фізичних осіб і не поширюється на юридичних осіб. Але це не означає, що зазначений конституційний принцип не може поширюватися на закони й інші нормативно-правові акти, які пом'якшують або скасовують відповідальність юридичних осіб. Проте надання зворотної дії в часі таким нормативно-правовим актам може бути передбачено шляхом прямої вказівки на це в законі або іншому нормативно-правовому акті [2].

Незважаючи на наявність у правовій доктрині значної кількості ґрунтовних досліджень

дії правових норм у часі, зокрема зворотній дії правових норм (цій проблематиці присвячені праці С. Алексєєва, Д. Бахраха, М. Влащенко, О. Зайчука, Д. Лилака, В. Марчука, Л. Ніколаєвої, Н. Оніщенко, М. Оніщука, С. Погребняка, А. Тілле й ін.), актуальність звернення до даної проблематики зумовлюється, передусім у сфері кримінального судочинства, необхідністю відповідного та належного правового регулювання періоду переходу від застосування положень Кримінально-процесуального кодексу (далі – КПК) 1960 р. до положень КПК 2012 р.

Слід зазначити, що згадане рішення Конституційного Суду України зазнало певної критики правників, у зв'язку з чим у юридичній літературі висловлюються пропозиції уточнити текст ч. 1 ст. 58 Конституції України, поширивши її дію і на юридичних осіб, а також дозволивши законодавцю надавати зворотної сили будь-яким сприятливим для фізичних та юридичних осіб законам, а не тільки тим, що пом'якшують або скасовують відповідальність [3, с. 80; 4]. Зазначену пропозицію, на нашу думку, слід підтримати, як таку, що відповідає загальноправовому принципу верховенства права, що з необхідністю передбачає загальну заборону зворотної дії закону («*lex ad praeteriam non valet*»), яка відома ще римському праву і належить сьогодні до основоположних правових принципів [5, с. 13].

Відповідно до ч. 1 ст. 8 КПК України кримінальне провадження здійснюється з дотриманням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями, визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Отже, хоча заборона зворотної дії закону є складовою принципу верховенства права, відкритим залишається питання про те, які винятки можуть допускатися з цієї заборони, що узгоджуються із принципом верховенства права.

Один виняток відомий українському законодавству, як і законодавству практично всіх демократичних країн, – це зворотна дія закону, що пом'якшує відповідальність. Відповідно до ст. 5 Кримінального кодексу (далі – КК) України закон про кримінальну відповідальність, що скасовує злочинність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію в часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість.

Відповідно до ст. 8 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) закони, які пом'якшують або скасовують відповідальність за адміністративні правопорушення, мають зворотну силу, тобто поширюються на правопорушення, вчинені до видання цих законів. Закони, які встановлюють або посилюють відповідальність за

адміністративні правопорушення, зворотної сили не мають.

Частина 2 ст. 5 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України закріплює положення, відповідно до якого акт цивільного законодавства не має зворотної дії у часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи.

Традиційно в науці вирізняють матеріальні та формальні підстави зворотної дії кримінального закону в часі. Матеріальні підстави – це такі зміни кримінального закону, які приводять до обмеження або скасування повноваження держави в існуючих кримінальних правовідносинах. Це має місце у випадках пом'якшення кримінальної відповідальності та скасування злочинності діяння. Проте матеріальна підстава повинна мати свій зовнішній вираз, юридичне оформлення. Таке юридичне оформлення відбувається внаслідок існування формальних підстав, яких виділяють дві. Перша з них – це колізійний припис законодавства, в якому описуються властивості нового кримінального закону, завдяки яким він отримує зворотну дію (описується матеріальна підстава такої дії). Друга формальна підстава – це спеціальна вказівка законодавства, яка також має форму правового припису і в якій не описуються властивості нового кримінального закону, завдяки яким він має зворотну дію (матеріальна підстава такої дії), а лише називається закон, що має зворотну дію [6].

Як вказується у правовій літературі, у деяких правових системах закріплюються й інші винятки. Наприклад, у Франції застосування зворотної дії правових норм допускається, якщо вона базується на спеціальному дозволі законодавця, має на меті заповнити правову прогалину або врахувати наслідки спірного скасування того чи іншого рішення [4]. Загалом же, на нашу думку, критерієм допустимості винятків із загальної заборони зворотної дії закону має бути відповідність внесених змін принципу верховенства права.

Вчиняючи ту чи іншу дію, особа (фізична чи юридична) повинна знати, які негативні юридичні наслідки пов'язані з цією дією. Якщо зворотна дія закону у конкретному випадку тягне для особи будь-які негативні наслідки, які вона раніше не могла передбачити, то така зворотна дія порушує принцип верховенства права. І навпаки – скасування негативних наслідків, усунення правових зобов'язань, розширення правових дозволів і можливостей їх реалізації зворотною дією закону слід визнати такими, що відповідають принципу верховенства права.

Що стосується кримінального процесуального закону, то стосовно його дії у часі у процесуальній літературі висловлюються різні позиції. Так, більшість учених визнає необхідність надання кримінальним процесуальним нормам зворотної дії, а інколи – і властивостей перехідного періоду; разом із

тим деякі визнають тільки безпосередню (пряму) дію кримінального процесуального закону у часі.

Як зазначає Ю. Грошевий, є широкий спектр думок, від таких, що повністю заперечують зворотну силу цього закону, до тих, що беззастережно визнають її, а також різні «проміжні» точки зору [7, с. 46]. Зумовлено це тим, що проблема дії кримінального процесуального закону в часі не постає у тому аспекті, в якому вона є традиційною стосовно матеріального кримінального закону [8, с. 48]. Навіть, законодавець у КПК України прямо не висловився з приводу зворотної дії його положень, на відміну від того, як він це зробив у ст. 6 КК 1960 р. і ст. 5 КК 2001 р. Тому не випадково, що окремі автори ведуть мову у своїх публікаціях лише про пряму дію кримінального процесуального закону, не згадуючи про його зворотній вплив.

Однак у деяких випадках органам досудового розслідування, прокурору та судам доводиться оцінювати правомірність фактів і ситуацій процесуального характеру, які відбувалися у минулому. Щодо таких обставин зворотна сила чинного кримінального процесуального закону прямо не передбачена, але вказані органи під час сучасної їх оцінки для уникнення юридичних помилок, забезпечення повноти, всебічності й об'єктивності дослідження обов'язково повинні враховувати положення кримінального процесуального закону, який реально діяв на час тих минулих подій, що підлягають оцінці. Така ситуація є поширеною при розслідуванні нововиявлених обставин і перегляді судових рішень із метою реабілітації засудженого через наявність нових доказів, які підтверджують його невинуватість або вчинення ним менш тяжкого злочину, відсутність належних і допустимих обвинувальних доказів. Така ситуація може скластися і під час досудового розслідування та судового провадження у сучасних умовах у тих кримінальних провадженнях, що тривають місяцями, а то й роками, і протягом цього часу кримінальний процесуальний закон може зазнавати суттєвих змін.

Неоднакове ставлення до питання про зворотну дію процесуального закону, насамперед у випадках застосування у процесі нових норм, якщо змінені або скасовані ним норми вже були застосовані й одержали закріплення в процесуальних актах, на практиці може призвести до проблем у тих кримінальних провадженнях, які були розпочаті до набрання чинності новим законом. Для запобігання цьому та забезпечення прав учасників процесу за новим законом доцільним вважають використання часових компромісів у вирішенні протиріч, неузгодженості старого і нового законів. З цього приводу пропонується запровадити інститут відстрочки зворотної дії закону, який полягає в тому, що закон повинен передбачати строк, протягом якого вчинений за старим законом процесуальний акт

зберігає юридичну силу, а орган, у провадженні якого перебуває справа, повинен його визнати або привести у відповідність до нових вимог чи винести постанову про його анулювання. Ця умова виключає можливість раптового негативного впливу нового закону на роботу органів юстиції [9, с. 47].

Законодавець передбачив в новому КПК України більш детальні правила дії кримінального процесуального закону у часі. Так, за ст. 5 КПК процесуальна дія проводиться, а процесуальне рішення приймається згідно з положеннями КПК, чинними на момент початку виконання такої дії або прийняття такого рішення. Допустимість доказів визначається положеннями КПК, які були чинними на момент їх отримання. Разом із тим, навіть за такого начебто розширеного регулювання питання дії закону в часі, тлумачення цих положень не є однозначним, зокрема, й у питанні зворотної дії кримінального процесуального закону. Так, на відміну від кримінального (матеріального) закону, новий кримінальний процесуальний закон не має зворотної дії навіть у випадках, коли його правила є більш сприятливими для учасників кримінального провадження. Повернення процесу (процесуальних дій) неможливе. Проте в новому законі (чи в законі про введення його в дію) можуть бути встановлені винятки з цього правила. Такі винятки передбачені Перехідними положеннями (розділ XI) КПК. Так, ч. 7 Перехідних положень передбачено, що слідчі та процесуальні дії, розпочаті до дня набрання чинності КПК, звершуються у порядку, який діяв до набрання ним чинності.

Конституція України встановлює норму (ч. 3 ст. 22), згідно з якою при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту й обсягу існуючих прав і свобод. У випадку ж, коли новим КПК права та свободи учасників кримінального провадження у порівнянні з раніше діючим кодексом розширені, вони забезпечуються і при вчиненні процесуальних дій на підставі раніше чинного кодексу, тобто мають зворотну силу [10, с. 35].

Є й більш категоричні точки зору: слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд повинні застосовувати кримінальний процесуальний закон, який діє відповідно під час досудового розслідування та судового розгляду. Конституцією України встановлено загальне правило (ч. 1 ст. 38) – закон не має зворотної дії в часі [11, с. 13].

Проблеми правильного тлумачення та застосування правил про дію кримінального процесуального закону в часі не є суто теоретичними або рідкісними, вони виникають у практиці постійно, особливо у періоди реформування кримінального та кримінально-процесуального права, в системі яких є чимало спільних інститутів (давності притягнення до кримінальної відповідальності, звільнення від кримінальної відповідальності то-

що), а відсутність докладної регламентації цих правил у КПК призводить до порушення законності, прав і законних інтересів осіб, принципів кримінального права та процесу і не сприяє підвищенню авторитета органів кримінальної юстиції. Таким чином, лише деталізація в КПК правил дії його положень у часі стане ще однією надійною гарантією законності в кримінальному процесі [12].

На нашу думку, надання закону, у тому числі кримінальному процесуальному, зворотної дії у часі слід визнати таким, що не суперечить Конституції України, а відповідає їй, зокрема конституційному загальноправовому принципу верховенства права, у випадках, коли цей закон скасовує або пом'якшує відповідальність у широкому значенні (йдеться не лише про кримінальну відповідальність). Принцип верховенства права зобов'язує надати зворотну дію і тому закону, який розширює права учасників правовідносин, передбачає додаткові гарантії їх реалізації, скасовує обов'язки та правообмеження.

У зв'язку з викладеним вважаємо, що у ст. 5 КПК України необхідно враховувати сучасні погляди щодо зворотної сили закону, засад верховенства права, законності та принципу правової визначеності. Пропонуємо викласти її у такій редакції:

«Стаття 5. Дія кримінального процесуального закону в часі»

1. Кримінальне провадження здійснюється відповідно до кримінального процесуального закону, який набув чинності та діє на момент здійснення процесуальної дії, прийняття і виконання процесуального рішення.

2. Кримінальний процесуальний закон, який скасовує права учасників кримінального провадження, або зменшує їх фактичний обсяг чи обмежує їх використання додатковими умовами, зворотної дії не має, тобто не поширюється на провадження, розпочате до видання такого закону.

3. Кримінальний процесуальний закон, який встановлює додаткові права учасників кримінального провадження, або збільшує їх фактичний обсяг і гарантії їх реалізації, чи ска-

совує додаткові умови їх використання, або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію, тобто поширюється на провадження, розпочате до видання такого закону.

4. Допустимість доказів визначається за законом, який діяв на момент їх отримання».

Список використаних джерел

1. Алексеев С. С. Проблемы теории права: В 2 т. – Свердловск, 1973. – Т. 2. – 402 с.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі про зворотну дію в часі законів та інших нормативно-правових актів від 09.02.1999 р. № 1-рп/99 // Офіційний вісник України. – 1999. – № 7.
3. Погребняк С. П. Колізії у законодавстві України та шляхи їх переборення: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2001. – 201 с.
4. Мірошніченко А. М. Зворотна дія закону при регулюванні земельних відносин // Форум права. – 2008. – № 3. – С. 357–361.
5. Оніщук М. В. Гносеологія колізій в законодавстві України: причини та шляхи подолання // Колізії у законодавстві України: проблеми теорії і практики / За ред. Ю. Шемшученка. – К., 1996. – С. 11–14.
6. Дроздов О., Гутник В. Кримінально-процесуальний механізм зворотної дії кримінального закону в часі // Юридичний вісник. – 2006. – № 40 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lिकासoft.com.ua/index.php/component/lica/?href=0&view=text&base=1&id=310062&menu=439528>.
7. Кримінальний процес України / За ред. Ю. М. Грошевого, В. М. Хотенця. – Х., 2000. – 496 с.
8. Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. В 2 т. – М., 1968. – Т. 1. – 470 с.
9. Клямко Э. Обратная сила уголовно-процесуальных норм // Законность. – 1997. – № 8. – С. 46–49.
10. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар: у 2 т. – Х., 2012. – Т. 1. – 768 с.
12. Баулін О. В. Дія кримінально-процесуального закону як гарантія законності в кримінальному процесі [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://corp-lguvd.lg.ua/dok101.html>.

Стаття надійшла в редакцію 10.01.2013 р.

Theoretical and legislative provisions on action of the criminal procedural law in time, in particular, the return action are considered.

В статье рассматриваются теоретические и законодательные положения о действии уголовного процессуального закона во времени, в частности об обратной действии.



Андрій Анохін,здобувач кафедри кримінального процесу
Національної академії внутрішніх справ

ДОКАЗУВАННЯ ОБСТАВИН ПОДІЇ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У ПРОВАДЖЕННІ ПРО ДОРОЖНЬО-ТРАНСПОРТНІ ПРИГОДИ

У статті досліджуються загальні питання встановлення причинного зв'язку як обов'язкової обставини об'єктивної сторони дорожньо-транспортних пригод під час кримінального провадження.

Ключові слова: дорожньо-транспортні пригоди, причинний зв'язок, доказування у

Питання кримінально-процесуального доказування (доказування у кримінальному провадженні) були, є і залишаються основою кримінально-процесуальної діяльності. Протягом усієї історії існування кримінального процесу до їх дослідження зверталися теоретики, науковці та практики. Не втрачають вони своєї актуальності і після прийняття 13.04.2012 р. нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України. Незважаючи на достатньо численні та ґрунтовні зміни, яких зазнало нормативне врегулювання кримінально-процесуальної діяльності щодо доказів і доказування у кримінальному провадженні, питання предмета доказування істотних змін не зазнали. Разом із тим доводиться констатувати, що деякі важливі проблеми правової науки, що забезпечують вирішення завдань кримінального провадження, у тому числі щодо охорони прав, свобод і законних інтересів його учасників, забезпечення повного та неупередженого розслідування, до цього часу належного вирішення не отримали. Серед них на особливу увагу заслуговує проблема правильного встановлення та доказування завданих вчиненням кримінального правопорушення негативних наслідків, що відбуваються в межах загального питання встановлення причинного зв'язку в діянні.

Відомо, що відсутність причинного зв'язку між діянням особи та суспільно небезпечними наслідками, які настали, виключає її кримінальну відповідальність. Встановлення ж зв'язку між діянням особи та негативними наслідками дає підстави для визнання вчиненого діяння кримінальним правопорушенням (злочином) і встановлення вини цієї особи у його вчиненні. Таким чином, встановлення наявності причинного зв'язку між суспільно небезпечним діянням і його наслідками є необхідною складовою, елементом предмета доказування у кримінальних про-

вадженнях про кримінальні правопорушення (злочини), зокрема з формальним складом.

Незважаючи на певні теоретичні та наукові напрацювання проблема причинного зв'язку у літературі та правозастосовній діяльності визнається достатньо складною. Теорія кримінального права не виробила єдиної концепції обґрунтування причинних зв'язків у злочинах, а теорія кримінального процесу не надає реальних рекомендацій щодо їх встановлення, що призводить інколи до різних оцінок посадовими особами відповідних державних органів причинно-наслідкових зв'язків у суспільно небезпечних діяннях, отже і до прийняття неоднозначних правових рішень.

Практично відсутні спеціальні розробки, присвячені встановленню причинного механізму конкретних видів кримінальних правопорушень (злочинів). Не є винятком і дорожньо-транспортні пригоди (далі – ДТП), встановлення події яких є особливо складним через множинність юридично значущих факторів, що призводять до настання суспільно небезпечних наслідків.

Аналіз наукового розроблення проблеми свідчить, що незважаючи на наявність значної кількості робіт, присвячених як кримінально-правовому дослідженню причинності (П. Дагеля, М. Коржанського, В. Кудрявцева, А. Савченка, О. Тимчук, М. Шаргородського, Н. Ярмиш та ін.), так і її встановленню в межах кримінального судочинства (у роботах В. Гмирка, Ю. Грошевого, А. Іщенко, Є. Коваленка, В. Попелюшка, С. Стахівського та ін.), ця проблематика не отримала свого однозначного та зрозумілого вирішення, здатного задовольнити, зокрема, потреби практичних працівників органів досудового розслідування, прокуратури, суду.

Недостатня увага питанням встановлення причинності під час розслідування обставин ДТП приділяється й у роботах В. Дячука, М. Климчука, П. С. Луцюка, П. П. Луцюка та ін.

Метою цієї статті є встановлення загальної процедури доказування причинного зв'язку як ознаки об'єктивної сторони ДТП.

Склади злочинів, встановлені ст. 286 Кримінального кодексу (далі – КК) України сформульовані як матеріальні, об'єктивна сторона яких передбачає сукупність трьох ознак: порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту; завдання шкоди життю та здоров'ю (середньої тяжкості та тяжкі тілесні ушкодження); причинний зв'язок між діями і шкідливими наслідками. Таким чином, причинний зв'язок між суспільно небезпечними діями особи та шкідливими наслідками, що настали, є однією з обов'язкових ознак, що характеризують об'єктивну сторону цього складу злочину, а тому його встановлення має відбуватись у кожному кримінальному провадженні про ДТП.

Причинний зв'язок як окрему обставину, що підлягає доказуванню під час розслідування ДТП, розглядається більшістю дослідників. Так, М. Климчук серед обставин, які мають бути доведені при розслідуванні злочину про порушення правил безпеки дорожнього руху, називає, зокрема, причинний зв'язок між вчиненням наїздом і наслідками, що сталися [1, с. 69–70].

Слід зазначити, що завдання, пов'язані із встановленням причинно-наслідкового зв'язку, вирішуються за допомогою кримінального права (вчення про причинний зв'язок), кримінального процесуального права (у контексті теорії доказування), криміналістики (в межах окремої криміналістичної теорії причинності).

Встановлення причинного зв'язку під час розслідування ДТП має відбуватись із урахуванням тих загальних ознак, яким у цілому має відповідати причинний зв'язок.

Основою причинного зв'язку є відносини породження. Іншими словами, причина генетично зумовлює виникнення й існування наслідку. Немає наслідку без причини, як і будь-яка причина породжує певний наслідок. Під час цих процесів відбувається перенос структури, речовини від причини до наслідку, тобто причина трансформується, відбивається у наслідку, «відображається» у ньому. Таким чином, причина та наслідок є однорідними за змістом.

Причина та наслідок характеризуються єдністю спрямування та часовою асиметрією. Це означає, що формування причини завжди передують виникненню наслідків, але не навпаки. При дослідженні двох явищ і з'ясуванні того, що одне з них передувало за часом іншому, не може розглядатись як причина. При цьому, однак, слід враховувати, що всі явища у світі не можуть бути чітко розмежовані на причину та наслідки. Кожне явище може ви-

ступати в ролі як причини, так і наслідку залежно від контексту розгляду. Разом із тим події, що слідує одна за одною та пов'язані відносинами породження, перебувають у причинному зв'язку.

Причинний зв'язок є необхідним і однозначним. Якщо причина виникає у чітко визначених фіксованих зовнішніх і внутрішніх умовах, то вона з необхідністю породжує певний наслідок, який виникне незалежно від локалізації цього причинного зв'язку у просторі та часі. Зв'язок наслідку з причиною, що його породила, не може бути випадковим.

Причинний зв'язок є безперервним у просторі та часі. Просторова та часова безперервність означає, що якщо два явища, які перебувають між собою у відносинах причини та наслідку, розділені просторовим інтервалом або кінцевим часовим інтервалом, то цей інтервал має бути заповнений безперервним ланцюгом пов'язаних причинних подій. Розривів у цьому причинно пов'язаному ланцюгу бути не повинно.

Безумовно, специфіка кримінально-правового регулювання зумовлює той факт, що причинний зв'язок тут досліджується з позиції: злочинне діяння людини – злочинний наслідок. Так, у літературі вказується, що предметом розгляду права у питанні причинного зв'язку є саме та діяльність людини, яка пов'язана з використанням ним своїх знань і навиків щодо створення умов для виникнення, розвитку, припинення причинного зв'язку між різними предметами чи явищами: з іншого боку, предметом розгляду права є не просто факт настання того чи іншого результату, а суспільна значимість такого спричинення [2, с. 5].

Ми не маємо на меті надати вичерпний перелік дій щодо встановлення причинності під час кримінального провадження, але розглянемо основні та загальні питання її доведення з урахуванням як філософського трактування причинного зв'язку, так і його галузевої специфіки, зокрема:

- встановлення того, що діяння передувало у часі настанню суспільно небезпечних наслідків;
- дослідження причинного зв'язку слід проводити від наслідку до діяння, що його породило;
- з'ясування того, що діяння особи було необхідною умовою суспільно небезпечного результату, тобто тим, без чого цей результат був би неможливим, застосувавши правило розумового виключення;
- з'ясування того, що суспільно небезпечні наслідки у конкретній обстановці вчинення діяння закономірно (з необхідністю) ним породжені.

Таким чином, можна сформулювати загальне правило: якщо виділивши певне яви-

ще (діяння особи) з усієї сукупності факторів, які передували настанню наслідків, ми дійдемо висновку, що ці наслідки не настали б або настали б в інший час чи іншим шляхом, то слід визнати, що таке явище (діяння особи) є причиною цих наслідків. Якщо ж з'ясується, що наслідки настали б у тому ж порядку, то це означає, що діяння не є умовою наслідків і між ними немає причинного зв'язку.

При розслідуванні ДТП встановлення причинного зв'язку пов'язане із значними труднощами. Вони зумовлені як динамікою та широтою процесів і факторів, що генерують суспільно небезпечні наслідки ДТП, так і складністю та специфічністю механізмів причинності у необережних злочинах.

Специфіка власне ДТП полягає, зокрема, в тому, що факторами, які зумовлюють настання суспільно небезпечних наслідків, є неправомірні дії водіїв транспортних засобів, поведінка інших учасників дорожнього руху (у тому числі пішоходів), технічні характеристики дороги, природні явища, технічний стан транспортних засобів та багато інших факторів, що об'єднуються поняттям «дорожня обстановка».

З'ясування кожної з цих обставин є обов'язковим при встановленні причинного зв'язку під час розслідування ДТП і виступає фактичною основою для подальшого причинного аналізу.

Дослідження причинного зв'язку починається із встановлення шкідливих наслідків: завдання потерпілому середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження чи спричинення смерті потерпілого, або загибелі кількох людей під час дорожнього руху. Далі причинному аналізу піддаються події, що передували моменту настання злочинного результату, тим самим здійснюється виявлення криміногенних факторів ДТП. Насамперед, ідеться про допущені учасниками дорожнього руху порушення правил безпеки. Встановлення цих обставин необхідно здійснювати саме у напрямі від злочинного наслідку у минуле. Вимога ретроспективного дослідження причинного зв'язку зумовлена, по-перше, тим, що розслідування злочинів починається, як правило, з виявлення злочинних наслідків;

по-друге, невід'ємною ознакою причинного зв'язку – його часовою асиметрією (формування причини завжди передуює виникненню наслідку, а не навпаки). Недотримання цього правила у деяких випадках призводить до помилок у кримінально-правовій оцінці певних діянь.

У кримінальному провадженні підлягають встановленню тільки юридично значущі причинні зв'язки, тобто ті, що є необхідними та достатніми для обґрунтування кримінальної відповідальності, де причиною завжди виступає злочинне діяння, а наслідком – злочинний результат. При розслідуванні ДТП як причина завжди розглядається порушення суб'єктом правил безпеки, пов'язане із створенням небезпечної ситуації в процесі дорожнього руху. Нерідко у формуванні небезпечної ситуації можуть бути задіяні фактори, які лише у своїй сукупності призводять до злочинних наслідків. У таких випадках допущене особою порушення правил саме собою не є причиною злочинних наслідків. Отже, сукупність таких факторів має бути визнана єдиною причинною системою, що призвела до злочинних наслідків. При цьому має враховуватися однорідність за змістом причин і умов, з одного боку, і наслідків – з іншого. Ігнорування цього правила також може призвести до слідчих і судових помилок.

Аналіз наявних у філософській і правовій літературі наукових поглядів на концепцію причинності та практики її встановлення у кримінальному провадженні, зокрема під час розслідування ДТП, свідчить про перспективність подальших досліджень у контексті системної причинності, правового значення власне безпосереднього причинного зв'язку, розроблення механізмів його встановлення.

Список використаних джерел

1. Климчук М. П. Розслідування злочинів про порушення правил безпеки дорожнього руху та експлуатації транспортних засобів (криміналістичні та процесуальні аспекти). – Л., 2008. – 216 с.
2. Меркушев М. Н. Вопросы причинной связи в уголовном праве // Вопросы уголовного права и процесса. – Минск, 1958. – Вып. 1. – С. 3–21.

Стаття надійшла до редакції 10.01.2013 р.

The general questions of establishment of a causal relationship as obligatory element of the objective party of road accidents in the course of criminal proceedings are investigated.

В статье исследуются общие вопросы установления причинной связи как обязательного элемента объективной стороны дорожно-транспортных происшествий в процессе уголовного производства.



Олександр Мілевський,

старший викладач кафедри кримінального права,
процесу та криміналістики
Національного університету державної податкової служби України

ПОЧАТКОВИЙ ЕТАП ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ В ЧОРНОБИЛЬСЬКІЙ ЗОНІ ВІДЧУЖЕННЯ

У статті розглядається теоретичне розроблення початкового етапу розслідування, особливості його процесуальних та криміналістичних аспектів злочинів, що вчиняються в Чорнобильській зоні відчуження.

Ключові слова: початковий етап, досудове розслідування злочинів, Чорнобильська зона відчуження.

Кримінальне процесуальне законодавство традиційно визначає порядок здійснення процесуальної діяльності, прийняття процесуальних рішень, спрямованих на вирішення закріплених законом завдань. Таким чином встановлюється форма кримінальної процесуальної діяльності на всіх стадіях кримінального процесу. У зв'язку із прийняттям нового Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України змінюється підхід до визначення стадій кримінального провадження [1]. Перш за все, законодавець роз'яснює термін «кримінальне провадження» як досудове розслідування та судове провадження, а також процесуальні дії у зв'язку з учиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність (п. 10 ст. 3 КПК).

У зв'язку з ліквідацією стадії порушення кримінальної справи виникли дискусійні питання у правозастосуванні щодо окремих існуючих раніше можливостей, зокрема перевірки інформації про злочин/кримінальний проступок, відмови у початку кримінального провадження тощо. Неоднозначність наукової думки та невизначеність законодавця щодо приводів і підстав початку досудового розслідування спонукає до думки про необхідність:

- відійти від терміна «привід» у позначенні початку досудового розслідування й оперувати терміном «підстава» як актом волюватої дії: заявника чи потерпілого, що містить дані про вчинене кримінальне правопорушення, адресованого органу державної влади, вповноваженому розпочати досудове розслідування; самого органу державної влади, спрямованого на виявлення ознак кримінального правопорушення в ході реалізації ним своїх функцій;

- законодавчого закріплення вимог до процесуальної форми таких підстав.

Зазначене свідчить про актуальність дослідження та визначення проблемних питань початкового етапу досудового розслідування.

Питання оптимізації початкового етапу досудового провадження, процесуальні, криміналістичні й організаційні аспекти діяльності правоохоронних органів із виявлення, запобігання та розслідування злочинів на початковому етапі кримінального судочинства в різні часові періоди досліджувались у працях вітчизняних і зарубіжних учених: Р. Белкіна, Л. Драпкіна, В. Лисиченка, Є. Лук'янчикова, В. Маляренко, О. Мілевського, Л. Удазової, Г. Цимбал [2–9] та ін.

Разом із тим слід визнати, що у вітчизняній літературі проблемам початкового етапу при розслідуванні злочинів, що вчиняються в Чорнобильській зоні відчуження, не приділяється належної уваги.

Метою цієї статті є теоретичне розроблення початкового етапу розслідування, особливості його процесуальних і криміналістичних аспектів при розслідуванні злочинів, що вчиняються в Чорнобильській зоні відчуження.

Слово «стадія» вживається у КПК України лише двічі: при визначенні досудового розслідування, яке починається з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань і закінчується закриттям кримінального провадження або направленням до суду обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної від-

повідальності (п. 5 ст. 3); при розкритті терміна «притягнення до кримінальної відповідальності», яке починається з моменту повідомлення особі про підозру у вчиненні кримінального правопорушення (п. 14 ст. 3) [1]. Визнання останнього самостійною стадією кримінального провадження викликає деякі заперечення. По-перше, такий підхід законодавця є суперечливим, оскільки повідомлення особі про підозру здійснюється під час досудового розслідування, отже, одна стадія кримінального провадження виникає в іншій стадії, що є алогічним. По-друге, це положення не узгоджується з рішенням Конституційного Суду України від 27.10.1999 р. № 9-рп/99, в якому зазначається що «процес притягнення до юридичної відповідальності має стадійний характер. Початковим його моментом у кримінальних справах є винесення постанови про притягнення особи як обвинуваченого і пред'явлення їй обвинувачення. Притягнення до відповідальності передуює настанню самої відповідальності, тобто ці поняття не є тотожними». Стадійний характер у даному випадку не означає визначення притягнення до кримінальної відповідальності як самостійної стадії. Оскільки початок притягнення до кримінальної відповідальності, як правило, пов'язується із наявністю такої сукупності обвинувальних доказів, яка дозволяє органу досудового розслідування чи прокурору прийняти рішення про винуватість тієї чи іншої особи у вчиненому кримінальному правопорушенні, то визнання початком такої діяльності моменту повідомлення особі про підозру (гл. 22 КПК) є, на нашу думку, вдалим.

Слід зазначити, що стадії кримінального провадження, виходячи із загальноприйнятого їх розуміння, яке ґрунтується на теоретико-правових підходах до визначення стадії юридичного процесу [10, с. 56], характеризуються безпосередніми завданнями, специфічним колом суб'єктів і процесуальних засобів діяльності, своєрідністю процесуальної форми, специфічним характером кримінальних процесуальних відносин, а також підсумковими рішеннями; вони послідовно змінюються одна одною, утворюючи систему кримінального провадження, отже, мають певні межі.

Притягнення до кримінальної відповідальності, на нашу думку, – це певний процес, який має триваючий характер і спрямовується на доведення вини тієї чи іншої особи у вчиненні суспільно небезпечного діяння. Заслугує на увагу думка Є. Лук'янчикова про те, що притягнення до кримінальної відповідальності є етапом кримінального переслідування як специфічного виду кримінально-процесуальної діяльності [5]. Процесуальним вираженням завершення притяг-

нення особи до кримінальної відповідальності (настання кримінальної відповідальності) є обвинувальний вирок суду. Отже, процес, що розглядається, охоплює декілька стадій кримінального провадження. Визначаючи поняття «притягнення до кримінальної відповідальності», потрібно, на нашу думку, вказати межі його початку (з повідомлення про підозру) і закінчення (постановлення обвинувального вироку).

Термін «досудове провадження» на сьогодні тотожний терміну «досудове розслідування», оскільки останнє розпочинається з моменту внесення інформації про суспільно небезпечне діяння до Єдиного реєстру досудових розслідувань. Іншими словами, напрям, який позиціонувався як перспективна модель досудового провадження у кримінальних справах («введення єдиного процедурного режиму досудового провадження без поділу на стадії порушення кримінальної справи та досудового розслідування») [7, с. 20], знайшов своє втілення в новому кодифікованому акті, на відміну від кримінального процесуального законодавства сусідніх держав – Російської Федерації, Республіки Білорусь, Республіки Казахстан, в яких роз'яснюється термін «досудове провадження» (КПК Російської Федерації, КПК Республіки Білорусь) або вживається у контексті Кодексу (КПК Республіки Казахстан). Отже, досудове розслідування визнається самостійною стадією кримінального провадження і може здійснюватись у двох формах: дізнання (розслідування кримінальних проступків) і досудове слідство (розслідування злочинів).

Юридичною підставою для того, щоб розпочати досудове розслідування є внесення повідомостей про вчинення кримінального правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань. При цьому вимога достатності такої підстави у кримінально-процесуальному законі відсутня.

Виходячи із дискусійного розуміння поняття «привід» (по відношенню до порушення кримінальної справи), відмови законодавця від визначення підстави (достатності ознак злочину), щоб розпочати кримінальне провадження, правового змісту принципу публічності в кримінальному процесі та нормативно-правового закріплення моменту початку досудового розслідування і правового статусу заявника, слід, на нашу думку, відійти від терміна «привід» та оперувати загальноновживаним у правовій науці і практиці поняттям «підстава» для означення початку кримінального провадження. Це дозволить також уникнути термінологічної плутанини із поняттям «привід» як заходом забезпечення кримінального провадження (гл. 10 КПК України).

Зважаючи на характерні ознаки злочинів, які вчиняються в Чорнобильській зоні відчуження, проведений аналіз свідчить про те, що найчастіше підстави для початку досудового розслідування містяться у таких джерелах:

- протоколах і рапортах, складених працівниками ОВС у результаті: проведення планових оглядів території зони; огляду транспортних засобів, особистого обшуку окремих осіб при перетині кордонів зони; затримання осіб на місці вчинення кримінальних правопорушень на території зони; виявлення радіаційно заражених об'єктів на стихійних ринках та в інших місцях (характерно для злочинів, передбачених статтями 248, 249, 262, 267¹ Кримінального кодексу (далі – КК) України);

- актах відомчих перевірок, ревізій, інвентаризацій, в яких зафіксовані факти порушень правил поведінки з радіоактивними матеріалами або нецільового використання державних коштів, що надходять на потреби забезпечення правового режиму Чорнобильської зони відчуження (характерно для злочинів, передбачених статтями 191, 210, 265, 364, 365, 366, 367 КК України);

- заявах потерпілих (щодо крадіжок або придбання радіаційно заражених продуктів).

При визначенні етапів розслідування, заслуговує на увагу точка зору Р. Белкіна, який виділяє такі етапи: початковий (інтенсивний пошук, виявлення та закріплення доказів в умовах дефіциту часу, невідкладного характеру дій); подальший (методичне доведення); завершальний (процесуальні дії із завершення розслідування, додаткові та повторні слідчі дії – за клопотанням обвинуваченого, захисника, за вказівкою прокурора або начальника слідчого підрозділу, за визначенням суду, а також у зв'язку з відновленням провадження у зупиненій або припиненій справі, поверненням справи із стадії судового розгляду або після відміни вироку) [2, с. 271].

Виходячи із загальних положень досудового розслідування за новим КПК України, можна виділити такі етапи:

- початковий (з моменту внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань або як виняток – отримання уповноваженими органами інформації про вчинене кримінальне правопорушення при огляді місця події тощо – ч. 3 ст. 214 КПК) – характеризується невідкладними процесуальними діями та рішеннями для встановлення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, виявлення і закріплення слідів останнього;

- подальший (з моменту повідомлення особі про підозру), який завершується згрупованням сукупності доказів, що вказує на можливість прийняття одного з рішень стадії досудового розслідування;

- завершальний (розпочинається з надання доступу до матеріалів досудового розслідування, відкриття матеріалів сторонами кримінального провадження і закінчується складанням підсумкового рішення органом досудового розслідування).

До специфічних несприятливих умов для здійснення початкового етапу розслідування кримінальних правопорушень, учинених і виявлених у Чорнобильській зоні відчуження, можна віднести: дефіцит часу та брак інформації для прийняття процесуальних і тактичних рішень; відносна невизначеність вихідної слідчої ситуації; розрив у часі між вчиненням кримінального правопорушення та його виявленням; вчинення кримінального правопорушення громадянами із Білорусі; невідоме місце знаходження зниклих радіоактивних матеріалів; швидкоплинність динаміки розслідування та розшуку винних осіб тощо.

Для розслідування більшості суспільно небезпечних діянь, учинених в Чорнобильській зоні відчуження, важливим є виконання відповідних первинних процесуальних дій саме при виявленні таких діянь, передусім особи, підозрюваної в їх вчиненні. Це зумовлюється специфікою правового режиму Чорнобильської зони, обмеженістю часу перебування на її території. З одного боку, слідчому необхідно провести відповідні слідчі дії за участю ймовірного правопорушника, можливо, затримати його до 72 годин (ст. 211 КПК), з метою фіксації слідів кримінального правопорушення, а з іншого – особа може виявити небажання знаходитися тривалий час у Чорнобильській зоні; крім того, щоб застосувати більшість заходів забезпечення кримінального провадження потрібно звернутися до слідчого судді (ст. 131 КПК), який знаходиться в Іванкові, на що також потрібен час. Тому на практиці, як правило, в Чорнобильській зоні відчуження до осіб, які підозрюються у вчиненні кримінальних правопорушень, застосовується затримання без ухвали слідчого судді (ст. 207 КПК), тимчасово вилучаються майно (в порядку ст. 167 КПК) або документи, які посвідчують користування спеціальним правом, наприклад право на полювання, керування транспортним засобом (ст. 152 КПК) [1].

Розглядаючи досудове розслідування як юридичну процедуру визначення порядку вирішення (розв'язання) кримінально-правового конфлікту за допомогою процесуальних дій (слідчих (розшукових), у тому числі негласних, процесуальних заходів кримінального провадження з метою створення доказової бази для прийняття підсумкового рішення у даній стадії – закриття кримінального провадження або направлення до суду

обвинувального акта, клопотання про застосування примусових заходів медичного або виховного характеру, клопотання про звільнення особи від кримінальної відповідальності), підтримується позиція щодо його поділу на три етапи. При цьому кримінально-процесуальний аспект такого поділу залежить від завдань і мети зазначеної стадії та процесуальної форми руху кримінального провадження, а криміналістичний – визначається тією чи іншою слідчою ситуацією.

Важливе значення на початковому етапі досудового розслідування у досліджуваній категорії кримінальних правопорушень має швидке, «по гарячим слідам» встановлення місця знаходження викрадених, привласнених, вивезених із зони відчуження радіоактивних матеріалів, продуктів харчування, риби, грибів, металу та інших об'єктів без дозволу і відповідного дозиметричного контролю, що може становити загрозу здоров'ю та життю населення.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / За ред.

В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К., 2012. – 1224 с.

2. Белкин А. Р. Теория доказывания. – М., 1999. – 429 с.

3. Драпкин Л. Я. Основы теории следственных ситуаций. – Свердловск, 1987.

4. Лисиченко В. К., Циркаль В. В. Использование специальных знаний в следственной и судебной практике. – К., 1987. – 38 с.

5. Лук'янчиков Є. Д. Кримінальне переслідування та його інформаційне забезпечення: Електронний ресурс // Режим доступу: <http://www.paiaa.kiev.ua>.

6. Малярєнко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів. – К., 2005. – 512 с.

7. Мілевський О. П. Початковий етап досудового провадження у кримінальних справах про ухилення від сплати податків, зборів (обов'язкових платежів): дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2010. – 208 с.

8. Удалова Л. Д. Деякі проблеми розвитку кримінально-процесуального законодавства // Право України. – 2002. – № 6. – С. 99–102.

9. Цимбал Г. П. Взаємодія як умова забезпечення виявлення і розслідування податкових злочинів: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2005. – 19 с.

10. Зайчук О. В., Оніщенко Н. М. Загальна теорія держави і права. – К., 2008. – 308 с.

Стаття надійшла до редакції 30.12.2012 р.

In the article the normative-legal and scientific going is analysed near determination of the initial stage of investigation, methods of receipt of information about a crime and feature of the initial stage at investigation of crimes, accomplished in the Chernobyl'skoy area of alienation, author vision is offered acceptance of final decision in a criminal production taking into account judicial and criminalistics aspects.

В статье рассматривается теоретическая разработка начального этапа расследования, особенности ее процессуальных и криминалистических аспектов преступлений, которые совершаются в Чернобыльской зоне отчуждения.



Наталія Козак,

канд. юрид. наук,
доцент кафедри кримінального права, процесу та криміналістики
Національного університету державної податкової служби України

ТАКТИКО-КРИМІНАЛІСТИЧНІ ПРИЙОМИ І СПОСОБИ ВИЯВЛЕННЯ ТА РОЗСЛІДУВАННЯ КОМП'ЮТЕРНИХ ЗЛОЧИНІВ

У статті досліджуються тактико-криміналістичні прийоми і способи виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів.

Ключові слова: тактико-криміналістичні прийоми та способи, виявлення, розслідування, комп'ютерні злочини.

Тактико-криміналістичні прийоми та способи виявлення комп'ютерних злочинів не набули достатнього висвітлення в науковій літературі, а тактичні прийоми оперативно-розшукових заходів досліджуються наукою оперативно-розшукової діяльності. Значна увага приділялася загальній схемі виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів, встановленню ознак цих злочинів, удосконаленню методики їх розслідування тощо.

Про доцільність дослідження методики розслідування злочинів, їх криміналістичної характеристики з метою адаптування цих напрацювань до виявлення ознак злочинів, зокрема, вказувалося у наукових працях Р. Белкіна. Тактичні прийоми перевірки заяви про злочин, отже, і виявлення ознак можливого злочину, аналізувалися свого часу О. Ільїним. Окремі питання взаємодії правоохоронних органів із метою виявлення та розслідування злочинів досліджувалися П. Цимбалом, Г. Власовою.

Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України 2012 р. передбачає нові підходи до початку кримінального провадження, досудового розслідування, проведення окремих слідчих дій. Це зумовлює необхідність аналізу деяких питань, наприклад, доцільності перевірки отриманих повідомлень про комп'ютерні злочини, тактико-криміналістичних прийомів і способів виявлення та розслідування даних злочинів.

Метою цієї статті є дослідження тактико-криміналістичних прийомів і способів виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів відповідно до КПК України 2012 р.

Комп'ютерний злочин ми розуміємо як передбачене кримінальним законодавством України суспільно-небезпечне діяння, вчинене з використанням інформаційних технологій.

Поняття «тактичний прийом» відоме в криміналістиці. Поняття «тактико-криміналістичний спосіб» можна визначити, базуючись на понятті «криміналістичний спосіб». Під криміналістичним способом розуміємо певну дію, прийом (сукупність прийомів) із метою виявлення, фіксації, вилучення, дослідження, оцінки і використання доказової інформації при виявленні та розслідуванні злочинів.

Досліджуючи класифікації тактико-криміналістичних прийомів, виділимо ті з них, які можна застосовувати з метою виявлення комп'ютерних злочинів: психологічні прийоми (раптовість), філософсько-логічні, тактичні прийоми огляду місця події тощо [1, с. 299].

Способами виявлення комп'ютерних злочинів, зокрема, є:

- оперативно-розшукові заходи, що передують початку досудового розслідування. Цим способом виявлялися ознаки злочинів у 28–38,2 % випадків;

- перевірочні та контрольно-ревізійні заходи (документальні бухгалтерські перевірки, ревізії, аудит тощо), що проводяться представниками різних організацій і підприємств. Це мало місце у 18–40 % випадків;

- судові експертизи, слідчі дії у ході проведення досудового розслідування у кримінальних справах щодо інших злочинів (8,9–10 % випадків).

Ознаки протиправних діянь виявляються випадково користувачами інформаційних систем (у 27,9–35 % випадків); службами з питань інформаційної безпеки організацій унаслідок регулярних перевірок надійності системи доступу до інформації (25 % випадків); службами комерційної безпеки (31 % випадків); за інших обставин (повідомлення у засобах масової інформації – близько 5 % випадків) [2, с. 445; 3, с. 111]. При цьому ознаки комп'ютерних злочинів можуть виявлятися: при реалізації комп'ютерної інформації неза-

конним користувачем (наприклад, при розповсюдженні інформації з обмеженим доступом); законним користувачем за записами, що автоматично ведуться у комп'ютері (журнал контролю доступу), з фіксацією на своєму комп'ютері даних про особу, яка здійснює «перекачування» інформації через мережу, або без неї; у зв'язку з інформацією про те, що мав місце неправомірний доступ до комп'ютерної інформації тощо [4].

На думку В. Вехова, безпосереднє виявлення ознак злочину органом дізнання може бути: у результаті перевірки повідомлення про вчинений або підготовлюваний злочин, що надійшло з оперативних джерел; у ході проведення спеціальних заходів; за матеріалами контролю-ревізійних та інших документальних перевірок; при затриманні особи (осіб) на місці вчинення злочину [5, с. 42]. При цьому точніше було б вести мову про виявлення ознак можливого злочину, оскільки ті самі ознаки можуть бути властиві як злочину, так і незлочинному діянню [6, с. 787].

Згідно з ч. 3 ст. 214 КПК України 2012 р. досудове розслідування не допускається до внесення відомостей про правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань або без такого внесення; у невідкладних випадках до внесення відомостей можна провести огляд місця події.

При визначенні тактико-криміналістичних способів виявлення ознак комп'ютерних злочинів слід враховувати, що інформаційні технології використовуються для вчинення різних злочинів, а також специфіку комп'ютерних злочинів. За КПК України 2012 р. до них можна віднести, зокрема, огляд місця події, комп'ютерно-технічні та комплексні традиційні експертизи, інші слідчі дії при розслідуванні кримінальних проваджень про злочини.

Комп'ютерні злочини у переважній більшості носять неочевидний характер. Майже завжди виникає необхідність проведення попередньої перевірки отриманих повідомлень, у процесі якої можна достовірно встановити наявності ознак злочину [1, с. 557; 5].

У літературі запропоновано поділ криміналістичних засобів і методів перевірки повідомлення про злочин на три групи: фіксація й оцінка інформації, що надійшла, про передбачувану злочинну подію; одержання додаткових даних із метою перевірки відомостей, викладених у повідомленні про злочин; попереднє дослідження даних, отриманих у ході перевірки повідомлення про злочин [7, с. 51].

Фахівці зазначають, що послідовність та ефективність дій оперативних працівників із перевірки інформації про комп'ютерний злочин залежать від джерела, виду та повноти інформації, яка містить ознаки злочину. Вони звертають увагу на доцільність проведен-

ня огляду засобів комп'ютерної техніки, опитування осіб, ознайомлення з результатами роботи антивірусних програм та інших програм тестування роботи комп'ютера, перевірки документів (у тому числі тих, що знаходяться на різних носіях комп'ютерної інформації) [4, с. 37–48].

Опитування у формі отримання пояснень є доцільним способом перевірки інформації про злочин. Хоча понад 90 % оперативних працівників і слідчих провадять опитування експромтом, ігноруючи підготовчу роботу до їх проведення [7, с. 84, 85]. Рекомендується отримувати пояснення інженерів-програмістів, операторів, спеціалістів з технічного забезпечення, системних програмістів, інженерів із засобів зв'язку та телекомунікаційного обладнання, спеціалістів, які відповідають за безпеку комп'ютерних систем, а також фахівців, які давали висновки, проводили ревізії, перевірки, та ініціаторів повідомлень про злочини [3, с. 112–113].

Специфіка виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів вимагає залучення спеціалістів з інформаційних технологій. Спеціальні знання у непроцесуальній формі є необхідними у вигляді надання консультацій, проведення перевірок, ревізій; участі в оперативно-розшукових заходах; проведення попередніх досліджень матеріальних об'єктів (документів і програмно-технічних засобів), надання технічної допомоги слідчому чи оперативному співробітнику тощо [8, с. 92].

Необхідність перевірки отриманої інформації визначається й іншими факторами. Так, у ході її проведення може виникнути підозра, що шляхом повідомлення про злочин посадові особи маскують, наприклад, ухилення від сплати податків, відмивання коштів, здобутих злочинним шляхом тощо [4, с. 47]. Таким чином, із метою оптимізації, підвищення якості роботи працівників слідчих, оперативних підрозділів з виявлення та розслідування злочинів доцільно проводити перевірку отриманої інформації про комп'ютерні злочини. Крім того, передбачена в КПК України 1960 р., який втратив чинність, вимога про доведення наявності достатніх підстав для порушення кримінальної справи певною мірою забезпечувала захист від необгрунтованого, а іноді і свавільного застосування органами дізнання та слідчими процесуального примусу, що полягає в обмеженні прав і свобод людини та громадянина [9].

Вважаємо за необхідне розглянути значення проведення окремих дій для виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів.

Огляд місця події дозволяє встановити такі обставини, як природа досліджуваної події, чи містить вона ознаки складу злочину; де вчинено злочин, хто брав у ньому участь; які

технічні засоби, програми та документи використовувалися для доступу до предмета посягання і вчинення незаконних дій з ним; де необхідно шукати появу шкідливих наслідків, їх сліди тощо [5, с. 51].

О. Ільїн, розглядаючи випадки можливості проведення огляду місця події при перевірці повідомлення про злочин та аналізуючи кримінальні справи, встановив, що невідкладні випадки, отже, і підстави проведення огляду до порушення кримінальної справи нерідко були відсутні у ситуаціях, коли складено рапорт про виявлення ознак злочину. Це характерно для економічних, податкових, митних, посадових злочинів; злочинів, учинених організованими групами та злочинними організаціями; злочинів у сфері комп'ютерної інформації й інших злочинів, відомості про ознаки яких отримані в рамках оперативно-розшукових заходів. У зазначених ситуаціях рапорти складаються, як правило, у рамках планів реалізації матеріалів справи оперативного обліку [7, с. 90]. При цьому закон передбачає можливість проведення огляду місця події у будь-яких невідкладних випадках. Вважаємо, що питання про доцільність має вирішуватися залежно від ситуації.

Тактика огляду місця події досліджувалася багатьма науковцями при визначенні ними методики розслідування комп'ютерних злочинів. У слідчій практиці тактичні прийоми пошуку, фіксації, вилучення й аналізу комп'ютерної інформації групуються залежно від етапів проведення огляду місця події (підготовчого, робочого, заключного). Тактика пошуку комп'ютерної інформації вибирається, виходячи з інформації про захищеність даних, стану функціонування комп'ютера, його периферійного обладнання на момент проведення слідчої дії, інших факторів.

Якщо огляд приміщення не відрізняється за тактикою від огляду приміщень при розслідуванні інших видів злочинів, то огляд засобів комп'ютерної техніки, пошук доказової інформації, що зберігається в електронному вигляді, потребує спеціальної підготовки осіб, які його здійснюють, дотримання певних правил поведінки з комп'ютерною інформацією, її носіями, залучення спеціалістів.

Як свідчить практика, проведення експертних досліджень дозволяє виявляти ознаки комп'ютерних злочинів, одержувати дані про механізм, умови, обставини вчинення злочину й іншої необхідної інформації [6, с. 791; 10]. Додатковою метою досліджень є, зокрема, встановлення місця неправомірного проникнення в комп'ютерну мережу; способу вчинення неправомірного доступу (копіювання, модифікація інформації, внесення шкідливих програм тощо); засобів, що використовувалися при вчиненні злочину (технічні, програм-

ні); способів подолання інформаційного захисту [10].

Призначення судових експертиз у даній сфері необхідно як для дослідження власне інформаційно-технологічних процесів, так і окремо взятих технічних та інших засобів забезпечення цих процесів.

Експертне дослідження засобів інформаційних технологій і програмних продуктів фахівці відносять до криміналістичних експертиз [8, с. 101]. На сучасному рівні розвитку інформаційних технологій можна виділити кілька напрямів комп'ютерно-технічних експертиз: комп'ютерно-інформаційні, апаратно-технічні та програмно-технічні дослідження комп'ютерних засобів [8, с. 98–102]. В Інструкції про призначення і проведення судових експертних досліджень, затвердженій наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5, вказується про проведення експертиз комп'ютерної техніки та програмних продуктів, експертиз телекомунікаційних систем і засобів.

Викликає здивування те, що проведення попередніх досліджень матеріальних об'єктів у чинній редакції Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» не передбачено, адже в більшості випадків достатні дані, необхідні для порушення кримінальної справи за КПК 1960 р., який втратив чинність, встановлювалися після проведення відповідних досліджень. Крім того, у Положенні про експертну службу Міністерства внутрішніх справ України, затверджене відповідним наказом від 09.08.2012 р. № 691, вказано про проведення досліджень у позасудовому провадженні за матеріалами оперативно-розшукової діяльності.

Імовірно, заборона проведення попередніх досліджень до внесення даних до Єдиного реєстру досудових розслідувань має певне значення, оскільки, наприклад, у випадках втрати комп'ютерної інформації чи її носія повторне проведення досліджень неможливе. У зв'язку з цим пропонуємо внести доповнення до чинного КПК 2012 р.: передбачити проведення не лише огляду місця події у невідкладних випадках, а й призначення експертиз до внесення даних до вказаного реєстру. Оскільки ознаки комп'ютерних злочинів виявляються при проведенні оперативно-розшукових заходів, вважаємо за доцільне внести проведення попередніх досліджень до переліку оперативно-розшукових заходів.

Заслужує на увагу пропозиція про проведення експертизи засобів комп'ютерної техніки в «польових» умовах [6, с. 560]. При цьому вказуються обставини, що зумовлюють можливість її проведення [10]:

- для проведення експертизи експерту потрібні лише його знання, комп'ютерна техніка й інформація, що міститься в ній;

- при роз'єднанні, опечатуванні, перевезенні, розпечатуванні, з'єднанні засобів комп'ютерної техніки може бути порушена її конфігурація, за якої було вчинено злочин, пошкоджена комп'ютерна техніка й інформація;

- при вчиненні злочинів по мережі експертиза повинна проводитися при приєднанні до даної мережі тощо.

На думку фахівців, спеціаліст чи спеціалісти, які беруть участь при огляді (обшуку), набувають статусу експерта. Подальша участь слідчого і понятих втрачає значення з точки зору виявлення комп'ютерної інформації, оскільки всі маніпуляції із засобами комп'ютерної техніки, опис використаних програмних засобів, отриманих даних тощо знаходять відображення у висновку експерта [8]. Вважаємо, що в кожному конкретному випадку необхідно визначати доцільність проведення такої дії. Слід враховувати, що проведення експертизи без вилучення комп'ютерної техніки може зумовити втрату доказової бази через подальше знищення інформаційних слідів особами, чії комп'ютери підлягали дослідженню.

Тактико-криміналістичні способи розслідування злочинів поділяють на *процесуальні* та *непроцесуальні*. До процесуальних способів розслідування комп'ютерних злочинів за КПК 2012 р. можна віднести допити свідків, підозрюваних, одночасні допити вже допитаних осіб, обшуки приміщень, призначення експертиз, пред'явлення для впізнання, слідчий експеримент. До непроцесуальних способів належать перевірка за оперативно-довідковими, розшуковими та криміналістичними обліками, тактичні прийоми слідчих дій тощо [3].

Тактичні прийоми слідчих дій були предметом досліджень різних авторів. КПК 2012 р. містить певні новели, зокрема проведення допиту, пред'явлення для впізнання у режимі відеоконференції (ст. 232). Це вимагає від науковців розроблення чи уточнення тактичних прийомів цих слідчих дій.

Стаття надійшла до редакції 14.12.2012 р.

The tactical and criminalistic practices and techniques of cybercrimes detection and investigation are researched in the article.

В статье исследуются тактико-криминалистические приемы и способы выявления и расследования компьютерных преступлений.

Проведений аналіз дозволяє зробити **висновок**, що важливу роль для виявлення та розслідування комп'ютерних злочинів відіграє інформація, добута при проведенні оперативно-розшукових заходів і першочергових слідчих дій. Адаптування окремих положень чинного законодавства до потреб практики може допомогти у виконанні завдання із боротьби з комп'ютерною злочинністю.

Список використаних джерел

1. Салтєвський М. В. Криміналістика (у сучасному викладі). – К., 2005. – 588 с.
2. Біленчук П. Д., Гель А. П., Семаков Г. С. Криміналістична тактика і методика розслідування окремих видів злочинів. – К., 2007. – 512 с.
3. Голубев В. О. Розслідування комп'ютерних злочинів. – Запоріжжя, 2003. – 296 с.
4. Протидія злочинам, що вчиняються у сфері використання електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), систем та комп'ютерних мереж / С. І. Ніколаюк, Д. Й. Никифорчук, О. В. Тихонова та ін. – К., 2007. – 196 с.
5. Вехов В. Б., Попова В. В., Илюшин Д. А. Тактические особенности расследования преступлений в сфере компьютерной информации. – М., 2004. – 160 с.
6. Белкин Р. С. Курс криминалистики. – М., 2001. – 837 с.
7. Ильин А. Н. Тактика предварительной проверки сообщения о преступлении / Под ред. В. П. Лаврова. – М., 2010. – 160 с.
8. Компьютерная преступность и кибертерроризм: исследования по Программе малых грантов. Вып. 1. – Запорожье, 2004. – 166 с.
9. Баганець О. Переваги та недоліки нового КПК: Пропозиції щодо внесення змін та доповнень до проекту нового Кримінального процесуального кодексу України [Електронний ресурс] // Сайт Юрінком Інтер – Режим доступу: <http://www.yurinc.com>. – Назва з екрану.
10. Пашнєв Д. В. Використання спеціальних знань при розслідуванні злочинів, вчинених із застосуванням комп'ютерних технологій: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 2007. – 228 с.



УДК 347.962(477)

Світлана Глущенко,*канд. юрид. наук,
начальник управління забезпечення діяльності судової палати у цивільних справах
Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ*

ІНСТИТУЦІОНАЛЬНІ ПРИНЦИПИ В ДІЯЛЬНОСТІ ВИЩОГО СПЕЦІАЛІЗОВАНОГО СУДУ: поняття, класифікація, сутність

У статті визначається поняття «принцип діяльності вищого спеціалізованого суду», а також проведена класифікація його інституціональних принципів.

Ключові слова: принцип, інституціональний принцип, вищий спеціалізований суд, судова система.

Необхідність дослідження тих чи інших правових принципів із позицій діалектики загалом пояснюється не тільки їх природою, а й місцем і значенням у системі права як фундаментальних вихідних положень (засад).

Дослідженню принципів права присвячені роботи таких учених-правників, як В. Городовенко, О. Гончаренко, А. Колодій, О. Лаврінченко, І. Марочкін, С. Шевчук та ін. Але вони не зверталися до принципів діяльності вищого спеціалізованого суду або фрагментарно вивчали це питання у своїх працях.

У процесі наукового пізнання об'єктивно не можуть використовуватися ті чи інші поняття як певні абстракції. Тому з метою визначення принципів, які є основними в діяльності вищого спеціалізованого суду, необхідно звернутися до етимології цього поняття. Поняття «принцип» походить із латини (*«principium»*) і означає найголовніше, вихідне положення, засіб, правило, що визначає природу та соціальну сутність явища, його спрямованість, найсуттєвіші властивості. Фахівці-лінгвісти звертають увагу на те, що графема *«pri»* відповідає давньогрецькому префіксу *«archi»*, що в українській мові має значення «головний», «старший» [1, с. 243]. Крім того, у довідковій літературі з латини зазначається, що принцип – це щось первісне; те, від чого виходить щось інше; вихідний припис. Наведене підтверджує значення латинської графеми *«pri»* в утворених за її допомогою словах [2, с. 809–811].

Енциклопедичні видання філософського напрямку визначають принцип як початок, основу; те, що лежить в основі деякої сукупності фактів або знань [3, с. 365]. Англomовні філософські довідкові джерела оперують терміном *«first principle»*, який зіставляється з терміном давньогрецької філософії *«archi»*

[4, с. 702]. Також дефініція поняття «принцип» міститься в тлумачному словнику Вебстера: принцип – це визнаний і сформульований закон природи. Це ж джерело поняття *«first principle»* тлумачить як фундаментальне припущення, на якому ґрунтується мета міркувань [5, с. 795].

Принцип також визначається і як те, що лежить в основі певної теорії науки, та характеризується як найзагальніше явище, вихідне положення, першооснова [6, с. 547]. В. Даль визначає принцип як наукове чи моральне начало, основу, правило, від якого не відступають; основне, вихідне положення будь-якої теорії, вчення, науки; вихідна першооснова, основне положення, вихідний пункт, передумова будь-якої теорії, концепції [7, с. 431].

На нашу думку, оскільки дефініція принципу відображає внутрішній зміст, особливості та структуру цього поняття, необхідно обґрунтувати дефініцію «принцип діяльності вищого спеціалізованого суду». Для вирішення цього завдання доцільно звернутися до позиції С. Бігуна, який вважає, що для формулювання дефініції раціонально використати традиційну схему (прийом) теоретико-правового дослідження, а саме – аналіз природи первинного для досліджуваного предмета [8, с. 31]. З нашого боку, застосування такого прийому зумовлене переконанням, що поняття «принцип» є основоположним стосовно поняття «принцип діяльності вищого спеціалізованого суду». Ми вважаємо, що парадигма останнього поняття знаходиться у межах розвитку багатьох наукових сфер і може бути предметом дослідження в різних аспектах. Тому, взявши за основу наведені дефініції поняття «принцип», які характеризують його у різних сферах суспільного життя, констатуємо, що його властивості зберігаються і збагачуються в похідному спеціально-

юридичному понятті та дефініції «принцип діяльності вищого спеціалізованого суду».

Визначених принципів у своїй діяльності дотримуються всі суб'єкти незалежно від конкретних життєвих ситуацій, які варіативно виникають. У той самий час проблемним залишається питання визначення кількості принципів, окреслення їх класифікації та змісту. Так, А. Колодій стверджує, що будь-які принципи, у тому числі принципи права, – це продукт людської діяльності. Вони є соціальними явищами (як за джерелом походження, так і за змістом), їх виникнення зумовлене потребами суспільного розвитку, у них відображаються закономірності суспільного життя [9, с. 7].

Слід зазначити, що багато праць відомих дослідників-правників, їх висновки та здобуті результати сприймаються як теоретико-методологічне підґрунтя для визначення принципів діяльності вищих спеціалізованих судів. Разом із тим багатогранність проблематики дефінування поняття «принцип», дослідження їх систематизації та класифікації, наявність контрарсійних доктринальних підходів до характеристики їх сутності й ознак стосовно функціонування вищих спеціалізованих судів заслуговує на особливу увагу.

Відносна однаковість науковців у розумінні сутності й єдності етимологічного походження поняття «принцип» на рівні окремих доктрин у прикладному аспекті (галузева термінізація) не вирізняється належною чіткістю й однаковістю. Різноманітність формувань стосовно визначення дефініції поняття «принцип» пов'язана з тим, що дослідники правової системи, які є представниками різних галузевих юридичних наук, не зовсім вдало оперують не тільки дефініцією, а й сутністю цього поняття. Тому, на нашу думку, з позиції дотримання правил юридичної техніки необхідно визначити систему ознак принципів права, до яких можна віднести такі: їх сутність визначають вихідні, основоположні правові засади, що відображають напрям розвитку правових норм; універсальність дії, що полягає в їх визнанні суспільством у цілому; першопочаткове фіксування та/або наступне підтвердження у відповідних нормативних актах (конституції); імперативність (обов'язковість), яка знаходить відображення в нормах, що у категоричних розпорядженнях держави виражають чітко позначені дії та не допускають ніяких відхилень від вичерпного переліку прав і обов'язків (компетенції та повноважень) суб'єктів; гарантованість їх дотримання за допомогою визначених державою правових засобів реагування на їх порушення.

Отже, в межах нашого дослідження під *принципом діяльності вищого спеціалізованого суду розуміється основне вихідне правове положення (керівна, функціональна ідея), що визнається суспільством, імперативно закріп-*

лене у правових джерелах і забезпечене правовими гарантіями.

До класифікації принципів існують різні підходи. Це пов'язано з тим, що на сучасному етапі не вироблено єдиних науково обґрунтованих напрямів такої класифікації. Найбільш раціональним підходом вважається покладення в основу дослідження функціонального призначення й об'єкта відображення. Так, С. Лисенков поділив принципи на *соціально-правові* та *спеціально-правові* [10, с. 166]. Що стосується нашого дослідження, то загальноправові принципи, наповнюючись специфікою сутності судової влади, набувають ознак принципів судової влади з одночасним відображенням системи судових органів та особливостей їх діяльності. І. Марочкін пропонує систему принципів судової влади класифікувати на три підсистеми: *інституціональні* (загальні принципи судової влади); *функціональні* (принципи здійснення судочинства); *організаційні* або *судоустрійні* принципи (принципи організації системи судових органів) [11, с. 54].

Оскільки ми досліджуємо інституціональні принципи діяльності вищого спеціалізованого суду, то слід зазначити, що вони ґрунтуються на інституціональних принципах судової влади, до яких можна віднести такі: паритетність – рівність судової влади із виконавчою та законодавчою владою; справедливості – забезпечення права на справедливий суд; законність – відповідність закону судових установ і судових процедур; здійснення судової влади тільки судом – жоден інший орган, крім суду, не вправі здійснювати судову владу; доступність – забезпечення можливості безперешкодного звернення до суду за захистом своїх прав; незалежність судів і самостійність судів; безсторонність – розгляд справи повинен здійснювати суддя, який не має особистої заінтересованості у справі та спроможний виконати роль безстороннього арбітра, який вирішує юридичну справу незалежно, підкоряючись лише закону; процедурність – судова влада функціонує в межах певної процедури, реалізується лише в спеціальній процесуальній формі.

Із метою проектування зазначених принципів на принципи діяльності вищих спеціалізованих судів охарактеризуємо деякі з них детальніше. Так, принцип паритетності є похідним від положень ст. 6 Конституції України, відповідно до якої державна влада поділяється на законодавчу, виконавчу та судову. Жодна із зазначених складових не має пріоритету щодо іншої, є рівноправною та рівновпливовою. Кожна з них має визначену компетенцію у певній сфері суспільних відносин, самостійно виконує властиві лише їй функції. Крім того, цей принцип передбачає виключну компетенцію судової влади й окреслює її межі, остаточність та обов'язковість рішень, які приймаються судовими органами. Отже, в аспекті діяльності вищого

спеціалізованого суду принцип паритетності реалізується шляхом його виокремлення як судового органу – складової судової системи, що є організаційним утіленням судової влади.

Згідно із ст. 55 Конституції України права та свободи людини захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб. Наведені конституційні положення відображені у ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно з якою кожному гарантується захист його прав, свобод та законних інтересів незалежним і безстороннім судом, утвореним відповідно до закону. Держава для забезпечення справедливості та неупередженого розгляду справ у розумні строки, встановлені законом, створює відповідні суди першої, апеляційної, касаційної інстанцій, а також надає можливість звернення до Верховного Суду України. Зазначена стаття надає право кожному на участь у розгляді його справи у визначеному процесуальним законом порядку в суді будь-якої інстанції, при цьому право на судовий захист громадян України, юридичних осіб України, іноземців, осіб без громадянства й іноземних юридичних осіб є рівним.

В юридичній літературі використовуються терміни «право на суд», «право на справедливий судовий розгляд» і «право на судовий захист». Як зазначає О. Прокопенко, ці терміни охоплюють як процесуальні, так і матеріальні елементи права на доступ до суду. При цьому перші два терміни пов'язані з практикою Європейського суду з прав людини та змістом інших міжнародно-правових актів у галузі судочинства, а «право на судовий захист» є традиційно вживаним у вітчизняній науковій юридичній літературі терміном. Автор констатує також і змістовний збіг термінів «право на справедливий суд», «право на судовий захист» і «право на суд» [12, с. 46]. Викладене свідчить, що принцип справедливості в діяльності Вищого господарського суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ реалізується шляхом здійснення ними касаційних повноважень, а Вищого адміністративного суду України – повноважень першої, апеляційної, касаційної інстанцій у встановленому процесуальним законом порядку.

Важливим інституціональним принципом є *принцип законності*, який тісно переплітається з *принципом верховенства права*. Загалом принцип законності означає, що закон є основою правовідносин, оскільки тільки закон як нормативно-правовий акт, прийнятий державою в особі відповідного органу (як правило, парламенту), нею гарантується і захищається та може встановлювати, змінювати, припиняти правовідносини. Тому лише закон може відображати волю народу, державну волю.

Однією з основних ознак правової держави є визнання і дія принципів верховенства права та законності, які покликані забезпечувати стабільність в умовах суспільних змін, що сприяє належній реалізації законних прав людини та громадянина, виконанню обов'язків. Зазначені принципи закріплені на рівні Конституції України та мають продовження в кодифікованих актах, законах тощо. Реалізація принципу верховенства права в процесі судочинства має свої особливості, оскільки він визначає спрямованість судочинства на досягнення справедливості, що забезпечується законністю здійснення відповідної судової процедури, а також її результатами. Тому необхідно погодитися з позицією С. Шевчука, який вважає, що дотримання принципу верховенства права у процесі здійснення правосуддя при вирішенні конкретної справи, стороною якої є людина, є основною ідеєю правової системи [13, с. 175–186].

Виходячи із змісту п. 1 ч. 3 ст. 129 Конституції України, законність впливає із принципу верховенства права, як засада судочинства. Таким чином, принцип верховенства права є одним із основних принципів правової держави та нерозривно пов'язаний із принципом законності. Їх взаємозв'язок виявляється у відповідності діяльності вищого спеціалізованого суду нормам Конституції України, законам України, іншим актам, які є нормативною базою діяльності зазначеного суду, а також шляхом дотримання законодавчих положень, що регулюють питання організації кожного з вищих спеціалізованих судів і порядок здійснення ними правосуддя.

Щодо конкретизації принципу законності в діяльності Вищого спеціалізованого суду, то він відображається відповідно до закону судових установ (органів) і судових процедур. Так, вищий спеціалізований суд діє на підставі закону, а його судді під час здійснення правосуддя підкорюються лише Конституції та законам України. Нормативним підґрунтям функціонування зазначеного суду є норми Конституції України, Закону України «Про судоустрій і статус суддів», а також процесуальні кодекси.

Важливим інституціональним принципом є *принцип здійснення судової влади тільки судом*. Загалом цей принцип вказує на виключне місце судових органів серед інших органів державної влади, виокремлюючи при цьому особливість виконуваної ними функції – здійснення правосуддя. Нормативне поєднання приписів ч. 1 ст. 124 Конституції України та ст. 1 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» означає, що ніякий інший орган, окрім суду, не вправі здійснювати судову владу. Навіть за умови імітації відповідних процедур здійснення правосуддя іншими державними (несудовими) органами, визнати її легітимною не можна, оскільки вона не була виконана судом. Тому Основний Закон, імпе-

ративно вказуючи на здійснення судочинства лише судом, покладає цей обов'язок на Конституційний Суд України та суди загальної юрисдикції, зокрема вищі спеціалізовані суди.

Принцип здійснення судової влади тільки судом не обмежується лише судовим розглядом у суді першої інстанції, а є властивим для всіх стадій судового провадження. У кожній із них розгляд справи (перегляд судових рішень) проходить у тих формах, що відповідають характеру та завданням, які вирішуються на даній стадії. Разом із тим у контексті діяльності Вищого господарського суду України та Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ принцип здійснення судової влади тільки судом наповнюється дещо іншим змістом. Його сутність полягає в тому, що жоден судовий орган, окрім названих, не вправі переглянути в касаційному порядку відповідно судові рішення у господарських і цивільних та кримінальних справах. Ця теза стосується і Вищого адміністративного суду України під час перегляду судових рішень адміністративних судів в апеляційному, касаційному порядку.

Що стосується *принципу доступності*, то слід зазначити, що відповідно до співвідношення нормативного закріплення принципу доступності правосуддя та практики його реалізації вирізняються такі види доступності – формальна і реальна. На забезпечення реальної доступності спрямовані засоби забезпечення (гарантії) доступності, які мають бути реалізовані в законодавстві про судоустрій і в процесуальному законодавстві. Щодо практики реалізації доступності правосуддя в аспекті територіальної доступності вищих спеціалізованих судів, то всі вони розташовані у м. Києві. Разом із тим зарубіжний досвід допускає розгалуження вищих судових органів по всій території країни. Так, територіальна організація судової системи ФРН на рівні вищих спеціалізованих судів не збігається з адміністративно-територіальним поділом. Федеральний конституційний суд і Федеральна судова палата перебувають у м. Карлсруе, Федеральний суд із трудових питань і Федеральний соціальний суд – у м. Касселі, Федеральний адміністративний суд – у м. Дрездені, Федеральна фінансова палата і Федеральний патентний суд – у м. Мюнхені. Тобто вершини спеціалізованих судових підсистем не дислокуються у місцях розташування органів політичної влади держави з метою забезпечення незалежної поведінки суддів при застосуванні законів і попередження можливої впливу на них з боку представників політичної влади, а також недопущення концентрації судової влади в одному місці.

Питання незалежності суддів є завжди актуальним при здійсненні правосуддя. Загалом незалежність суду є важливою передумовою утвердження верховенства права, основною гарантією здійснення справедливого

судочинства та фундаментальною засадою правосуддя. Характерною ознакою правової держави є незалежність суду, тому рівень незалежності судді визначає також рівень захисту прав і свобод людини. Вперше право кожного на розгляд справи щодо своїх прав та обов'язків або кримінального обвинувачення стосовно себе незалежним і безстороннім судом закріплене у Загальній декларації прав людини (1948 р.) та отримало свій розвиток у Міжнародному пакті про громадянські і політичні права (1966 р.), Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також в інших універсальних міжнародних документах.

Стосовно незалежності суду як принципу діяльності вищого спеціалізованого суду необхідно вести мову про об'єктивний (інституціональний) і суб'єктивний (функціональний) її аспекти. На нашу думку, реалізація інституціональної складової незалежності суду передбачає: проголошення і законодавче закріплення принципу поділу державної влади та дотримання його з боку держави (її органів); формування відносно самостійної судової системи поза структурами й органами законодавчої та виконавчої влади, а також інших органів та інститутів громадянського суспільства; заборону іншим (крім судів) державним органам здійснювати судові функції; заборону створення надзвичайних і особливих судів; заборону законодавцю приймати нормативно-правові акти, що анулюють з ефектом зворотної сили рішення суду. У свою чергу, функціональна складова незалежності суду відображається в тому, що процедура здійснення правосуддя повинна забезпечити вільне від будь-яких впливів вирішення суддею спору, в тому числі вираження ним своїх переконань при розгляді конкретної справи.

Незалежність суду на рівні вищого спеціалізованого органу може бути забезпечена лише за умови суворого дотримання суддями (колегіями суддів) вимог матеріального та процесуального законодавства. На нашу думку, фундаментом для цього є неупереджений розгляд і вирішення справ на основі всебічної оцінки фактичних обставин справи, а також правильного тлумачення нормативно-правових актів та однакового правозастосування. Крім того, суддя не має права публічно обговорювати матеріали судових справ чи надавати інформацію у процесі її розгляду та після його закінчення, за винятком ініціювання цього питання керівником суду, судом вищої інстанції або за умови проведення відповідної перевірки компетентними органами.

Із принципом незалежності суддів тісно пов'язана *самостійність судів*. З урахуванням визнання та дії в Україні принципу поділу державної влади, самостійність судів стала одним із системоутворюючих факторів правового становища судових органів серед ін-

ших органів державної влади. Конституційний Суд України у рішеннях від 18.11.2004 р. № 17-рп/2004 у справі про Тимчасову комісію Верховної Ради України та від 11.03.2010 р. № 7-рп/2010 у справі про фінансове забезпечення діяльності судів зазначив, що здійснення державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову означає, зокрема, самостійне виконання кожним органом державної влади своїх функцій і повноважень. Отже, самостійність вищих спеціалізованих судів характеризується їх місцем і роллю в механізмі державної влади з урахуванням реалізації її поділу та створення системи стримування і противаг.

Суттєвою ознакою самостійності статусу Вищого спеціалізованого суду є конституційно визначена можливість захисту прав і свобод людини та громадянина (ст. 55 Конституції України). Судовий захист на рівні Вищого спеціалізованого суду має два аспекти: можливість звернення за судовим захистом шляхом подання адміністративного позову до Вищого адміністративного суду України в порядку та у випадках, передбачених КАС України; апеляційний перегляд (у випадках, передбачених КАС України), касаційний перегляд судових рішень шляхом подання відповідно апеляційної, касаційної скарги.

Екстраполюючи наведене на реалізацію принципу самостійності в діяльності Вищого спеціалізованого суду, зазначимо, що це дає змогу виокремити його самостійність у зовнішньому та внутрішньому аспектах. У зовнішньому розумінні цей феномен означає відносне відокремлення судової влади від інших складових державної влади, а у внутрішньому сприйнятті вказує на необхідність наявності внутрішніх ресурсів для здійснення владних (судових) повноважень відповідним Вищим спеціалізованим судом.

Висновки

Інституціональні принципи в діяльності Вищого спеціалізованого суду як органу су-

дової влади є взаємопов'язаними і взаємозалежними та нормативно закріпленими на конституційному і законодавчому рівнях. Підсистема цих принципів утворює самостійну галузеву підсистему, яка є складовою системи принципів судової влади та фіксує загальні відносини, що виникають у контексті запровадження інституту судової влади в суспільстві, окреслює її місце в системі поділу влади та місце відповідного вищого спеціалізованого суду в механізмі реалізації державної влади.

Список використаних джерел

1. *Древнегреческо-русский словарь* / Под ред. С. И. Соболевского. – М., 1979. – 762 с.
2. *Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь*. – М., 1976. – 1167 с.
3. *Философская энциклопедия: В 5 т.* / Под ред. Ф. В. Константинова. – М., 1970. – Т. 5. – 740 с.
4. *The New Encyclopedia Britannica*. – Toronto: BM, 1995. – 1184 p.
5. *New Webster's Dictionary and Thesaurus of English language*. – Dunbary: Lexicon Publication inc., 1993. – 1328 p.
6. *Словник іншомовних слів* / За ред. О. С. Мельничука. – К., 1974. – 775 с.
7. *Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: В 3 т.* – Т. 3. – 768 с.
8. *Бігун В. С. Філософія правосуддя: ідея та здійснення*. – К., 2011. – 303 с.
9. *Колодій А. М. Принципи права України*. – К., 1998. – 208 с.
10. *Теорія держави і права* / С. Л. Лисенков, А. М. Колодій, О. Д. Тихомиров та ін.; За ред. С. Л. Лисенкова. – К., 2005. – 448 с.
11. *Організація судових та правоохоронних органів* / І. Є. Марочкін, Н. В. Сібільова, В. П. Тихий та ін.; За ред. І. Є. Марочкіна, Н. В. Сібільової. – Х., 2008. – 528 с.
12. *Прокопенко О. Б. Право на справедливий суд: концептуальний аналіз і практика реалізації*. – Х., 2011. – 248 с.
13. *Шевчук С. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України* // *Право України*. – 2011. – № 5. – С. 175–186.

Стаття надійшла до редакції 20.11.2012 р.

Author's definition of the notion of «the activity principle of a high specialized court» was provided in the article. The classification of institutional principles was held; the gist of some principles was revealed in the context of activity of a high specialized court.

В статтє определяется понятие «принцип деятельности высшего специализированного суда», а также проведена классификация его институциональных принципов.



Оксана Хотинська-Нор,

канд. юрид. наук,

начальник правового управління

Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ

ДИФЕРЕНЦІАЦІЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЯК ЧИННИК ОРГАНІЗАЦІЇ СИСТЕМИ СУДІВ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ

У статті аналізується взаємозв'язок організації системи судів загальної юрисдикції з існуючим процесуальним законодавством як чинником, що безпосередньо впливає на цей процес.

Ключові слова: судоустрій, судова система, засади судоустрою, диференціація законодавства, принципи судочинства, спеціалізація, інстанційність.

Для належної реалізації судової влади та забезпечення доступу до правосуддя кожній особі в Україні діє розгалужена система спеціальних органів держави – судів, які у своїй сукупності прийнято називати судовою системою або ж судоустроєм.

Із часів прийняття Основного Закону держави питання ефективної організації судової системи держави постійно перебуває у полі зору науковців і практиків, оскільки є запорукою дієвого захисту прав та інтересів осіб як невід'ємної складової правової держави, в якій людина визнається найвищою соціальною цінністю. У 1993 р. Європейський суд з прав людини, розвиваючи положення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., у своєму рішенні «Добертен проти Франції» наголосив, що держави – учасниці Ради Європи повинні організувати свою судову систему у такий спосіб, щоб їх суди і трибунали виконували кожен свою функцію, притаманну їм.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про судоустрій і статус судів» судову систему України складають суди загальної юрисдикції та суд конституційної юрисдикції, єдиним органом якої в Україні є Конституційний Суд України. Суди ж загальної юрисдикції утворюють єдину систему судів, що будується на принципах територіальності, спеціалізації й інстанційності та складається з місцевих судів, апеляційних судів, вищих спеціалізованих судів та Верховного Суду України. Така модель вітчизняної судової системи виникла не випадково і не стихійно, хоча деякі кроки законодавця у процесі її побудови іноді не були послідовними. У цьому контексті слід згадати, що концептуальні підходи до побудови ефективного судоустрою викладені в Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, схваленій Указом Президента України від 10.05.2006 р. Саме цей документ став програмним для подальшого проведення судової реформи, ви-

значивши засади й основні напрями вдосконалення законодавства та організації судової системи. В основному вони враховані законодавцем. Зокрема, викладені у Концепції погляди на побудову ефективної системи судів в Україні знайшли своє відображення у Законі України «Про судоустрій і статус судів». Перш за все це стосується окремих принципів її організації: територіальності, спеціалізації й інстанційності.

Зазначимо, що принципи побудови судової системи нашої держави давно дискутуються у науковій спільноті (їх дослідженню присвячені праці В. Гончаренка, В. Городовенка, О. Захарової, В. Маляренка, В. Нора, А. Осетинського, В. Сердюка, С. Штелика та ін.) і були предметом розгляду у Конституційному Суді України в аспекті окремих конституційних звернень. Не маючи на меті аналізувати існуючі погляди на їх зміст і тлумачити ці засади, розглянемо лише ті, існування та реалізація яких тісно пов'язана із матеріальним і процесуальним законодавством, розвиток якого, власне, і дав поштовх до їх нормативного закріплення. Йдеться про принципи спеціалізації й інстанційності.

Спеціалізація як конституційна засада побудови вітчизняної моделі судоустрою, закріплена ст. 129 Конституції України, нерозривно пов'язана із терміном «юрисдикція», який широко використовується законодавцем у Законі України «Про судоустрій і статус судів» та процесуальному законодавстві. При цьому єдиного підходу до визначення цієї дефініції в контексті судової влади досі не існує, на що неодноразово звертали увагу науковці, розглядаючи поняття «юрисдикція» у взаємозв'язку з родовими поняттями підвідомчості, підсудності та компетенції. Не деталізуючи кожен з перелічених категорій, які, безумовно, мають окремий зміст і самостійне значення, ми приєднуємося до найбільш загального розуміння судової юрисдикції як комплексного та широкого поняття, що визначає компетенцію судів у різних вимірах (предмет-

лузей права. Практичний аспект фундаментальної теоретичної проблеми про галузеву диференціацію, на їх думку, полягає в тому, що від його правильного розв'язання залежать питання юрисдикції спеціалізованих судів [2, с. 33]. Не заперечуючи значення аргументації на користь існування такого постулату, вважаємо, що такий підхід до питання спеціалізації судів є дещо однобічним і не повною мірою розкриває сутність і цілі останньої. Зокрема, сповідуючи виключно таку концепцію, ми обов'язково дійдемо висновку про необхідність створення трудових, земельних, сімейних та інших судів (такі думки вже висловлюються в науковій літературі). Однак, чи виправдано це з точки зору належної організації судової системи, невід'ємною складовою якої є, зокрема, питання фінансування? І воно не риторичне, зважаючи на ті економічні умови, в яких розвивається наша держава. Звичайно, можна заявити, що «економити на правосудді» недопустимо. І це правильно. Однак слід погодитись із висловлюваннями російських учених із приводу того, що перш як приймати остаточне та радикальне рішення необхідно бути впевненим у наявності високого ступеня професійного консенсусу з цього питання і спрогнозувати його юридичні, соціальні й економічні наслідки [5].

Крім того, створення виключно за галузеву ознакою інших, окрім існуючих, спеціалізованих судів потягне за собою пропозиції щодо формування і відповідного виду судочинства. А це, на нашу думку, неправильно. Створення нової процедури необхідне лише у випадку, коли існуюча процесуальна форма не може бути використана або не відповідає завданням чи не здатна забезпечити досягнення мети правосуддя. Слід також зазначити, що традиційне виокремлення та дослідження особливостей розгляду окремих категорій справ цілком вписується в рамки цивілістичного судового процесу. Натомість процесуальне законодавство має забезпечувати функціонування спеціалізованих судів, а тому реалізація основоположних принципів організації судової влади слід продовжувати через подальшу модифікацію процесуального законодавства, яке б сформулювало цілісну та взаємоузгоджену систему.

Ідея подальшої спеціалізації, на нашу думку, повинна розвиватися та трансформуватися в спеціалізацію суддів у рамках суду окремої юрисдикції, яка у науковому середовищі дістала назву так званої внутрішньої спеціалізації [6, с. 411–412]. Це цілком узгоджується з приписами ст. 18 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», яка називається «Спеціалізація суддів загальної юрисдикції», а її ч. 2 передбачає, що у судах загальної юрисдикції може запроваджуватися спеціалізація суддів із розгляду конкретних категорій справ.

Іншим принципом організації вітчизняної системи судів загальної юрисдикції, який

тісно пов'язаний і зумовлений розвитком процесуального законодавства, є **принцип інстанційності**, мета якого – забезпечення реалізації конституційного права особи на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень. Іншими словами, інстанційність судової системи залежить від існуючих способів оскарження та перегляду судових рішень, трансформуючись таким чином у площину процесуального законодавства. Тому інстанційність безпосередньо пов'язана з доктриною та правилами судового процесу.

За правовою позицією Конституційного Суду України, сформульованою в рішенні від 11.12.2003 р. № 20-рп/2003 у справі про Касаційний суд України, побудова системи судів загальної юрисдикції узгоджується із стадіями судочинства, відповідними формами продовження.

Правова категорія «інстанційність» є багатогранним феноменом, що постійно перебуває у полі зору науковців, розглядається ними у різних аспектах: як принцип побудови судової системи, як безпосередньо організація судів, як процесуальне поняття крізь призму процесуальних повноважень суду. Всі ці підходи, на нашу думку, не лише не заперечують один одного, а вказують на тісний взаємозв'язок процесу, в рамках якого здійснюється захист прав та інтересів широкого кола осіб, із належною організацією системи органів держави, на яких покладається таке завдання. Не відкидаючи всієї значущості існуючих позицій і точок зору на інстанційність як правове явище, ми розглянемо його як один із факторів, що є визначальним для побудови цілісної та взаємоузгодженої судової системи.

Слід погодитись із тезою про те, що формалізованість судового процесу виправдана настільки, наскільки це потрібно для створення гарантій ухвалення правосудного судового рішення [7, с. 86]. Бурхливий розвиток суспільних відносин, їх правове регулювання вимагають від суддівського корпусу постійного підвищення своєї кваліфікації та самовдосконалення. Судові помилки, як констатують представники судової влади, є «необхідним злом» [8], виправити які покликані суди вищих інстанцій. Тому інстанційна побудова судової системи не просто дає можливість звернутися невдоволеній особі з вимогою про перегляд судового рішення, а й слугує гарантією законності й обґрунтованості останнього.

Питання інстанційності судової системи в контексті реформування судової влади надзвичайно актуальне, перш за все, з точки зору її архітекτονіки. Різноманіття думок і пропозицій щодо існуючої структури судової системи свідчить про необхідність її подальшого вдосконалення. Нам найбільш близька концепція, запропонована Р. Куйбідою, відповідно до якої функціями однієї інстанції по-

винна наділятися окрема судова ланка [7, с. 90]. При цьому важливо, щоб організаційно судова ланка та судова інстанція збігалися. Аргументація, покладена в основу сформульованого ним правила «суд однієї ланки = суд однієї інстанції», не лише заслуговує на увагу, а й набуває нового значення з точки зору концепції Закону України «Про судоустрій і статус суддів», в якому вона знайшла своє відображення: місцеві суди – суди першої інстанції (ст. 22), апеляційні суди – суди апеляційної інстанції (ст. 26), вищі спеціалізовані суди – суди касаційної інстанції. Така побудова судової системи є на сьогодні оптимальною, оскільки, по-перше, забезпечує особі гарантоване Основним Законом держави право на оскарження судових рішень; по-друге, забезпечує стабільність судового рішення. Останнє має неабияке значення в контексті сформованого практикою Європейського суду з прав людини принципу правової визначеності, відповідно до якого жодна із сторін не вправі вимагати перегляду остаточного судового рішення, що набрало чинності, лише задля нового судового розгляду та нового рішення по суті. Крім того, чіткість у визначенні структури судової системи сприяє її прозорості та «зрозумілості» для пересічного громадянина, отже, «робить правосуддя доступним» і підвищує рівень довіри суспільства до судової влади.

Викладене дозволяє сформулювати такі **висновки**:

спеціалізація юрисдикції сприяє підвищенню якості й оперативності вирішення судових справ, отже, захисту прав та інтересів широкого кола осіб. Проте надмірна спеціалізація судової системи може стати на перешкоді формуванню цілісного єдиного механізму судового захисту та призвести до розбалансованості всієї судової системи;

створення нової судової процедури необхідне лише у випадку, коли існуюча процесу-

альна форма не може бути використана або не відповідає завданням чи не здатна забезпечити досягнення мети правосуддя;

інстанційність судової системи залежить від існуючих способів оскарження та перегляду судових рішень, трансформуючись таким чином у площину процесуального законодавства. Тому інстанційність безпосередньо пов'язана з доктриною та правилами судового процесу.

Слід зазначити, що проаналізовані у статті питання, з точки зору їх суспільної значущості та практичної реалізації потребують більш глибокого аналізу та слугуватимуть предметом досліджень у майбутніх публікаціях.

Список використаних джерел

1. *Проблеми теорії та практики цивільного судочинства* / В. В. Комаров, В. І. Тertiшніков, В. В. Баранкова та ін.; За ред. В. В. Комарова. – Х., 2008. – 596 с.
2. *Фролов М. О.* Галузева диференціація правовідносин як основа осмислення інституту юрисдикції та спеціалізації судів // Судова апеляція. – 2012. – № 1. – С. 23–34.
3. *Сирый Н.* Такая судебная система нам не нужна // Юридическая практика. – 2007. – № 11.
4. *Гревцов Ю. И.* Проблемы теории правового отношения. – Л., 1981. – 85 с.
5. *Бойцова В. В., Бойцова Л. В.* Образовательный и научный проект «Конституционное право России и зарубежных стран в сравнительной характеристике» // Электронный ресурс <http://university.tversu.ru/misc/pravo/pravo.html>.
6. *Фрицький О. Ф.* Конституційне право України. – К., 2006. – 503 с.
7. *Куйбіда Р.* Спеціалізація, територіальність та інстанційність в організації системи судів України // Бюлетень Міністерства юстиції України. – 2005. – № 9. – С. 82–91.
8. *Пионка М. П.* Судові помилки є «необхідним злом». Але слід прагнути, аби вони траплялись якомога рідше // Закон і бізнес. – 2012. – № 27–28.

Стаття надійшла до редакції 17.12.2012 р.

The correlation of organization of general jurisdiction courts system with existent procedural legislation, as a factor that has direct impact on the process, is analyzed in the article.

В статтє анализируются взаимосвязь организации системы судов общей юрисдикции с существующим процессуальным законодательством как фактором, непосредственно влияющим на этот процесс.

